

TEXTE

30/2019

Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

Aktualisierung Februar 2019

TEXTE 30/2019

Ressortforschungsplan des Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit

Forschungskennzahl 3715 37 3260
FB000035

Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

Aktualisierung Februar 2019

von

Andreas Hermann
Öko-Institut e.V., Rheinstr. 95, 64295 Darmstadt

Diese Studie entstand als Teilbericht im Rahmen des Forschungsprojektes „Erarbeitung wissenschaftlicher Grundlagen zur Forcierung der Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand“.

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber:

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
info@umweltbundesamt.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

/umweltbundesamt.de

/umweltbundesamt

Durchführung der Studie:

Öko-Institut e.V.
Rheinstr. 95
64295 Darmstadt

Abschlussdatum:

Februar 2019

Redaktion:

Fachgebiet III 1.3 "Ökodesign, Umweltkennzeichnung,
Umweltfreundliche Beschaffung"
Dagmar Huth, Lars Johannsen, Dr. Kristin Stechemesser

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, März 2019

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt beim Autor.

4.2.1	Offenes Verfahren	43
4.2.2	Nichtoffenes Verfahren	45
4.2.3	Verhandlungsverfahren	45
4.2.4	Wettbewerblicher Dialog.....	46
4.2.5	Innovationspartnerschaft	46
4.3	Die verschiedenen Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte	47
5	Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	50
5.1	Überblick über das Vergabeverfahren.....	51
5.2	Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstandes	52
5.2.1	Anforderungen nach europäischem Recht.....	55
5.2.2	Anforderungen nach nationalem Recht	56
5.3	Leistungsbeschreibung.....	58
5.3.1	Eindeutige Leistungsbeschreibung (durch Gütezeichen)	58
5.3.1.1	Auslegung nach dem Wortlaut	59
5.3.1.2	Historische Auslegung.....	59
5.3.1.3	Systematische Auslegung	60
5.3.1.4	Teleologische Auslegung.....	61
5.3.1.5	Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung.....	62
5.3.1.6	Ergebnis	63
5.3.2	Freiwillige Berücksichtigung von Umweltaspekten	64
5.3.3	Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten	67
5.3.3.1	Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen.....	67
5.3.3.2	Beschaffung von Straßenfahrzeugen.....	68
5.3.3.3	Weitere verpflichtende Bedingungen	69
5.3.4	Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“	70
5.3.5	Nachweisführung durch Bescheinigungen und Gütezeichen	72
5.3.5.1	Gütezeichen im Sinn der VgV.....	72
5.3.5.2	Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV)	74
5.3.5.3	Anforderungen an Gütezeichen.....	75
5.3.5.4	Nachweis durch Bescheinigung der Konformitätsbewertungsstelle (§ 33 VgV)	81
5.3.6	Nebenangebote	81
5.4	Auswahl geeigneter Unternehmen.....	82
5.4.1	Vergaberechtliche Vorgaben	82
5.4.2	Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)	83

5.4.3	Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)	84
5.4.4	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit	85
5.4.5	Unterauftragnehmer.....	89
5.5	Angebotswertung (Zuschlagskriterien)	90
5.5.1	Wirtschaftlichstes Angebot.....	90
5.5.2	Festlegung der Zuschlagskriterien	91
5.5.3	Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.....	92
5.5.3.1	Produktionsmethoden	93
5.5.3.2	Lebenszykluskosten	95
5.5.3.3	Externe Kosten.....	98
5.5.4	Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze	99
5.5.4.1	Eindeutige Festlegung und Gewichtung der Kriterien.....	99
5.5.4.2	Diskriminierungsverbot und Einengung auf ein Unternehmen.....	100
5.5.5	Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und -systemen im Rahmen der Angebotswertung	103
5.6	Ausführungsbedingungen	104
5.6.1	Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen in den Ausführungsbedingungen.....	108
5.7	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung	109
6	Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	111
6.1	Festlegung des Auftragsgegenstandes	111
6.2	Leistungsbeschreibung.....	112
6.2.1	Eindeutige Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO).....	112
6.2.2	Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 24 UVgO)	112
6.3	Auswahl geeigneter Unternehmen.....	113
6.3.1	(Zwingende und fakultative) Ausschlussgründe	113
6.3.2	Fachliche und technische Leistungsfähigkeit (§ 33 UVgO)	114
6.4	Angebotswertung / Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO)	115
6.5	Ausführungsbedingungen (§ 45 UVgO)	116
6.6	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung	117
7	Zusammenfassung.....	118
8	Quellenverzeichnis	121
9	Entscheidungsverzeichnis.....	124

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Überblick über die Vergabevorschriften über- und unterhalb der EU-Schwellenwerte34
Tabelle 2:	Überblick zu verbindlichen Vorgaben zur Energieeffizienz35
Tabelle 3:	Überblick über die Regelungssystematik im 1. Kapitel des 4. Teils GWB.....41

Abkürzungsverzeichnis

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. der EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AVV-EnEff	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BfEE	Bundesstelle für Energieeffizienz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BMUB	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BverfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEN	European Committee for Standardization
CEPS	Centre for European Policy Studies
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CNG	Compressed Natural Gas
d. h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EDL-G	Energiedienstleistungsgesetz
EDL	Energiedienstleistung
EG	Europäische Gemeinschaft
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
endg.	endgültig
EnVKG	Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
EnVKV	Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung
EPBD	Energy Performance of Buildings Directive, Gebäuderichtlinie
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EurUP	Zeitschrift für europäisches Umweltrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FSC	Forest Stewardship Council
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPA	Government Procurement Agreement (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)
GPP	Green Public Procurement (dt. umweltfreundliche öffentliche Beschaffung)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (aus dem Jahr 2016)
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IEKP	Integriertes Energie- und Klimaprogramm
ISO	International Organization for Standardization
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
ITDZ	IT-Dienstleistungszentrum Berlin
i.V.m.	in Verbindung mit
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung (aus dem Jahr 2016)
KOM	Europäische Kommission
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
LCC	Lebenszykluskostenrechnung (engl. life cycle costing)
LPG	Liquefied Petroleum Gas
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEEAP	Nationaler Energieeffizienz-Aktionsplan
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PEFC	Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes
PPM	Prozess- und Produktionsmethoden (engl. process and production methods)
RAL	Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite oder Satz
SektVO	Sektorenverordnung (aus dem Jahr 2016)
SZR	Sonderziehungsrechte
TISA	Trade in Services Agreement
TCO	Total Cost of Ownership
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
u. Ä.	und Ähnliches
UMK	Umweltministerkonferenz (des Bundes und der Länder)
UMS	Umweltmanagementsystem
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
UZ	Umweltzeichen
v.	von oder vom
Verg	Vergabe
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VergRModVO	Vergaberechtsmodernisierungsverordnung
VergStatVO	Vergabestatistikverordnung
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung (aus dem Jahr 2016)
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (aus dem Jahr 2016)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL 2009	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (aus dem Jahr 2009)
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
VwVBU	Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (Berlin)
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
WTO	Welthandelsorganisation (engl. World Trade Organisation)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1 Vorbemerkung zur Aktualisierung

Im Jahr 2008¹ hat das Umweltbundesamt in einem Rechtsgutachten die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2004 in deutsches Recht untersuchen lassen. In den Jahren 2012², 2014³ und 2017⁴ fanden Aktualisierungen des Rechtsgutachtens zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung statt.

Ziel der vorliegenden Überarbeitung und Aktualisierung des Rechtsgutachtens ist es, die im Rahmen der Gesetzesnovelle 2016/2017 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz⁵, die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung⁶ sowie die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) eingeführten Änderungen zu berücksichtigen. Dabei liegt der Fokus auf den Vorschriften zur umweltfreundlichen Beschaffung. Zudem werden Möglichkeiten aufgezeigt, wie Umweltmanagementmaßnahmen und -systeme (UMS) und insbesondere EMAS in der Vergabe verstärkt verwendet werden können.

¹ Dross, Miriam/Dageförde, Angela/Acker, Hendrik (2008): Rechtsgutachten Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien.

² Hermann, Andreas (2012): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

³ Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

⁴ Hermann, Andreas (2017): Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17.02.2016, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 8 vom 23.02.2016.

⁶ Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12. April 2016, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 16, vom 14.04.2016.

2 Einführung

2.1 Hintergrund

Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung ist ein Prozess, in dem öffentliche Beschaffungsstellen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ausschreiben, die eine geringere Umweltbelastung aufweisen als vergleichbare Leistungen mit derselben Funktion. Durch eine umweltfreundliche Beschaffung kann die öffentliche Hand den Markt hin zu umweltfreundlichen Produkten beeinflussen, Energie effizient nutzen, CO₂ und andere Emissionen sowie die Verwendung gefährlicher Substanzen reduzieren und Ressourcen schonen. Die Marktmacht, die der öffentlichen Hand dabei zukommt, zeigen die folgenden Zahlen: Das gesamte Beschaffungsvolumen aller EU-Mitgliedstaaten stieg in den letzten Jahren kontinuierlich an und lag im Jahr 2014 bei rund 1,9 Billionen Euro. Dies entspricht im Mittel 13 Prozent des Bruttoinlandsprodukts der Mitgliedstaaten.⁷ In Deutschland wird geschätzt, dass das jährliche Volumen der öffentlichen Beschaffung zwischen 150 Milliarden Euro bis zu 440 Milliarden Euro liegt.

Doch häufig hat die umweltfreundliche Beschaffung noch weitere positive (Neben-)Effekte: Werden die Lebenszykluskosten der ausgeschriebenen Leistung bei der Beschaffung berücksichtigt, verbessert sich nicht nur die Umweltfreundlichkeit, sondern auch die Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsentscheidungen. Auch die Gesundheit von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird geschont (z. B. durch die Beschaffung emissionsarmer Geräte) und deren Motivation steigt. Und nicht zuletzt erfüllt die öffentliche Hand mit einer umweltfreundlichen Beschaffungspraxis auch eine Vorbildfunktion für private Unternehmen und die Bürgerinnen und Bürger.

Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe hat in den letzten 15 Jahren stetig an Bedeutung gewonnen. Das lässt sich an verschiedenen Indikatoren ablesen: an den europaweiten Praxisbeispielen aus verschiedenen Ländern, Städten und Gemeinden, an der Zahl der Veröffentlichungen und Internetseiten zum Thema, aber auch die Gerichtsentscheidungen, die insbesondere der Europäische Gerichtshof zu der Frage der Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten im Vergaberecht gefällt hat. Bedeutung kommt der umweltfreundlichen Beschaffung in der Praxis insbesondere in folgenden Bereichen zu: Strom- und Wärmeversorgung, Mobilität, Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Beleuchtung für Industrie und Kommunen.⁸

In ihrer Mitteilung „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“ vom 16. Juli 2008⁹ formulierte die Europäische Kommission das Ziel, dass bis zum Jahr 2010 50 Prozent aller öffentlichen Vergabeverfahren in der EU „grün“ sein sollten. Gemäß der im Auftrag der Kommission durchgeführten Studie zur Umsetzung einer umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung in den seinerzeit 27 EU-Mitgliedstaaten¹⁰ konnte das 50 Prozent-Ziel bis zum Jahr 2010 insgesamt nicht erreicht werden.

⁷ Europäische Kommission (2016a): Public Procurement Indicators 2014 DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, S. 7.

⁸ Konferenzreport - Deutscher Industrie- und Handelskammertag Fachkonferenz „Grüne Beschaffung. Handlungsfelder und politische Rahmenbedingungen“ vom 16.06.2010.

⁹ Europäische Kommission (2008): Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen vom 16.7.2008, KOM (2008) 400, siehe: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:DE:PDF> vom 16.07.2008.

¹⁰ Centre for European Policy Studies (CEPS) und College of Europe, „The Uptake of Green Public Procurement in the EU27“, Brüssel, 29.02.2012; siehe: http://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm.

Die Evaluierung basiert auf einer europaweiten Befragung der Beschaffungsstellen zu zehn für die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung relevanten Produktgruppen.¹¹ Als umweltfreundlich galt eine Ausschreibung dann, wenn die auf europäischer Ebene definierten GPP-Kernkriterien¹² oder vergleichbare Umweltkriterien eingefordert wurden. In Deutschland entsprachen nur zwischen 20 und 40 Prozent der evaluierten Ausschreibungen diesem Maßstab. Obwohl die Aussagekraft der Studie aufgrund der teilweise sehr geringen Beteiligung an der durchgeführten Fragebogenaktion in anderen EU-Mitgliedstaaten begrenzt ist, zeigt sie doch einen erheblichen Handlungsbedarf im Sinne einer umweltfreundlicheren öffentlichen Auftragsvergabe auf.

Von Seiten der EU-Kommission und anderer europäischer Institutionen wird die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe ("grüne Beschaffung") als wirksames Instrument zur Förderung des Umweltschutzes betrachtet. Das Thema genießt auf europäischer Ebene hohe Priorität, auch deshalb, weil es als ökonomisches Instrument aufgefasst wird, das im Gegensatz zum „altmodischen“ Ordnungsrecht auf „command and control“ verzichtet. Dies spiegelt sich darin wider, dass die „grüne“ öffentliche Beschaffung in zahlreichen politischen Dokumenten, wie beispielsweise dem 6.¹³ und 7. Umweltaktionsprogramm¹⁴ genannt wird. Im 7. Umweltaktionsprogramm werden die Mitgliedstaaten und Regionen aufgefordert, weitere Schritte zu unternehmen, damit mindestens 50 Prozent aller öffentlichen Aufträge Umweltverträglichkeitskriterien enthalten.¹⁵ Die EU-Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten, Aktionspläne für eine umweltfreundliche Beschaffung aufzustellen,¹⁶ in denen quantitative Ziele für eine umweltfreundliche Beschaffung festgesetzt werden. Gleichzeitig sollen die Aktionspläne konkrete Ziele im Hinblick auf einzelne Produktgruppen und Organisationen sowie das Training von Beschaffungsstellen vorsehen.¹⁷ Der Empfehlung der Kommission sind inzwischen viele Mitgliedstaaten nachgekommen.¹⁸

¹¹ Zu den Produktgruppen zählten: Reinigungsmittel und -dienstleistungen, Hochbau, Strom, Lebensmittel, Gartenbauprodukte und -dienstleistungen, Computer, Monitore und bildgebende Geräte, Grafisches Papier und Kopierpapier, Textilien, Fahrzeuge und Beförderungsdienstleistungen, Möbel.

¹² GPP-Kriterien sind Kriterienkataloge für eine umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, die auf europäischer Ebene im Auftrag der EU-Kommission erarbeitet werden. GPP steht dabei für Green Public Procurement. In den Kriterienkatalogen wird im Sinne eines Minimalansatzes zwischen Kernkriterien und umfassenden Kriterien unterschieden, wobei erstere als Mindestmaßstab für eine umweltfreundliche Beschaffung gelten. Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_en.htm.

¹³ Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe wird erwähnt unter anderem in Art. 3 Ziff. 6 des sechsten Umweltaktionsprogramms (Beschl. Nr. 1600/2002/EG des EP und des Rates vom 22.07.2002 über das sechste Umweltaktionsprogramm, ABl. EG Nr. L 242, S. 1 (erwähnt ist ein "nach ökologischen Kriterien ausgelegtes öffentliches Beschaffungswesen" ausdrücklich als ein Instrument zur Erreichung der Umweltziele der EG); in der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Parlament vom 18.06.2003, KOM (2003) 302 endg., über die Integrierte Produktpolitik (S. 10); Report from the High Level Group chaired by Wim Kok („Kok-Report“), S. 37; Empfehlung 2003/555/EG des Rates vom 26.06.2003 zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft (Zeitraum 2003 - 2005) sowie in einer Reihe von Schlussfolgerungen der Ratspräsidentschaft beispielsweise vom 22. und 23.03.2005 und vom 23.-24.03.2006.

¹⁴ Beschluss Nr. 1386/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 über ein allgemeines Umweltaktionsprogramm der Union für die Zeit bis 2020 „Gut leben innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen unseres Planeten“, Abl. der EU Nr. L 354 vom 28.12.2013, S. 171–200.

¹⁵ Siehe Ziffer 38 des 7. Umweltaktionsprogramms.

¹⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 08.06.2003, Integrierte Produktpolitik, KOM (2003) 302 endg. S. 13/14; European Commission, Report on the implementation of the Environmental Technologies Action Plan, COM (2005) 16 final. European Commission, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8.

¹⁷ European Commission, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8., Vgl.: <http://www.parmaecobio.com/ACQUISTI%20-VERDI/Documenti/Rossi/Linee%20Guida%20Piano%20d'Azione%20GPP.pdf>.

¹⁸ Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm.

Die Bundesregierung stand im Jahr 2005 der Aufstellung von Aktionsplänen und der Festlegung von quantitativen Zielen für die umweltfreundliche Beschaffung noch kritisch gegenüber. Dies wurde damit begründet, dass Zielvorgaben für die umweltfreundliche Beschaffung dem vorrangigen Ziel des Vergaberechts, einem wirtschaftlichen Einkauf, entgegenstünden.¹⁹ Zwar gibt es auch heute noch keine verbindlichen quantitativen Ziele für die umweltfreundliche Beschaffung, aber die Bundesregierung hat mit Gesetzesänderungen sowie Maßnahmen und Programmen einen erheblichen Beitrag zum Ausbau der nachhaltigen und umweltfreundlichen Beschaffung in Deutschland geleistet:

Mit dem Eckpunktepapier für das Integrierte Energie- und Klimaprogramm (IEKP) beschloss das Bundeskabinett im August 2007 in Meseberg unter anderem Leitlinien für die Beschaffung umweltfreundlicher, insbesondere energieeffizienter, Produkte und Dienstleistungen zu erarbeiten. Die Bundesregierung hat am 5. Dezember 2007 – zum Auftakt der Vertragsstaatenkonferenz der Klimarahmenkonvention in Bali – das IEKP vorgelegt, in dem Maßnahmen, die eine günstige CO₂-Bilanz und eine möglichst große Kosteneffizienz aufweisen, aufgeführt sind.²⁰ In diesem Zusammenhang hat die Bundesregierung eine "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen" (AVV-EnEff)²¹ beschlossen (Maßnahme 24 des IEKP), deren Geltungsdauer bis 31.12.2019 verlängert wurde (zu Einzelheiten in Abschnitt 3.3.9.1). Ein wichtiges rechtliches Instrument des deutschen Engagements im Bereich der Energieeffizienz ist zudem das Energiedienstleistungsgesetz (EDL-G)²² vom November 2010. Zusammen mit den Maßnahmen des Integrierten Energie- und Klimaprogramms zur Steigerung der Energieeffizienz und der 2010 erfolgten Änderung der Vergabeverordnung dient das Gesetz dazu, die EU-Energiedienstleistungs-Richtlinie vollständig umzusetzen. Danach erstellte und veröffentlichte die Bundesstelle für Energieeffizienz (BfEE) auf Grundlage von § 9 Nr. 13 des Energiedienstleistungsgesetzes Listen mit Energieeffizienzkriterien für technische Spezifikationen verschiedener Produktkategorien als Hilfestellung für öffentliche Beschaffungsstellen. Die Kriterien können im Internet herunter geladen werden.²³

Die Bundesregierung hat im September 2010 zudem das sogenannte Energiekonzept²⁴ beschlossen, welches die energiepolitische Ausrichtung Deutschlands bis 2050 beschreibt und insbesondere Maßnahmen zum Ausbau der Erneuerbaren Energien, der Netze und zur Energieeffizienz festlegt. Am 6. Juni 2011 hat die Bundesregierung das dazu gehörende Energiepaket²⁵ verabschiedet, welches die Maßnahmen des Energiekonzepts ergänzt und ihre Umsetzung beschleunigt. Darin wurden konkrete Maßnahmen zur energieeffizienten öffentlichen Beschaffung vorgeschlagen, die zur Änderung der Vergabeverordnung und der "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen" (AVV-EnEff) führten.

¹⁹ Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

²⁰ Das Integrierte Energie- und Klimaschutzprogramm (IEKP): https://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hintergrund_meseberg.pdf.

²¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) vom 18. Januar 2017; herunterzuladen unter: <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/avv-eneff.html>.

²² Gesetz über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen vom 4. November 2010 (BGBl. I S. 1483), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 8 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist. Herunterzuladen unter: www.gesetze-im-internet.de/edl-g.

²³ Siehe die Internetseite: <https://www.bfee-online.de/SharedDocs/Downloads/BfEE/DE/Effizienzpolitik/energieeffizienzkriterien.html>.

²⁴ Bundesregierung: Energiekonzept vom September 2010: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Energiekonzept/auftakt.html>.

²⁵ BMWi: Energiepaket: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/energiekonzept-2010-beschluesse-juni-2011.html>.

Der Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung hat im März 2015 im zweiten „Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit“ weitere Ziele für die nachhaltige Beschaffung auf Bundesebene aufgestellt.²⁶ So sollen beispielsweise nur noch Produkte der jeweils höchsten Energieeffizienzklasse beschafft, Ökostrom bezogen, die Kriterien des Umweltzeichens „Blauer Engel“ verwendet, der Anteil an Recyclingpapier erhöht und der durchschnittliche Emissionswert der Dienstwagenflotte auf 130 g CO₂/km gesenkt werden. Die Einrichtung der zentralen Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB)²⁷ basiert auf dem im Jahr 2010 formulierten „Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit“.²⁸ Auf dem Themenportal „Umweltfreundliche Beschaffung“ des Umweltbundesamtes („Beschaffung-info.de“) werden z. B. Beschaffungsleitfäden, Arbeitshilfen, Studien, gute Praxisbeispiele und aktuelle politische und rechtliche Informationen eingestellt.²⁹ Auch im „Nationalen Programm für nachhaltigen Konsum“³⁰ vom Februar 2016 wird der öffentlichen Beschaffung eine wichtige Rolle bei der Förderung des nachhaltigen Konsums zugewiesen. So soll der Beratungs- und Informationsbereich zur nachhaltigen Beschaffung weiter gestärkt werden, indem spezielle Schulungsunterlagen und Arbeitshilfen erstellt und angeboten werden.

Zudem wurden Aspekte wie der Ressourcenschutz oder der Schutz der Biodiversität in der öffentlichen Beschaffung gestärkt. Das Ressourceneffizienzprogramm der Bundesregierung aus dem Jahr 2016 (ProgRess II) verfolgt das Ziel, die Beschaffung stärker zur Verbesserung der Ressourceneffizienz zu nutzen.³¹ Die Biodiversität soll bis zum Jahr 2020 im Beschaffungs- und Bauwesen Einzug halten, indem biodiversitätserhaltende Standards eingeführt werden. Dazu sollen die bestehenden Umweltgütesiegel weiterentwickelt werden oder importierte Naturstoffe und -produkte zu 25 Prozent aus natur- und sozialverträglicher Nutzung stammen.³²

Entgegen der positiven Einschätzung und Rolle des Instruments auf politischer Ebene wurde das Thema umweltfreundliche öffentliche Beschaffung von der deutschen Rechtswissenschaft lange Zeit eher kritisch unter dem Stichwort „vergabefremde Aspekte“ diskutiert. Inzwischen besteht aber an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in der öffentlichen Auftragsvergabe kein Zweifel mehr, was vor allem auf die Entwicklung des Europarechts auf diesem Gebiet zurückzuführen ist.

²⁶ Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung: Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen - Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit - Beschluss vom 30.03.2015, herunterzuladen unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975274/426424/ce303cc4bf64c43e7775dc20f031fb2b/2015-03-30-massnahmenprogramm-nachhaltigkeit-data.pdf?download=1>.

²⁷ Die Internetseite der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung ist abrufbar unter: http://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/Home/home_node.html.

²⁸ Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung: Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen - Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit - Beschluss vom 06.12.2010.

²⁹ Siehe auf der Internetseite des Umweltbundesamtes unter <http://www.beschaffung-info.de>.

³⁰ BMUB: „Nationales Programm für nachhaltigen Konsum“; herunterzuladen unter: https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Produkte_und_Umwelt/nat_programm_konsum_bf.pdf.

³¹ BMUB: „Deutsches Ressourceneffizienzprogramm II - Programm zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen“, S. 26 und 57; herunterzuladen unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/progress_ii_broschuere_bf.pdf.

³² BMU (2007): Die nationale Strategie zur biologischen Vielfalt vom Bundeskabinett am 7. November 2007 beschlossen, S. 44 ff., herunterzuladen unter: https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/nationale_strategie_biologische_vielfalt_2015_bf.pdf.

Während zunächst mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs³³ sowie eine Interpretierende Mitteilung der Kommission³⁴ zur Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe nach europäischem Recht positiv Stellung nahmen, sind die dort aufgestellten Grundsätze 2004 in die europäischen Vergaberichtlinien³⁵ eingeflossen und anschließend in § 97 Abs. 3 GWB übernommen worden. Durch die Verankerung von Regelungen, die sich auf Umweltaspekte in den Leistungsanforderungen oder in Auftragsausführungsbedingungen beziehen sowie den Ausschluss von Teilnehmerinnen und Teilnehmern, die Angebotswertung oder auch die Zulässigkeit von Umweltmanagementsystemen betreffen, sind viele bis dahin streitig diskutierte Fragen abschließend rechtlich geklärt worden.

2.2 Die Entwicklung der Umweltkriterien im Vergaberecht

Sowohl das europäische als auch das deutsche Vergaberecht stehen der Berücksichtigung von Umweltkriterien in der öffentlichen Beschaffung offen gegenüber. Das gilt für die europaweite (oberhalb der Schwellenwerte) und die nationale öffentliche Beschaffung (unterhalb der Schwellenwerte). In bestimmten Vergabebereichen besteht nicht nur die Möglichkeit einer umweltfreundlichen Beschaffung, sondern Umweltkriterien sind sogar verpflichtend zu berücksichtigen (so z. B. bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanter Produkte und Dienstleistungen gemäß § 67 VgV³⁶ und bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen gemäß § 68 VgV).

Die Entwicklungsgeschichte und Komplexität der rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland trägt bei den Beschaffungsstellen bisweilen zur Unsicherheit über die einzuhaltenden rechtlichen Vergabevorschriften bei. In der Folge können die Beschaffungsstellen diese als schwierig und riskant wahrnehmen. Ein Grund dafür ist auch, dass das deutsche Vergaberecht und das europäische Vergaberecht in der Vergangenheit unterschiedliche Ziele verfolgt haben. Während das deutsche Vergaberecht ursprünglich ein spezieller Teil des Haushaltsrechts war, wurden deshalb immer Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Ziele des „traditionellen“ Vergaberechts in den Vordergrund gestellt. Die Zielsetzung des europäischen Vergaberechts ist es hingegen vor allem den europäischen Binnenmarkt zu verwirklichen, indem die Marktöffnung zwischen den Mitgliedstaaten gefördert wird. Dieses Ziel verfolgen auch die europäischen Grundfreiheiten, die bei der Schaffung eines EU-Marktes bei der Vergabe von Aufträgen ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte, beachtet werden müssen.

Wie bereits erwähnt, wurde von der deutschen Rechtswissenschaft das Thema „umweltfreundliche öffentliche Beschaffung“ lange Zeit eher kritisch unter dem Stichwort „vergabefremde Aspekte“ diskutiert.³⁷ Aber bereits 1984 hat der deutsche Gesetzgeber in den Erläuterungen zu § 8

³³ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17.09.2002 im Fall C-513/99 („Concordia Bus“) und Urteil vom 04.12.2003 im Fall C-448/01 („Wienstrom“).

³⁴ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001 KOM (2001) 274 endg. (im Folgenden: Interpretierende Mitteilung), Abl. EG Nr. C 333 vom 28.11.2001, S. 4.

³⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (nachfolgend: Richtlinie 2004/18/EG); Abl. EG Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 114; zuletzt geändert durch Art. 1 Änderungsrichtlinie 2013/16/EU vom 13.05.2013, Abl. Nr. L 158, S. 184.

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (nachfolgend: Richtlinie 2004/17/EG); Abl. EG Nr. L 134/1 vom 30.04.2004; zuletzt geändert Art. 1 Änderungsrichtlinie 2013/16/EU vom 13.05.2013, Abl. EG Nr. L 158 S. 184.

³⁶ Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.10.2013 (BGBl. I S. 3854) geändert worden ist.

³⁷ Siehe beispielsweise Ax/Schneider/Nette (2002): Handbuch Vergaberecht, S. 200 unter dem Stichwort „Vergabefremde Kriterien“.

VOL/A (Verdingungsordnung für Leistungen) klargestellt, dass das Vergaberecht die Beschaffungsstelle nicht daran hindert, auch Umwelanforderungen an die auszuschreibende Leistung zu knüpfen.³⁸ Gleichwohl spielte für die Anerkennung und Durchsetzung des Themas in Deutschland die Rechtsprechung und Gesetzgebung auf europäischer Ebene eine wichtige Rolle. Wichtige Entscheidungen des europäischen Gerichtshofs waren dabei die „Concordia Bus“-Entscheidung³⁹ und die „Wienstrom“-Entscheidung⁴⁰. Im Urteil „Concordia Bus“ hat der EuGH 2002 über die Vereinbarkeit von Umweltschutzkriterien mit dem Grundsatz des Diskriminierungsverbots entschieden. Das Gericht musste die Frage klären, ob in der Ausschreibung Kriterien (es ging um die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen der Busse) festgelegt werden können, von denen von vornherein feststeht, dass nur wenige bietende Unternehmen diese erfüllen können. Der EuGH sah darin keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Im „Wienstrom“-Urteil ging es um die Zulässigkeit von Zuschlagskriterien, die die Herkunft des zu beschaffenden Stroms aus erneuerbaren Energien forderten. Das Gericht urteilte, dass die Beschaffungsstellen auch bestimmte Produktionsverfahren fordern dürfen, wenn diese dazu beitragen, das Produkt zu charakterisieren; unabhängig davon, ob es sich um sichtbare oder unsichtbare Charakteristika handelt. So unterscheidet sich „konventioneller Strom“ von „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ nur in der Produktionsweise. Beide EuGH-Entscheidungen können auch für die Beschaffung von ökologisch erzeugten Lebensmitteln herangezogen werden, die sich von konventionellen Lebensmitteln insbesondere durch die Produktionsweise unterscheiden und möglicherweise nur von einem begrenzten Kreis von Unternehmen geliefert werden können.

Nach den „Wienstrom“- und „Concordia Bus“-Entscheidungen dürfen umweltbezogene Kriterien in der Ausschreibung einbezogen werden, wenn sie:

- ▶ im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, z. B. die Produkt- und Prozessqualität des zu liefernden Lebensmittels betreffend,
- ▶ der öffentlichen Beschaffungsstelle keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumt und damit ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmen ermöglicht,
- ▶ ausdrücklich in den Vergabeunterlagen genannt sind und
- ▶ den grundlegenden Prinzipien und Grundsätzen des EG-Vertrages entsprechen.

Der europäische Gesetzgeber hat die vorgenannten Regeln der Rechtsprechung dann in der Neufassung der EU-Vergabe-Richtlinien 2004/18/EG (sogenannte „Koordinierungsrichtlinie“)⁴¹ und 2004/17/EG (sogenannte „Sektorenrichtlinie“)⁴² umgesetzt. Die Zulässigkeit der Einbeziehung von Umweltkriterien war damit bereits vor der Reform der EU-Vergabe-Richtlinien durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abgesichert und in einer Interpretierenden Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001⁴³ dargestellt worden.

³⁸ Zdzieblo, in: Daub/Eberstein (2000), § 8 Rn. 60 m. w. N.

³⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17.9.2002 im Fall C-513/99 („Concordia Bus“).

⁴⁰ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 4.12.2003 im Fall C-448/01 („Wienstrom“).

⁴¹ Siehe Fn. 34.

⁴² Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (nachfolgend: Richtlinie 2004/17/EG); Abl. EG Nr. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

⁴³ Siehe Fn. 33. Vgl. zur Interpretierenden Mitteilung auch: Dageförde, Angela (2002): Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2002, S. 597 und Barth, Regine/Fischer, Almuth (2002): Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz: Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 2002, S. 1184.

Durch diese Rechtsprechung und Gesetzgebung sind viele bis dahin strittige Fragen abschließend rechtlich entschieden und normiert worden. Dies betrifft z. B. Umweltaspekte in technischen Spezifikationen oder Auftragsausführungsbedingungen, den Ausschluss von Unternehmen, die Angebotswertung oder auch die Zulässigkeit von Umweltmanagementsystemen.⁴⁴

Die EU-Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG wurden in Deutschland schrittweise umgesetzt, indem ab dem 1. November 2006 die neue Vergabe- und Vertragsordnung VOB/A 2006 sowie die Verdingungsordnungen VOL/A 2006 und VOF 2006 in Kraft traten. Erst im April 2009, mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts wurden die EU-Richtlinien vollständig in deutsches Recht umgesetzt, einschließlich der ausdrücklichen Zulassung von umweltbezogenen Kriterien in der Vergabe. So hat die Europäische Union mit ihren Vergaberichtlinien, wie z. B. 2004/18/EG die rechtliche Grundlage dafür geschaffen, dass bei der öffentlichen Beschaffung neben wirtschaftlichen auch soziale und ökologische Kriterien berücksichtigt werden können. Diese Kann-Bestimmung wurde mit der Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Februar 2009 in das deutsche Vergaberecht übernommen. Dort hieß es in § 97 Abs. 4 GWB: *„Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“*

Die Vergaberichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG wurden ab dem 14. April 2014 von den neuen EU-Vergaberichtlinien 2014/24/EU (neue Koordinierungsrichtlinie)⁴⁵ und 2014/25/EU (neue Sektorenrichtlinie)⁴⁶ abgelöst. Ein wesentlicher Anlass für die Reform des Vergaberechts war es, die öffentliche Beschaffung für die Förderung eines nachhaltigeren und sozialen Wachstums in Europa zu nutzen.⁴⁷ So wird die Berücksichtigung von Umweltschutz- und Sozialaspekten in der Vergabe durch die neuen Richtlinien weiter gestärkt. In den Vergabegrundsätzen in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU heißt es, *„die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die im Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“* Dazu zählen z. B. das Internationale Arbeitsorganisation (IAO)-Übereinkommen Nr. 182 zum Verbot von Kinderarbeit⁴⁸ oder das IAO-Übereinkommen Nr. 105 über das Verbot der Zwangsarbeit⁴⁹, die für importierte Waren von Bedeutung sind.

⁴⁴ Dageförde, Angela/Dross, Miriam (2005): Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, S. 19.

⁴⁵ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Abl. Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

⁴⁶ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Abl. Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 243.

⁴⁷ Europäische Kommission (2014): Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen – einfacher und flexibler, herunterzuladen unter: <https://publications.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/38617abb-664f-40ae-9b5c-f635eba73a8e>.

⁴⁸ Herunterzuladen unter: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c182_de.htm.

⁴⁹ Herunterzuladen unter: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c105_de.htm.

Ferner ist hervorzuheben, dass europarechtlich in Art. 2 und Art. 41 Richtlinie 2014/24/EU die Verwendung von Gütezeichen, wie z. B. dem Blauen Engel oder dem Fairtrade-Siegel nunmehr eindeutig geregelt ist. Damit wird es für die Beschaffungsstelle nach der Umsetzung in deutsches Recht einfacher, Gütezeichen und Zertifikate als Nachweis für die selbst gesetzten Nachhaltigkeitskriterien zu fordern. Eine ausführliche Darstellung der Anforderungen bei der Verwendung von Gütezeichen findet sich in Abschnitt 5.3.5.

Um die komplexe Rechtsprechung und unterschiedliche nationale Regelungen bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zu beenden, wird zudem die Vergabe von Konzessionsverträgen mit der Richtlinie 2014/23/EU⁵⁰ erstmals durch europäische Gesetzgebung geregelt.

Die Bundesregierung musste die vorgenannten europäischen Vorgaben bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umsetzen. Im Januar 2015 hat sie zur Umsetzung ein Eckpunktepapier⁵¹ veröffentlicht, im Februar 2016 trat das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts in Kraft (VergModG)⁵² und im April 2016 folgte die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergModVO)⁵³. Für die nachhaltige Beschaffung wesentliche Punkte der Novelle werden im folgenden Abschnitt beschrieben.

Für Beschaffungen unterhalb der EU-Schwellenwerte ist der Abschnitt 1 der VOL/A 2009 in der Fassung vom 20.11.2009 nach der Vergaberechtsreform 2016/2017 noch so lange anzuwenden, bis die UVgO in dem jeweiligen Bundesland für anwendbar erklärt wird. Während der 1. Abschnitt der VOB/A weiterhin gilt, wird der 1. Abschnitt der VOL/A 2009 durch die am 7. Februar 2017 veröffentlichte Verordnung zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte (sog. „Unterswellenvergabeordnung“ (UVgO))⁵⁴ ersetzt. Durch das Rundschreiben des Bundesfinanzministeriums zur Neufassung der Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 55 BHO (öffentliche Ausschreibungen) trat die UVgO auf Bundesebene zum 2. September 2017 in Kraft.⁵⁵ Die Umsetzung in den Ländern erfolgt durch entsprechende landesrechtliche Regelungen; die UVgO wurde noch nicht von allen Ländern für anwendbar erklärt.⁵⁶ Die UVgO orientiert sich strukturell an der für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Vergabeverordnung vom April 2016. Das BMWi beabsichtigt mit der Neuregelung die flexiblen Regelungsansätze aus dem Oberswellenbereich auch im Unterswellenbereich anzuwenden und zugleich die deutlich einfacheren Regelungen im Unterswellenbereich beizubehalten.

⁵⁰ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, Abl. der EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 1.

⁵¹ BMWi (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 7.01.2015; herunterzuladen unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>.

⁵² Siehe Fn. 5.

⁵³ Siehe Fn. 6.

⁵⁴ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterswellenvergabeordnung – UVgO), Bundesanzeiger AT vom 7.02.2017 B1; herunterzuladen auf der Seite des BMWi unter: <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterswellenvergabeordnung-uvgo.html>

⁵⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) vom 14. März 2001 (GMBI 2001 Nr. 16/17/18, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 25. April 2018 - II A 3 - H 1012-6/17/10001 :003, DOK 2018/0323564 (GMBI 2018 Nr. 29, S. 568)

⁵⁶ Zum Stand der Umsetzung in den Ländern: <https://www.vergabe24.de/service/news/uvgo-in-den-bundeslaendern-stand-der-dinge/>.

2.3 Die Novellierung des deutschen Vergaberechts 2016/2017 aus Umweltsicht

Die Änderungen des deutschen Vergaberechts sind maßgeblich durch die Modernisierung des europäischen Vergaberechts geprägt. So war es ein wesentliches Ziel der Novellierung auf europäischer Ebene, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen, vor allem für soziale, ökologische und innovative Aspekte. Dieses Ziel hat auch im Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Umsetzung der Vergaberichtlinien ins deutsche Recht eine wichtige Leitlinie gebildet⁵⁷: *„Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden.“* Zur Stärkung von nachhaltigen Kriterien im Vergabeverfahren sind deshalb im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵⁸ neue Regelungen eingeführt worden, die für den Oberschwellenbereich in der Vergabeverordnung (VgV)⁵⁹ und für den Unterschwellenbereich in der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) konkretisiert werden. Diese Änderungen sollen nachfolgend kurz vorgestellt werden:

- **Grundsätze des Vergaberechts:** Erstmals werden Qualität und Innovation sowie soziale und ökologische Gesichtspunkte als Grundsätze in § 97 Abs. 3 GWB ausdrücklich genannt. Meinungen, die diese Aspekte als „vergabefremd“⁶⁰ einstufen, stehen damit nicht im Einklang mit dem Gesetz. Mit der Aufnahme als Grundsätze in den 4. Teil des GWB wird die Verfolgung dieser strategischen Vergabezwecke vom Gesetzgeber ausdrücklich legitimiert. Dies gilt durch Übernahme der entsprechenden Regelung in § 2 Abs. 3 UVgO auch im Unterschwellenbereich. Es steht nunmehr im Ermessen (siehe den Wortlaut „kann“) der öffentlichen Beschaffungsstelle, ob sie Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren - unabhängig vom Schwellenwert - berücksichtigen will. Sie kann dies im gesamten Vergabeverfahren, d. h. in der Leistungsbeschreibung, den Eignungskriterien und den Zuschlagskriterien sowie bei den Bedingungen zur Auftragsausführung realisieren. Dabei muss aber auch weiterhin der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (jetzt explizit in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB geregelt) beachtet werden. Für den Unterschwellenbereich ist dies nunmehr in § 2 Abs. 1 UVgO geregelt.
- **Leistungsbeschreibung:** Obwohl bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung auf Umweltkriterien nach § 97 Abs. 3 GWB Bezug genommen werden kann, wird diese Möglichkeit in § 121 GWB nicht explizit genannt. In § 31 Abs. 1 und 3 VgV werden die Voraussetzung für die Berücksichtigung von Umweltkriterien, unter Bezugnahme auf § 121 GWB, genannt. Für den Unterschwellenbereich ist dies inhaltsgleich in § 23 Abs. 2 UVgO geregelt. Erstmals wird in der Vergabeverordnung und der Unterschwellenvergabeordnung geregelt, dass die

⁵⁷ Siehe Fn. 51.

⁵⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist.

⁵⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRMod-VO) vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624) auf Grund der §§ 113 und 114 Absatz 2 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Artikel 1 Nummer 2 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) neu gefasst worden sind.

⁶⁰ So Burgi, Martin (2015): Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597 (600).

öffentliche Beschaffungsstelle in den Leistungs- und Funktionsanforderungen auch umweltbezogene Aspekte zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes verwenden dürfen (§ 31 Abs. 3 VgV) (siehe im Detail in Abschnitt 5.3).

Ferner dürfen umweltbezogene Anforderungen auch an den Herstellungsprozess und andere Stufen im Lebenszyklus (einschließlich der Produktions- und Lieferkette) gestellt werden. Nicht notwendig ist, dass die Anforderungen sich in materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes niederschlagen. Einschränkend wird jedoch gefordert, dass die Umweltkriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und verhältnismäßig zum Auftragswert und Beschaffungsziel sind.

Beschaffungsstellen können zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer Leistung oder Ware nach § 31 VgV oder § 23 UVgO pauschal auf Gütezeichen verweisen, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird (siehe Abschnitt 5.3.1).

- ▶ **Eignung:** Bei der Eignungsbeurteilung kann die öffentliche Beschaffungsstelle soziale und ökologische Belange im Rahmen der fakultativen Ausschlussgründe berücksichtigen, um Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 124 GWB), z. B. wenn diese bei der Auftragsausführung nachweislich gegen geltende umwelt- oder sozialrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben (siehe dazu im Detail Abschnitt 5.4.3). Dies ist auch im Unterschwellenbereich möglich, da § 31 Abs. 1 UVgO auf die entsprechende Anwendung der §§ 123 und 124 GWB verweist.
- ▶ **Nachweis zum Umweltmanagement:** Wie auch schon im alten § 7 EG Abs. 11 VOL/A⁶¹ kann die öffentliche Beschaffungsstelle als Nachweis der Einhaltung von Normen des Umweltmanagements unter anderem das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung „Eco-Management and Audit Scheme“ (kurz: EMAS) der EU verlangen (§ 49 Abs. 2 VgV). Neu ist, dass die öffentliche Beschaffungsstelle nicht nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Lieferaufträge zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens ein Umweltmanagementsystem im Unternehmen verlangen kann (vgl. § 49 VgV). Auch hier gilt, dass gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Staaten anerkannt werden müssen (siehe Abschnitt 5.4.4).
- ▶ **Nachweisführung durch Gütezeichen:** Neu ist, dass die öffentliche Beschaffungsstelle gemäß § 34 der Vergabeverordnung Gütezeichen als Nachweis für die Einhaltung von technischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung, den Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen verlangen dürfen (siehe im Detail in Abschnitt 5.3.5). Eine ähnliche Regelung findet sich für den Unterschwellenbereich in § 24 UVgO. Die Regelung, die Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, soll die Nachweisführung erleichtern, indem die Beschaffungsstelle verlangen kann, dass die Produkte mit einem bestimmten Gütezeichen versehen sind. In den Vergabeunterlagen muss sie allerdings auch ausdrücklich den Nachweis durch gleichwertige Gütezeichen zulassen.

⁶¹ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) vom 20.11.2009, Fundstelle: BAnz. Nr. 196a vom 29.12.2009.

- **Zuschlag und Zuschlagskriterien:** Wie bislang erfolgt der Zuschlag nach Maßgabe des § 127 Abs. 1 S. 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot. Erstmals im GWB geregelt ist nunmehr, dass neben dem Preis-Leistungsverhältnis auch Umweltaspekte bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden dürfen (gemäß § 127 Abs. 1 S. 3 GWB und § 58 Abs. 2 VgV). Allerdings nur dann, wenn die Umweltaspekte mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 127 Abs. 3 S. 1 GWB), erfüllbar und kontrollierbar sind (§ 127 Abs. 4 GWB), in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht worden sind (§ 127 Abs. 5 GWB) sowie verhältnismäßig sind (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB). Legt die öffentliche Beschaffungsstelle einen Festpreis oder Festkosten fest, kann das wirtschaftlichste Angebot auch ausschließlich nach umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt werden (§ 58 Abs. 2 S. 3 VgV). Eine entsprechende Regelung enthält der § 23 UVgO für den Unterschwellenbereich.
- **Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium:** Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium und Vorgaben zu ihrer Berechnung werden nun explizit in § 59 VgV (sowie in § 43 Abs. 4 UVgO i.V.m. § 59 VgV) geregelt. Vor der Neuregelung waren entsprechende Regelungen verstreut zu finden, z. B. in § 34 (3) Nr. 5 VgV a.F. oder der alten § 19 EG VOL/A⁶². Aus Nachhaltigkeitssicht ist hervorzuheben, dass die Möglichkeit der Einbindung von Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, ebenfalls erwähnt wird (zu weiteren Details siehe Abschnitte 5.5.3.2 und 5.5.3.3).
- **Ausführungsbedingungen:** Auch bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen darf die Beschaffungsstelle umweltbezogene Aspekte verfolgen (§ 128 Abs. 2 S. 3 GWB bzw. entsprechend für den Unterschwellenbereich in § 45 UVgO). Es handelt sich dabei um Bedingungen, die von den Unternehmen zumindest auch während der Auftragsausführung erfüllt werden müssen (§ 128 Abs. 1 S. 1 GWB). Entsprechend den Anforderungen für die Zuschlagskriterien müssen die Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 128 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 127 Abs. 3 GWB), in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht worden (§ 128 Abs. 2 S. 3 GWB) und verhältnismäßig sein (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB). Soll die Beschaffungsstelle verpflichtet werden, den Unternehmen Ausführungsbedingungen verbindlich vorzugeben, bedarf dies einer Regelung in einem Bundes- oder Landesgesetz (§ 129 GWB).

Erwähnt werden soll noch die folgende Regelung auch wenn es sich nur um redaktionelle Änderungen handelt:

- **Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten:** Die Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen und bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen war ursprünglich in § 4 Absätze 5 bis 10 VgV a.F. geregelt und ist nun inhaltsgleich in die §§ 67 und 68 VgV n.F. verschoben worden (siehe Abschnitt 5.3.3).

⁶² Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.10.2013 (BGBl. I S. 3854) geändert worden ist.

2.4 Ausblick

Das Vergaberecht scheint nach einer dynamischen Entwicklung in den letzten 15 Jahren in eine Phase der Konsolidierung eingetreten zu sein.⁶³ Soll das Vergaberecht allerdings verstärkt zur Förderung der strategischen Ziele in der Praxis „ankommen“, ist eine weitere „Verschlankung“ der Regelungen – gerade im Hinblick auf die Aufhebung der Kaskade – hilfreich. Ferner sollten den öffentlichen Beschaffungsstellen verbindliche Vorgaben zur Umsetzung der strategischen Ziele an die Hand gegeben werden, ähnlich wie z. B. bei der Berücksichtigung der Energieeffizienz. Weiterer Reformbedarf könnte durch die Einführung von Freihandelszonen wie dem Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) sowie dem Trade in Services Agreement (TiSA) ausgelöst werden.

2.5 Aufbau des Rechtsgutachtens

Das folgende Rechtsgutachten orientiert sich – nach einer Darstellung der wesentlichen Rechtsquellen – an dem typischen Ablauf eines Vergabeverfahrens. Grund dafür ist die angestrebte bessere Übersichtlichkeit für den Praktiker, der zu den jeweiligen Schritten im Vergabeverfahren eine rechtliche Einschätzung bekommen soll. Durch die Prüfung entlang des Vergabeverfahrens soll also eine bessere praktische Anwendbarkeit der Untersuchungsergebnisse gewährleistet werden. Das Gutachten verweist aus demselben Grund im Wesentlichen auf deutsche Normen und rekurriert nur dann auf die europäischen Vergaberichtlinien und Rechtsprechung, wenn neue Entwicklungen erfolgen oder wenn rechtliche Aspekte diskutiert werden, die sich aus dem europäischen Primärrecht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergeben, oder wenn dies zur Verdeutlichung notwendig ist.

⁶³ Krönke, Christoph (2016), S. 568.

3 Die relevanten Vergaberechtsnormen

Unter Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der nationalen und internationalen Regeln und Vorschriften, die ein Träger der öffentlichen Verwaltung, bei der Beschaffung von Leistungen und zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben, zu beachten hat.⁶⁴ Im Folgenden soll vorab ein Überblick über die verschiedenen Ebenen der für die öffentliche Beschaffung relevanten rechtlichen Normen und ihr Zusammenspiel gegeben werden.

Völkerrecht:

- ▶ Government Procurement Agreement (GPA)⁶⁵

Europäische Union:

- ▶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁶⁶,
- ▶ Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, Richtlinie 2014/25/EU⁶⁷, ersetzt Richtlinie 2004/17/EG⁶⁸),
- ▶ Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge Richtlinie 2014/24/EU⁶⁹ (ersetzt Richtlinie 2004/18/EG⁷⁰),
- ▶ Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU⁷¹,
- ▶ Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG⁷²,
- ▶ Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen)⁷³,

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 13.06.2006 - Az.: 1 BvR 1160/03. Es ist allerdings anzumerken, dass § 98 GWB auch nichtstaatliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterwirft (§ 98 Nr. 2, 4, 5 und 6 GWB).

⁶⁵ Government Procurement Agreement, in Kraft getreten am 01.01.1996, Abl. EG Nr. C 256, S. 1. Bei diesem Abkommen handelt es sich um eines der vier „plurilateralen Abkommen“ der Welthandelsorganisation (WTO), die nicht automatisch für alle WTO-Mitgliedstaaten gelten, sondern nur für die, die sie gesondert ratifiziert haben; zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 2. Dezember 2013 über den Abschluss des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (2014/115/EU), Abl. der EU Nr. L 68 vom 7.3.2014, S. 1.

⁶⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> vom 26.10.2012.

⁶⁷ Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU): <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-sektorenverordnung,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁶⁸ Vergabekoordinierungsrichtlinien (2004/17/EG): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:de:PDF> vom 31.03.2004.

⁶⁹ Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU): <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-vergabe-oeffentlicher-auftraege,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁷⁰ Vergabekoordinierungsrichtlinien (2004/18/EG): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:de:PDF> vom 31.03.2004.

⁷¹ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, Abl. der EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 1.

⁷² Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, Abl. der EU Nr. L 94 vom 20.8.2009, S. 76.

⁷³ Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32006L0032> vom 05.04.2006.

- ▶ Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge)⁷⁴,
- ▶ Richtlinie 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnung)⁷⁵,
- ▶ Richtlinie 2010/31/EU (Gebäuderichtlinie, Energy Performance of Buildings Directive (EPBD))⁷⁶,
- ▶ Richtlinie 2012/27/EU (Energieeffizienz)⁷⁷.

Deutschland:

- ▶ 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)⁷⁸,
- ▶ Vergabeverordnung (VgV)⁷⁹,
- ▶ Sektorenverordnung (SektVO)⁸⁰,
- ▶ Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)⁸¹,
- ▶ Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)⁸² sowie für Bauaufträge in diesem Bereich die VOB/A-VS,
- ▶ Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)⁸³,
- ▶ Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauaufträge (VOB)⁸⁴,
- ▶ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (1. Abschnitt der VOL/A),

⁷⁴ Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32009L0033> vom 23.04.2009.

⁷⁵ Richtlinie 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnung): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:153:0001:0012:DE:PDF> vom 19.05.2010.

⁷⁶ Richtlinie 2010/31/EU (Gebäuderichtlinie, EPBD): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:153:0013:0035:DE:PDF> vom 09.05.2008.

⁷⁷ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/18/EG und 2006/32/EG (Energieeffizienz), Abl. der EU Nr. L 315 vom 4.11.2012, S. 1: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0001:0056:DE:PDF> vom 25.10.2012.

⁷⁸ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist.

⁷⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRMod-VO) vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624) auf Grund der §§ 113 und 114 Abs. 2 S. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Artikel 1 Nummer 2 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) neu gefasst worden sind.

⁸⁰ Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 657, siehe: https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sektvo_2016/gesamt.pdf.

⁸¹ Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 683, siehe: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/konzvgv/gesamt.pdf>.

⁸² Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624) geändert worden ist.

⁸³ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Bundesanzeiger, BAnz AT 07.02.2017 B1; herunterladen unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁸⁴ Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2016 – Vom 22.06.2016, BAnz AT vom 01.07.2016 B4, S. 1: http://www.bi-medien.de/upload/banz_at_01_07_2016_b4_10401.pdf.

- ▶ Haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen (z. B. für den Bund: Bundeshaushaltsordnung - BHO⁸⁵) und
- ▶ Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)⁸⁶.

3.1 Völkerrecht

Völkerrechtlich bildet das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) von 1994, das in der Welthandelsorganisation WTO abgeschlossen wurde, für die Mitgliedstaaten als Teil des Gemeinschaftsrechts den verbindlichen Rahmen. Neben Vorschriften zur Gewährleistung eines fairen und transparenten Vergabeverfahrens enthält es insbesondere die jeweiligen Verpflichtungen der Vertragsstaaten hinsichtlich des Zugangs zu ihren Beschaffungsmärkten. Die Vorgaben des Übereinkommens sind in das geltende EU-Vergaberecht eingeflossen. Im März 2012 wurde eine Reform des GPA beschlossen, die unter anderem die Erwähnung von Sekundärzwecken des Vergaberechts wie beispielsweise Umweltsichtspunkte enthält.⁸⁷ Das novellierte GPA ist am 6. April 2014 in Kraft getreten.

3.2 Europäische Union

Das Europäische Parlament und der Europäische Rat haben im Januar bzw. Februar 2014 insgesamt drei neue Vergaberichtlinien verabschiedet. Die Richtlinien sind am 17. April 2014 in Kraft getreten. Gegenstand dieses Kapitels sind die Neuregelungen dieser Richtlinien, nämlich

- ▶ der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (im Folgenden: „klassische Vergaberichtlinie“),
- ▶ der Richtlinie über die Konzessionsvergabe (im Folgenden: „Konzessionsrichtlinie“) sowie
- ▶ der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe durch Marktteilnehmer in den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste (im Folgenden: „Sektorenrichtlinie“)

mit Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung.

Der Schwerpunkt liegt angesichts der größten praktischen Bedeutung auf den Neuregelungen in der sogenannten klassischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die die bisherige Richtlinie 2004/18/EG ersetzt.⁸⁸

⁸⁵ Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist.

⁸⁶ Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung - VergStatVO) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 691, siehe: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vergstatvo/gesamt.pdf>.

⁸⁷ Decision on the Outcomes of the Negotiations under Article XXIV: 7 of the Agreement on Government Procurement (GPA/113).

⁸⁸ Die Richtlinie 2004/18/EG wurde nach Artikel 91 Unterabsatz 1 der neuen Vergaberichtlinie mit Wirkung zum 18. April 2014 aufgehoben.

3.2.1 AEUV und Vergabekoordinierungsrichtlinien

Die öffentliche Hand hat auf europäischer Ebene die Vorschriften des Europäischen Primärrechts zu beachten, insbesondere den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie die Vergabekoordinierungsrichtlinien aus dem Jahr 2014, die mittlerweile vollständig im deutschen Vergaberecht umgesetzt wurden.⁸⁹

Im Januar 2011 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Grünbuch zur Modernisierung des EU-Vergaberechts.⁹⁰ Im 4. Abschnitt des Grünbuchs „Die öffentliche Auftragsvergabe als Strategische Antwort auf neue Herausforderungen“ wird die Frage behandelt, wie die Kaufkraft der öffentlichen Hand künftig effizienter genutzt werden kann, um Güter und Dienstleistungen mit höherem „gesellschaftlichen Wert“ zu beschaffen und damit einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der strategischen Ziele von Europa 2020⁹¹ zu leisten. Insbesondere könne eine starke Nachfrage der Behörden nach umweltfreundlicheren und innovativeren Gütern und Dienstleistungen dazu beitragen, Produktions- und Konsumtrends der nächsten Jahre mitzubestimmen.⁹²

Am 17. April 2014 traten nach einem über zweijährigen Rechtssetzungsprozess insgesamt drei neue EU-Vergaberichtlinien in Kraft. Ziele der Novellierung des EU-Vergaberechts sind eine Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren, eine Erweiterung der elektronischen Vergabe sowie die Verbesserung des Zugangs für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) zu den Vergabeverfahren. Zudem sollen künftig strategische Aspekte zum Erreichen der klima- und umweltpolitischen Ziele stärker in den Vergabeverfahren berücksichtigt werden, was auch Vorgaben zu Energieeffizienz und Lebenszykluskosten umfasst. Besonders hervorzuheben ist die Neuregelung zur Verwendung von Umweltzeichen. So ist es öffentlichen Beschaffungsstellen unter bestimmten Voraussetzungen nunmehr gestattet, „Gütezeichen“⁹³ – wozu auch Umweltzeichen zählen – direkt einzufordern und auf deren detaillierte technischen Anforderungen zu verweisen, sofern diese den vergaberechtlichen Mindestanforderungen entsprechen (siehe unten Abschnitt 5.3.1).

Neben dem AEUV und den Vergabekoordinierungsrichtlinien sind weitere Richtlinien und eine Verordnung für die umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung von Bedeutung. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt.⁹⁴

⁸⁹ Richtlinien wenden sich zunächst an den nationalen Gesetzgeber und lassen diesem einen Spielraum bei der Frage, wie sie umgesetzt werden sollen. Grundsätzlich sind sie daher zunächst nicht unmittelbar anwendbar. Eine unmittelbare Anwendbarkeit setzt nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs voraus, dass die Richtlinie nicht innerhalb der Umsetzungsfrist in nationales Recht umgesetzt wurde, dass die entsprechende Richtlinien-Bestimmung hinreichend bestimmt und unbedingt ist und den Bürger begünstigt.

⁹⁰ Grünbuch über die Modernisierung der Europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, vom 27.01.2011, KOM(2011) 15 endgültig.

⁹¹ Siehe Mitteilung der Kommission vom 03.03.2010 – KOM(2010) 2020.

⁹² Siehe KOM (2011) 15, S. 38 f.

⁹³ Siehe zum Begriff „Gütezeichen“ in Abschnitt 5.3.5.1.

⁹⁴ Die folgende Darstellung ist auf Richtlinien bzw. Verordnungen mit besonderer Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung beschränkt. Für die öffentliche Beschaffung generell ergeben sich auch aus anderen Rechtsnormen Vorgaben.

3.2.2 Energieeffizienzrichtlinie 2012/27/EU

Der politisch-rechtliche Rahmen für energieeffiziente Beschaffung wurde in den vergangenen Jahren entscheidend durch die EU-Richtlinie über Endenergieeffizienz 2012/27/EU⁹⁵ gesetzt. Mit dieser Richtlinie wollen die EU-Mitgliedstaaten bis 2017 Energieeinsparungen von neun Prozent durch Energiedienstleistungen und Energieeffizienzmaßnahmen erreichen. Bei der Umsetzung der EDL-Richtlinie spielt die öffentliche Beschaffung mit ihrer Vorbildfunktion eine entscheidende Rolle. Gemäß der EDL-Richtlinie ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, bis 2016 drei Energieeffizienz-Aktionspläne (NEEAP) vorzulegen, was in Deutschland 2007, 2011 und 2014 erfolgte. Die Berichte zeigen, dass Deutschland das neunprozentige Endenergieeinsparziel der EU-Richtlinie erfüllen wird.⁹⁶

3.2.3 Energieverbrauchskennzeichnungsrichtlinie 2010/30/EU

Eine wichtige Rolle für energieeffiziente Beschaffung spielt auch die europaweit einheitliche Energieverbrauchskennzeichnung, die in der EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU vom 19. Mai 2010 zur „Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen“ geregelt ist. Die Richtlinie betrifft energieverbrauchsrelevante Produkte, d. h. auch solche, die selbst keine Energie benötigen, aber Einfluss auf den Energieverbrauch anderer Produkte oder Systeme ausüben wie z. B. Fenster oder Sanitärarmaturen. In Deutschland wurde die EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU durch das Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG)⁹⁷ und die Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV)⁹⁸ vom 10. Mai 2012 umgesetzt.

3.2.4 Gebäuderichtlinie 2010/31/EU

In Artikel 9 der EU-Gebäuderichtlinie (sogenannte EPBD-Richtlinie)⁹⁹ ist vorgeschrieben, dass nach dem 31. Dezember 2018 neue Gebäude, die von Behörden als Eigentümer genutzt werden, Niedrigstenergiegebäude sein müssen.

⁹⁵ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/18/EG und 2006/32/EG, ABl. Nr. L 315 vom 14.11.2012, S. 1.

⁹⁶ BMWi, Nationaler Energieeffizienz-Aktionsplan (NEEAP) 2017 der Bundesrepublik Deutschland: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/nationaler-aktionsplan-energieeffizienz-neeap.pdf?__blob=publicationFile&v=24.

⁹⁷ Gesetz zur Kennzeichnung von energieverbrauchsrelevanten Produkten, Kraftfahrzeugen und Reifen mit Angaben über den Verbrauch an Energie und an anderen wichtigen Ressourcen (Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz – EnVKG) 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1070), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2194) geändert wurde.

⁹⁸ Verordnung zur Kennzeichnung von energieverbrauchsrelevanten Produkten mit Angaben über den Verbrauch an Energie und an anderen wichtigen Ressourcen (Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung – EnVKV) 30. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2616), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 8. Juli 2016 (BGBl. I S. 1622) geändert worden ist.

⁹⁹ Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. (EU) L 153 vom 18.6.2010, S. 13.

3.3 Deutschland

3.3.1 (Strukturelle) Neuerungen durch die Novelle 2016/2017

Mit der Novelle des Vergaberechts aus dem Jahr 2016 und der Unterschwellenvergabeordnung in 2017 werden die Regelungen im Ober- und Unterschwellenbereich weitestgehend vereinheitlicht. Allerdings bleibt die Kaskade¹⁰⁰ weiterhin erhalten, sprich die Anwendbarkeitserklärung der VOB/A-EU durch eine statische Verweisung (vgl. § 2 VgV). Die „Verschlankung“ tritt vorwiegend dadurch ein, dass die Regelungen der VOL/A (außer Abschnitt 1) und die VOF vollständig in der VgV aufgegangen sind. Spezielle Regelungen im Oberschwellenbereich neben der VgV gibt es nur noch für Baudienstleistungen im 2. Abschnitt der VOB/A – nunmehr mit „EU“ gekennzeichnet.¹⁰¹ Der bislang unterhalb der EU-Schwellenwerte noch geltende Abschnitt 1 der VOL/A in der Fassung vom 20.11.2009 soll durch die Verordnung zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO) ersetzt werden. Zwar wurde die UVgO bereits am 07.02.2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht, aber als Verfahrensordnung tritt sie erst in Kraft, wenn sie für den Bund für sowie jedes Bundesland einzeln durch sog. "Einführungserlasse" in Kraft gesetzt wird. Bis dahin gilt die VOL/A aus dem Jahr 2009 weiter. Für den Bund und seine Behörde wurde mit Wirkung zum 2. September 2017 die UVgO für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen für anwendbar erklärt. In einer großen Zahl von Bundesländern ist die UVgO bereits für anwendbar erklärt worden. Einige Bundesländer haben die Änderungen allerdings noch nicht beschlossen oder wollen die VOL weiterhin anwenden, wie Hessen.

Die Kaskade wurde in das GWB n.F. „verschoben“, indem die wesentlichen Regelungen für den Oberschwellenbereich nunmehr im 4. Teil des GWB (§§ 97 bis 186) unter Beibehaltung der bestehenden Systematik geregelt werden. Der überarbeitete 4. Teil umfasst künftig die Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen, insbesondere:

- ▶ die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts,
- ▶ den Anwendungsbereich,
- ▶ die Vergabearten,
- ▶ die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag,
- ▶ die Ausführungsbedingungen,
- ▶ die Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren,
- ▶ die Anforderungen an die Selbstreinigung von Unternehmen,
- ▶ die Kündigung und Änderung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit.

¹⁰⁰ Mit der „Kaskade“ wird die gesetzgeberische Technik bezeichnet, ein Regelwerk (z. B. die VOB/A) für anwendbar zu erklären und ihr den gleichen Rechtsstatus wie der verweisenden Norm zu verleihen, indem in der höheren „Kaskadenstufe“ auf die niedrigere Stufe verwiesen wird (siehe § 2 VgV), vgl. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A (2014), Einleitung Rn 9.

¹⁰¹ Krönke, Christoph (2016), S. 568 (569).

Um die praktische Anwendung des Gesetzes zu erleichtern, wird der Ablauf des Vergabeverfahrens von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags erstmals im Gesetz vorgezeichnet.

In § 97 GWB sind weiterhin die Zwecke und Grundsätze beschrieben, die bei der Auslegung des Vergaberechts als Richtschnur dienen. Neu ist, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nunmehr für das ganze Vergabeverfahren in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB vorgeschrieben wird. Bislang war der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nur in speziellen Regelungen z. B. zur Zuschlagserteilung in der VOL/A geregelt. Dadurch können die Entscheidungsspielräume der öffentlichen Beschaffungsstellen rechtlich besser abgesichert werden. So z. B. bei der Wahl und Gestaltung des Vergabeverfahrens sowie bei der vorgelagerten Ausschreibungsfreiheit nach § 108 GWB.¹⁰² Ferner wurde der – auch bislang schon geltende – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nunmehr ausdrücklich in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB normiert. Durch die Aufnahme von strategischen Vergabezwecken, wie Aspekte der Qualität und Innovation sowie soziale und ökologische Gesichtspunkte, in § 97 Abs. 3 GWB sind diese im gesamten Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Strukturell folgt den Grundsätzen im GWB, Regelungen über den Anwendungsbereich des Vergaberechts und Ausnahmen davon (§§ 98 bis 109 GWB), die Verfahrensarten (§§ 119 GWB) und die einzelnen Verfahrensstufen (§§ 121 bis 129 GWB).

Bei den Verfahrensarten sind wichtige Neuerungen, dass die öffentliche Beschaffungsstelle zwischen dem offenem und nicht offenem Verfahren wählen darf (§ 119 Abs. 2 GWB) sowie die Einführung einer fünften Verfahrensart, der Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 7 GWB). Erstmals erfolgt auch eine klar strukturierte Regelung der Verfahrensstufen mit den Vorgaben zur Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB), zur Eignung (§ 122 GWB) sowie zu den zwingenden (§ 122 GWB) und fakultativen Ausschlussgründen (§ 123 GWB), zum Zuschlag in § 127 GWB und zur Auftragsdurchführung (§§ 128 und 129 GWB).

Basierend auf der Ermächtigungsgrundlage des § 113 GWB werden weiterhin auf einer zweiten Stufe die Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe geregelt. In den §§ 14 bis 63 VgV werden die Vorschriften über das Vergabeverfahren, die vorher in der VOL/A und VOF geregelt waren, zusammengefasst. Die Verfahren für den Sektorenbereich und die Vergabe von Konzessionen werden in eigenen Verordnungen, der Sektorenverordnung (SektVO)¹⁰³ und der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)¹⁰⁴, geregelt.

Mit der Einführung der UVgO im Unterschwellenbereich und der Abschaffung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A), die seit 90 Jahren die öffentliche Auftragsvergabe von Lieferungen und Dienstleistungen bestimmt hat, ist ein fundamentaler Einschnitt vorgenommen worden. Lediglich für die Vergabe von Bauleistungen ist die VOB/A in der Fassung vom 17.1.2016 weiterhin anzuwenden (der 1. Abschnitt der VOB/A für nationale Vergabeverfahren und der 2. Abschnitt oberhalb der EU-Schwellenwerte)

Zwar hat die UVgO zu einer Vereinheitlichung der Vergabeanforderungen im Ober- und Unterschwellenbereich geführt; zu großem Teil durch wörtliche Übernahme der Vorschriften aus der VgV und dem 4. Teil des GWB. Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) kritisiert aber, dass damit bei der Vergabe im Unterschwellenbereich einfache und flexible Regelungen verloren gegangen seien.

¹⁰² Krönke, Christoph (2016), S. 568 (569).

¹⁰³ Siehe Fn 77.

¹⁰⁴ Siehe Fn 78.

Der zusätzliche Aufwand und die Kosten bei der Erfüllung der neuen Anforderungen im Unterschwellenbereich kompensierten die Vorteile der Vereinheitlichung.¹⁰⁵ Darüber hinaus ist unklar, warum in der UVgO mit zahlreichen Verweisen auf die Vorschriften des 4. Teils des GWB und der VgV gearbeitet wird. Dies führt dazu, dass die Rechtsanwender im Unterschwellenbereich drei Regelungswerke parallel beachten müssen.¹⁰⁶ Es wäre anwenderfreundlicher gewesen, die entsprechenden Vorschriften in die UVgO zu übernehmen.

Auf die Berücksichtigung von Umweltaspekten in der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte wird in Kapitel 6 näher eingegangen.

3.3.2 Allgemeiner Rechtsrahmen

Der nationale Rechtsrahmen in Deutschland ist davon abhängig, ob der Auftragswert der ausgeschriebenen Leistung den jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwert übersteigt. Dieser ergibt sich seit dem 1. Januar 2016 aus einer dynamischen Verweisung in § 106 Abs. 2 GWB auf das jeweils geltende EU-Recht: Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge aus § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB, für Sektoraufträge aus § 106 Abs. 1 Nr. 2 GWB, für Aufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit aus § 106 Abs. 1 Nr. 3 GWB und für Konzessionsaufträge aus § 106 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

Die EU-Schwellenwerte betragen seit dem 1. Januar 2018 für:

- ▶ Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden: 144.000 Euro,
- ▶ Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 221.000 Euro,
- ▶ Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Lieferaufträge im Sektorenbereich: 443.000 Euro,
- ▶ Bauaufträge: 5.548.000 Euro und
- ▶ Vergabe von Konzessionen: 5.548.000 Euro.

¹⁰⁵ Vgl. die Kritik in der Stellungnahme Nr. 35/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vom Oktober 2016 zum Entwurf des BMWi zur UVgO, S. 3 ff.

¹⁰⁶ Ebenda.

Tabelle 1: Überblick über die Vergabevorschriften über- und unterhalb der EU-Schwellenwerte

Nationales Vergabeverfahren (Bis zum EU-Schwellenwert)	EU-Vergabeverfahren (Ab EU-Schwellenwert)
EU-Primärrecht (Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, Diskriminierungsverbot, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Transparenzgebot)	
	§§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB 2016)
Haushaltsordnung des Bundes und der Länder und Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	Vergabeverordnung (VgV)
1. Abschnitt VOL/A*, 1. Abschnitt der VOB/A	2. Abschnitt der VOB/A-EU
Verwaltungsvorschriften des Bundes (z. B. AVV-EnEff) und der Länder (z. B. VwVBU, Kantinenrichtlinien der Länder)	

*Soweit in einem Bundesland die UVgO nicht für anwendbar erklärt wurde.

Aufträge mit Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte sind europaweit auszuschreiben und zu vergeben. Dabei sind – neben den Vorgaben des EU-Rechts – folgende nationalen Vorschriften zu beachten:

Bei der Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen:

- ▶ EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
- ▶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
- ▶ die Vergabeverordnung (VgV),
- ▶ 2. Abschnitt der VOB/A-EU
- ▶ haushaltsrechtliche Vorgaben.

Bei der Beschaffung im Sektorenbereich (Verkehr, Trinkwasser- und Energieversorgung):

- ▶ EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB,
- ▶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
- ▶ die Sektorenverordnung (SektVO),
- ▶ haushaltsrechtliche Vorgaben.

Bei der Beschaffung durch die Vergabe von Konzessionen:

- ▶ EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB,
- ▶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
- ▶ die Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV),
- ▶ haushaltsrechtliche Vorgaben.

Bei der Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit:

- ▶ EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB,
- ▶ die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sowie für Bauaufträge in diesem Bereich die VOB/A-VS,
- ▶ haushaltsrechtliche Vorgaben.

Bei der Vergabe von Aufträgen mit Auftragswerten unterhalb der jeweiligen EU-Schwellenwerte sind dagegen – neben den aus dem EU-Primärrecht folgenden allgemeinen Grundsätzen – folgende Regelungen zu beachten:

- ▶ Unterschwellenvergabeordnung (UVgO),
- ▶ die 1. Abschnitte der VOL/A (sofern die Anwendung der UVgO noch nicht in Kraft gesetzt wurde) und der 1. Abschnitt der VOB/A sowie
- ▶ haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen.

Durch die Einführung der UVgO haben sich die Vorgaben oberhalb bzw. unterhalb der EU-Schwellenwerte deutlich angeglichen.¹⁰⁷

Im Folgenden werden die nationalen Rahmenbedingungen für eine umweltfreundliche öffentliche Beschaffung im Überblick dargestellt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Vorgaben zur Berücksichtigung der Energieeffizienz, die in den letzten Jahren vor allem aufgrund europarechtlicher Vorgaben zunehmend Eingang in das deutsche Vergaberecht gefunden haben. Im Einzelnen werden die Rahmenbedingungen für eine umweltfreundliche Beschaffung für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte dann in den Kapiteln 5 und 6 beschrieben.

Tabelle 2: Überblick zu verbindlichen Vorgaben zur Energieeffizienz

Vorschrift	Wertgrenze	Anwendung
Energieverbrauchsrelevante Liefer- oder Dienstleistungen (§ 67 VgV)	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Beschaffungsstellen
Straßenfahrzeuge (§ 68 VgV)	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Beschaffungsstellen
Energieverbrauchsrelevante Leistungen (§ 58 SektVO)	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeberinnen und -auftraggeber
Straßenfahrzeuge (§ 59 SektVO)	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeberinnen und -auftraggeber
Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008)	Über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen
AVV-EnEff	Unter <u>und</u> über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen

¹⁰⁷ Vgl. die Kritik in der Stellungnahme Nr. 35/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer vom Oktober 2016 zum Entwurf des BMWi zur UVgO, S. 3.

3.3.3 Vergabeverordnung (VgV)

Die in der Richtlinie 2010/30/EU zur Energieverbrauchskennzeichnung enthaltenen Anforderungen an öffentliche Beschaffungsstellen sind in § 67 VgV in deutsches Recht umgesetzt. Die VgV ist grundsätzlich von allen öffentlichen Beschaffungsstellen bei europaweiten Ausschreibungen zu beachten (Ausnahmen: Sektorenbereich und Bereich Verteidigung und Sicherheit).

Nach § 67 Abs. 2 VgV sollen (*Soll-Vorschrift*), d. h. im Regelfall, bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen, bei denen solche zum Einsatz kommen,

- ▶ die das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
- ▶ soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung eingefordert werden.

Darüber hinaus müssen (*Muss-Vorschrift*) gemäß § 67 Abs. 3 VgV in der Leistungsbeschreibung oder an anderer geeigneter Stelle in den Vergabeunterlagen von den Unternehmen folgende Informationen gefordert werden:

1. konkrete Angaben zum Energieverbrauch, es sei denn, die auf dem Markt angebotenen Waren, technischen Geräte oder Ausrüstungen unterscheiden sich im zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig, und
2. in geeigneten Fällen,
 - a) eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder
 - b) die Ergebnisse einer unter Buchstabe a) vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.

Falls die Angaben klärungsbedürftig sind, dürfen ergänzende Erläuterungen von den Unternehmen gefordert werden (§ 67 Abs. 4 VgV), also beispielsweise die Definition von Betriebszuständen oder Produktdatenblätter.

Energieeffizienz ist (*Muss-Vorschrift*) nach § 67 Abs. 5 VgV als Bewertungskriterium bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots „angemessen“ zu berücksichtigen.

Konkret bedeutet das, dass bei Ausschreibungen von Liefer- oder Dienstleistungen, in denen energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen relevant sind, zumindest Angaben zum Energieverbrauch zu fordern sind. Diese Angaben sind auch bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Dabei bietet sich die Berechnung der Lebenszykluskosten an.

Anforderungen zu Energieeffizienz bei Straßenfahrzeugen sind in § 68 VgV geregelt und bei der europaweiten öffentlichen Auftragsvergabe zu beachten. Es wird festgelegt, dass die öffentliche Beschaffungsstelle bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigen muss. Zumindest müssen folgende Faktoren, jeweils bezogen auf die Lebensdauer des Straßenfahrzeugs, angemessen (steht im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle) in die Wertung einfließen:

- ▶ Energieverbrauch,
- ▶ Kohlendioxid-Emissionen,
- ▶ Emissionen von Stickoxiden,

- ▶ Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
- ▶ partikelförmige Abgasbestandteile.

3.3.4 Sektorenverordnung (SektVO)

In § 58 SektVO ist eine ähnliche Regelung wie in § 67 VgV enthalten. Der Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 SektVO beschränkt sich jedoch auf technische Geräte und Ausrüstungen und bezieht die Anforderungen nicht auf Dienstleistungen. Die Pflicht, das höchste Leistungsniveau bzw. die höchste Energieeffizienzklasse einzufordern, besteht nicht. Jedoch sind Angaben zum Energieverbrauch zwingend anzufordern. Die Angaben zum Energieverbrauch können bei der Zuschlagserteilung nach freiem Ermessen berücksichtigt werden.

Nach § 58 Abs. 1 SektVO heißt es: *„Mit der Leistungsbeschreibung sind im Rahmen der technischen Spezifikationen von den Unternehmen Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern. Bei Bauleistungen sind diese Angaben dann zu fordern, wenn die Lieferung von technischen Geräten und Ausrüstungen Bestandteil dieser Bauleistungen sind. Dabei ist in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit vom bietenden Unternehmen zu fordern.“*

Sektorenauftraggeber müssen gemäß § 59 SektVO bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigen. Jedoch sind die Anforderungen weniger streng als in der VgV. So gibt es keine Pflicht zur kumulierenden Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen in der Leistungsbeschreibung und als Zuschlagskriterium. Bei der Zuschlagserteilung muss die Berücksichtigung nicht angemessen sein. Eine Ausnahmeregelung für Einsatzfahrzeuge ist nicht vorgesehen.

3.3.5 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Die Richtlinie 2009/81/EG über die öffentliche Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vom 13. Juli 2009¹⁰⁸ ist mit der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vom 12. Juli 2012 in deutsches Recht umgesetzt und zuletzt am 12.04.2016 geändert worden.¹⁰⁹ Die Möglichkeit, umweltfreundlich zu beschaffen, ist an mehreren Stellen der VSVgV geregelt:

- ▶ Verwendung von Spezifikationen aus Umweltzeichen in der Leistungsbeschreibung (§ 15 Abs. 6 VSVgV),
- ▶ Nachweis für die Einhaltung von Normen des Qualitäts- und Umweltmanagements (§ 28 VSVgV),
- ▶ Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterien (§ 34 Abs. 2 Nr. 5 und 7 VSVgV).

¹⁰⁸ Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. der EU Nr. L 216 vom 20.8.2009, S. 76.

¹⁰⁹ Siehe Fn 82.

3.3.6 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Bei der Berücksichtigung von Umweltaspekten im Unterschwellenbereich zeichnet die Unterschwellenvergabeordnung im Wesentlichen die Vorgaben des Oberschwellenbereichs nach. Umweltaspekte können berücksichtigt werden bei

- ▶ der Festlegung des Auftragsgegenstandes (§ 2 UVgO),
- ▶ der Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO),
- ▶ der Auswahl geeigneter Unternehmen,
- ▶ den Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO) und
- ▶ den Ausführungsbedingungen (§ 45 UVgO).

3.3.7 Vergabe- und Vertragsordnungen VOL/A und VOB/A

Die sogenannten Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A und VOL/A geben die Einzelheiten der Vergabeverfahren konkret vor. Bei ihnen handelt es sich nicht um Gesetze bzw. staatliche Normen; sie erhalten aber über die Verweisungen in der Vergabeverordnung in § 2 VgV in Teilen Rechtsnorm-, nämlich Verordnungscharakter. Die Vergabe- und Vertragsordnungen selbst werden in den so genannten Vergabe- und Vertragsausschüssen erarbeitet.

Mit der Vergaberechtsreform 2016/2017 werden die VOF und die VOL/A im Oberschwellenbereich durch die VgV abgelöst. Im Oberschwellenbereich gibt es jetzt nur für Baudienstleistungen noch speziellere Regelungen (im 2. Abschnitt der VOB/A – nunmehr mit „EU“ gekennzeichnet). Für den Unterschwellenbereich wurde die UVgO eingeführt. Diese soll den noch geltenden Abschnitt 1 der VOL/A in der Fassung vom 20.11.2009 ersetzen; der 1. Abschnitt der VOB/A gilt weiterhin neben der UVgO. Während die UVgO für den Bund bereits gilt, muss sie von den Bundesländern jeweils durch sog. "Einführungserlasse" in Kraft gesetzt werden. Dies ist noch nicht in allen Bundesländern geschehen.

Folgende Umweltaspekte werden in der VOB/A berücksichtigt:

- ▶ bei Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten als technische Spezifikation (§ 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) und als Zuschlagskriterium (§ 16d EU Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 5, 6 VOB/A),
- ▶ bei Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen (§ 8c EU VOB/A),
- ▶ für den Nachweis von Umweltmanagementmaßnahmen (§ 6a EU Nr. 3 Buchstabe f VOB/A),
- ▶ bei der Verwendung von Gütezeichen als Nachweis (§ 7a Abs. 5 VOB/A und § 7a EU Abs. 6 VOB/A) und
- ▶ bei der Berücksichtigung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Eigenschaften als Zuschlagskriterien (§ 16d EU Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 Buchstabe a VOB/A).

Umweltaspekte, die im 1. Abschnitt der VOL/A genannt sind, betreffen die Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterien (§ 16 Abs. 8 VOL/A).

3.3.8 Haushaltsrecht

Ferner muss die Vergabestelle haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen, insbesondere die Bundeshaushaltsordnung (BHO)¹¹⁰, die Landeshaushaltsordnungen bzw. die Gemeindehaushaltsverordnungen sowie eine Vielzahl von Verwaltungsvorschriften beachten.¹¹¹ So gelten unterhalb der EU-Schwellenwerte für Auftragswerte vor allem haushaltsrechtliche Grundsätze, aber auch das europäische Primärrecht darf nicht außer Acht gelassen werden. Auch hier ist die Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten grundsätzlich zulässig.¹¹²

3.3.9 Verwaltungsvorschriften

Zum Teil ergeben sich Vorgaben zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung auch aus Verwaltungsvorschriften des Bundes, der Länder und Kommunen. Auf Bundesebene ist die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) von Bedeutung. Ein Überblick über landesrechtliche Regelungen auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung ist auf den Internetseiten des Umweltbundesamtes und der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung zu erhalten.

3.3.9.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff)

Zur Umsetzung von Artikel 5 der Richtlinie 2006/32/EG betreffend Energiedienstleistungen und des IEKP wurde in Deutschland die AVV-EnEff¹¹³ im Januar 2008 erlassen. Die AVV-EnEff und die ihr als Anlage beigefügten Leitlinien sind bei der Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen zu beachten. Die alte AVV-EnEff war bis zum 24. Januar 2017 gültig. Seit dem 25. Januar 2017 ist eine überarbeitete AVV-EnEff anzuwenden, die bis zum 31. Dezember 2019 in Kraft ist.

In Art. 2 Abs. 1 der AVV-EnEff ist vorgeschrieben, dass im Rahmen einer Bedarfsanalyse für die vorgesehene Beschaffung auch der Aspekt des Energieverbrauchs in der Nutzungsphase und der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung zu prüfen ist. Soweit möglich und sachgerecht, und sofern ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, sind im Rahmen der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie für die Ausführungsbedingungen umwelt- und energieeffizienzbezogene Aspekte zu fordern (Art. 2 Abs. 2). Für die abschließende Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sind neben den Anschaffungskosten, die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer – vor allem die Kosten für den Energieverbrauch der zu beschaffenden Geräte – und die Entsorgungskosten zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip).

¹¹⁰ Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19.08.1969, BGBl. I S. 1273, die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist.

¹¹¹ Dazu zählt auch eine Vielzahl von Landesgesetzen und Verwaltungsvorschriften, darunter auch solche, die der Förderung bestimmter Regionen, Personengruppen oder Technologien bezwecken, siehe dazu umfangreiche Nachweise bei Dageförde (2012): Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe.

¹¹² Siehe dazu Kapitel 6.

¹¹³ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) vom 18. Januar 2017. Januar 2017.

3.3.9.2 Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten

Mit dem Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten¹¹⁴ verpflichtet sich die Bundesverwaltung seit dem 17.01.2011 nur Holzprodukte aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung zu beschaffen. Die Regelung erfasst nur Holzprodukte mit Frischholzanteil. Darunter fallen Rohholz sowie Halb- und Fertigwaren der Forstwirtschaft und des produzierenden Gewerbes (Be- und Verarbeitung), bei denen Holz allein oder als wesentlichste Werkstoffgruppe in Kombination mit anderen Werkstoffen (z. B. Kunststoffen) verwendet wird; nicht darunter fallen Papier und Papierprodukte.¹¹⁵ Zur Nachweisführung muss die Beschaffungsstelle von den anbietenden Unternehmen die Vorlage eines Forest Stewardship Council (FSC)- oder Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes (PEFC)-Zertifikats, eines vergleichbaren Zertifikats oder Einzelnachweise fordern. Dabei darf die Beschaffungsstelle vergleichbare Zertifikate oder Einzelnachweise nur anerkennen, wenn vom bietenden Unternehmen nachgewiesen wird, dass die für das jeweilige Herkunftsland geltenden Kriterien des FSC oder PEFC erfüllt werden.

¹¹⁴ Der Gemeinsame Erlass der Bundesregierung vom 22.12.2010 kann auf der Internetseite des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) heruntergeladen werden unter: http://www.bmel.de/DE/Wald-Fischerei/Waldpolitik/_texte/HolzbeschaffungErlass.html.

¹¹⁵ Vgl. die Begleitende Erklärung zur Beschaffung von Holzprodukten vom 2. Dezember 2010.

4 Typischer Verlauf eines Vergabeverfahrens

Im Folgenden soll zunächst in knapper Form der typische Verlauf eines Vergabeverfahrens differenziert nach den verschiedenen Verfahrensarten dargestellt werden.

4.1 Wahl des Vergabeverfahrens

Mit der Novelle sind nun im 1. Kapitel des 4. Teils des GWB die verschiedenen Arten von Auftraggebern, Anwendungsbereiche und Ausnahmen definiert sowie die Verfahrensarten für die öffentliche Auftragsvergabe einschließlich besonderer Bereiche und der Konzessionsvergabe übersichtlich geregelt, wie in folgender Tabelle 3 dargestellt:

Tabelle 3: Überblick über die Regelungssystematik im 1. Kapitel des 4. Teils GWB

Vergabebereich	Definitionen	Anwendungsbe- reich und Ausnah- men	Verfahren	Ergänzung zu Verfahren
Öffentliche Dienst- leistungs- und Liefer- aufträge sowie Bau- leistungen	Öffentlicher Auftrag- geber (§ 99 GWB)	§§ 115 ff. GWB	§ 119 GWB	§§ 14 bis 19 VgV
Sektorenbereich	Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB) Sektorentätigkeiten (§ 102 GWB)	§§ 136 ff. GWB	§§ 141 und 146 GWB	§§ 13 bis 15 SektVO
Verteidigungs- oder sicherheitsspezifi- sche öffentliche Auf- träge	§ 104 GWB	§§ 144 ff. GWB	§ 146 GWB	§§ 11 bis 14 VSVgV
Konzessionsverträge	Konzessionsgeber (§ 101 GWB)	§§ 149 ff. GWB	§ 151 GWB	§ 12 KonzVgV

Hinsichtlich des Verfahrens und der dabei zu beachtenden Vorschriften ergeben sich erhebliche Unterschiede, je nachdem, ob es sich um ein Verfahren oberhalb oder unterhalb der so genannten Schwellenwerte handelt. Zunächst soll das Verfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte dargestellt werden. Die EU-Schwellenwerte ergeben sich aus dem internationalen GPA bzw. der Auftragshöhe¹¹⁶, ab der das GPA gelten soll.

In § 106 Abs. 2 GWB wird auf die jeweils aktuellen EU-Schwellenwerte verwiesen (sogenannte dynamische Verweisung), die durch sogenannte delegierte EU-Verordnungen¹¹⁷ überprüft und zweijährig angepasst werden.

¹¹⁶ Diese Auftragshöhe ist in sogenannten „Sonderziehungsrechten (SZR)“ festgeschrieben. Diese vom Internationalen Währungsfonds (IWF) eingeführte künstliche Währungseinheit wird durch einen Währungskorb wichtiger Weltwährungen definiert: US-Dollar (41,9 Prozent), Euro (37,4 Prozent), Pfund Sterling (11,3 Prozent), Yen (9,4 Prozent). Zum Ausgleich von Kursschwankungen zwischen den SZR und Euro werden die EU-Schwellenwerte von der EU-Kommission alle zwei Jahre überprüft und gegebenenfalls angepasst.

¹¹⁷ Z. B. die delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, Abl. der EU L 307 vom 25.11.2015, S. 5.

Die öffentliche Beschaffungsstelle muss vor Beginn des Vergabeverfahrens prüfen, ob ein Auftrag europaweit ausgeschrieben werden muss, weil der für den Auftrag einschlägige Schwellenwert erreicht bzw. überschritten wird. Zu diesem Zweck muss die öffentliche Beschaffungsstelle den voraussichtlichen Gesamtwert des Auftrags ohne Umsatzsteuer schätzen (§ 3 Abs. 1 VgV). Die Berechnung des Gesamtwerts darf nicht in der Absicht erfolgen, das Vergaberecht zu umgehen, z. B. in dem die Auftragsvergabe so unterteilt wird, dass sie unter dem EU-Schwellenwert liegt (§ 3 Abs. 2 VgV). Hierbei bietet es sich an, auf Erfahrungen in vorangegangenen ähnlichen oder gar identischen Ausschreibungen zurückzugreifen. Liegen diese nicht vor, kann und darf die öffentliche Beschaffungsstelle eine Markterkundung durchführen. Maßgeblich ist bei der Schätzung das Gesamtauftragsvolumen. Detaillierte Regelungen zur Schätzung enthält § 3 VgV, wobei gemäß dem § 3 Abs. 1 S. 2 VgV bei der Schätzung auch „*etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen*“ sind.

4.2 Die verschiedenen Verfahrensarten oberhalb der Schwellenwerte

Bei einem öffentlichen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte unterscheidet man gemäß § 119 Abs. 1 GWB das offene Verfahren (§ 119 Abs. 3 GWB), das nicht offene Verfahren (§ 119 Abs. 4 GWB), das Verhandlungsverfahren (§ 119 Abs. 5 GWB) sowie den wettbewerblichen Dialog (§ 119 Abs. 6 GWB) und – neu hinzugekommen – die Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 7 GWB).

Durch das Vergabemodernisierungsgesetz wurde im Einklang mit dem EU-Recht der Vorrang des offenen Verfahrens in Deutschland aufgegeben. Nach § 119 Abs. 2 GWB hat die öffentliche Beschaffungsstelle bei der „klassischen“ Vergabe die freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren (vgl. auch § 14 Abs. 2 VgV). Entscheidend ist, dass das nicht offene Verfahren einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfordert.

Die übrigen Verfahrensarten sind nach § 119 Abs. 2 S. 2 GWB weiterhin nur zulässig, wenn dies nach dem GWB erlaubt ist.¹¹⁸ Die Voraussetzungen für die einzelnen Verfahrensarten für Dienst- und Lieferaufträge sind aufgeführt für:

- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und wettbewerblichen Dialog in § 14 Abs. 3 VgV,
- Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in § 14 Abs. 4 VgV und
- für Innovationspartnerschaften in § 19 VgV.

Im Folgenden werden die Verfahrensarten für die „klassische“ öffentliche Beschaffungsstelle dargestellt; entsprechende Regelungen in den anderen Verordnungen werden angeführt.

Die zulässigen Vergabeverfahren für öffentliche Dienst- und Lieferaufträge sowie Bauleistungen sind in § 119 Abs. 1 GWB abschließend geregelt.

Nach § 103 Abs. 2 GWB umfasst der Begriff der Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, einschließlich Ratenkauf, Leasing sowie Miet- und Pachtverhältnisse. Bauaufträge werden in § 103 Abs. 3 GWB näher definiert als „*Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist [...]*.“ Dienstleistungsaufträge schließlich sind alle übrigen Aufträge über die Erbringung von Leistungen (§ 103 Abs. 4 GWB).

¹¹⁸ Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016), S. 221.

4.2.1 Offenes Verfahren

Wird ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag¹¹⁹ vergeben, soll im offenen Verfahren zunächst ein möglichst großer Kreis von potenziellen Unternehmen über den Auftrag informiert werden (gemäß § 119 Abs. 3 GWB und § 15 VgV). Deshalb kann der Auftrag zu Beginn des Haushaltsjahres im Wege der Vorabinformation europaweit im Amtsblatt der EU und im Inland bekannt gemacht werden (gemäß § 38 VgV). Sobald der konkrete Auftrag erteilt werden soll, muss dieser wiederum nach einem EU-weit einheitlichen Muster¹²⁰ im Amtsblatt veröffentlicht werden (gemäß § 39 Abs. 2 VgV). Die Bekanntmachung muss umfangreiche Angaben enthalten unter anderem über das angewandte Vergabeverfahren, Art, Umfang und Ort der Leistung, Angebotsfrist und die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen (insbesondere Eignungsnachweise), gemäß § 29 VgV. Gemäß § 41 Abs. 1 VgV muss die öffentliche Beschaffungsstelle in der Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse angeben, unter der das bietende Unternehmen die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abrufen kann. Alternativ benennt § 41 Abs. 2 VgV Fälle, in denen die öffentliche Beschaffungsstelle die Vergabeunterlagen auch auf anderen Wegen übermitteln kann, z. B. postalisch. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die eigentliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und die sogenannten Vergabeunterlagen (Leistungsbeschreibung, Allgemeine Vertragsbedingungen sowie unter Umständen weitere zusätzliche oder besondere Vertragsbedingungen, gegebenenfalls Nachunternehmererklärung, Tariftreueerklärung u. Ä.). Den Kern der Ausschreibungsunterlagen stellt die Leistungsbeschreibung oder das Leistungsverzeichnis dar. Die Vergabeunterlagen müssen sämtliche von der öffentlichen Beschaffungsstelle für die Angebotswertung vorgesehenen Zuschlagskriterien wie beispielsweise Preis, Qualität und geforderte Umwelteigenschaften einschließlich deren Gewichtung enthalten (§ 52 Abs. 2 VgV). Den Unternehmen steht dann eine Frist von grundsätzlich mindestens 35 Tagen zur Verfügung, um ihr Angebot einzureichen (§ 15 Abs. 2 VgV).¹²¹ Die öffentliche Beschaffungsstelle kann die Angebotsfrist um fünf Tage verkürzen, wenn sie die elektronische Übermittlung der Angebote akzeptiert (§ 15 Abs. 4 VgV).

Nach Abschluss der Angebotsphase erfolgt die Angebotsprüfung und -wertung durch die öffentliche Beschaffungsstelle.¹²² Diese Prüfung muss nach einem streng formalisierten Verfahren erfolgen, um eine faire, diskriminierungsfreie Zuschlagserteilung zu gewährleisten. Innerhalb der Prüfungs- und Wertungsphase sind die bietenden Unternehmen an ihre Angebote gebunden. Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt in den folgenden Schritten (vgl. § 56 ff. VgV):

1. Ausschluss von Angeboten wegen formeller Mängel,
2. Eignungsprüfung,
3. Ausschluss von Angeboten mit unangemessen hohem oder niedrigem Preis,
4. Angebotswertung (Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots anhand von verschiedenen Kriterien, die in den Vergabeunterlagen genannt worden sind und welche die öffentliche Beschaffungsstelle gewichten muss).

¹¹⁹ Für Bauaufträge gelten gemäß der VOB/A-EU grundsätzlich dieselben Grundsätze für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte wie bei der VgV.

¹²⁰ Das Muster muss Anhang III der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 entsprechen.

¹²¹ Die Frist beginnt allerdings schon am Tag nach der Absendung der Bekanntmachung.

¹²² Die Öffnung der schriftlich eingegangenen verschlossenen Angebote muss protokolliert werden, damit später nachgewiesen werden kann, dass kein Angebot vorzeitig geöffnet worden ist.

Enthält das Angebot formelle Fehler, kann es direkt von der öffentlichen Beschaffungsstelle ausgeschlossen werden. Formell fehlerhafte Angebote sind beispielsweise solche, die verspätet eingegangen oder nicht unterschrieben sind oder bei denen das bietende Unternehmen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hat (vgl. § 57 VgV). Allerdings steht es im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle innerhalb einer von ihr zu bestimmenden angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist von den bietenden Unternehmen fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise nachzufordern (vgl. § 56 VgV).

Bei der Eignungsprüfung wird überprüft, ob die bietenden Unternehmen die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung haben und über die wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit verfügen (vgl. § 122 GWB) (siehe dazu Abschnitt 5.4). Die Eignungsprüfung hat mit einem klaren "JA" oder "NEIN" zu enden, d. h. die Eignung eines bietenden Unternehmens ist entweder zu bejahen oder zu verneinen. Als ungeeignet eingestufte Unternehmen werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, während die Angebote der als geeignet eingestuften Unternehmen in die nächste Stufe der Prüfungs- und Wertungsphase gelangen.

Bei den im Vergabeverfahren verbliebenen Angeboten findet sodann im nächsten Schritt eine Preisprüfung statt. Angebote mit einem unangemessen niedrigen Preis darf die öffentliche Beschaffungsstelle ausschließen (§ 60 VgV). Dazu muss diese aber zunächst die Gründe für den Preis prüfen; eine indikative Liste enthält § 60 Abs. 2 VgV. Die öffentliche Beschaffungsstelle ist nur dann verpflichtet das Angebot auszuschließen, wenn der niedrige Preis dadurch zustande kommt, dass das bietende Unternehmen gegen die Vorschriften des § 128 Abs. 1 GWB verstößt. Die Regelungen dienen in erster Linie dem Schutz der öffentlichen Beschaffungsstelle vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Die öffentliche Beschaffungsstelle läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot Gefahr, dass die öffentliche Beschaffungsstelle in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt.¹²³

Unter den schließlich in der Angebotswertung verbliebenen Angeboten wird sodann das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt (§ 127 GWB und § 58 Abs. 1 VgV). Dabei handelt es sich nicht zwingend um das Angebot mit dem niedrigsten Preis, sondern um dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Dabei steht es der öffentlichen Beschaffungsstelle frei, qualitative, umweltbezogene oder soziale Kriterien zu berücksichtigen (§ 58 Abs. 2 S. 2 VgV). Dazu zählen insbesondere Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen, die Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals oder die Verfügbarkeit von Kundendienst. Ferner kann die öffentliche Beschaffungsstelle vorgeben, dass die bietenden Unternehmen die Kosten auf der Grundlage von Lebenszykluskosten berechnen. Dazu sind die Berechnungsmethoden nach § 59 VgV anzuwenden. Die öffentliche Beschaffungsstelle hat die Kriterien bereits in den Vergabeunterlagen zu gewichten. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Kann nach Ansicht der öffentlichen Beschaffungsstelle die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so legt die öffentliche Beschaffungsstelle die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung fest (§ 58 Abs. 3 VgV).

Zur Bestimmung der Zuschlagskriterien kann auch auf die Anforderungen von Gütezeichen verwiesen werden sowie zum Nachweis bestimmte Gütezeichen nach § 34 VgV gefordert werden.

¹²³ OLG Koblenz, Beschl. vom 26.10.2005, Az.: 1 Verg 4/05; BayObLG, Beschl. vom 18.09.2003, Az. Verg 12/03; VK Düsseldorf, Beschl. vom 02.05.2006, Az. VK-17/2006; 1. VK Bund, Beschluss vom 20.04.2005, Az. VK 1-23/05.

Nachdem die öffentliche Beschaffungsstelle die Vergabeentscheidung getroffen hat, muss sie vor Erteilung des Zuschlags alle unterlegenen bietenden Unternehmen den Namen des erfolgreichen Unternehmens mitteilen und über die Gründe der Nichtberücksichtigung ihres Angebots sowie den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informieren (§ 134 Abs. 1 GWB). Der Zuschlag darf frühestens 15 – bei Versendung per Fax oder elektronisch 10 – Kalendertage nach Absendung dieser Mitteilung erfolgen, weil mit dem Zuschlag ein Vertrag zwischen der öffentlichen Beschaffungsstelle und dem Unternehmen zustande kommt, der von den unterlegenen Unternehmen nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (§ 134 Abs. 2 GWB). Erfolgt die Zuschlagserteilung vor Ablauf der 15- bzw. 10-tägigen Wartefrist, ist der Vertrag nichtig gemäß § 135 Abs. 1 GWB. Die Unwirksamkeit kann jedoch spätestens sechs Monate nach Zuschlagserteilung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens festgestellt werden, vgl. § 135 Abs. 2 GWB. Auch die Erteilung des Zuschlags muss spätestens 30 Tage nach Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden (§ 39 Abs. 1 VgV). Das gesamte Vergabeverfahren muss in einem Vergabevermerk festgehalten werden gemäß § 8 Abs. 2 VgV (siehe dazu Abschnitt 5.7). Dieser dokumentiert im Fall der Nachprüfung des Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer, dass die erforderlichen Schritte ordnungsgemäß durchgeführt worden sind. Das offene Vergabeverfahren ist damit abgeschlossen.

4.2.2 Nichtoffenes Verfahren

Das nichtoffene Verfahren ähnelt zwar dem offenen Verfahren, ist aber weniger wettbewerblich ausgestaltet, weil ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird (vgl. § 119 Abs. 4 GWB und § 16 VgV). Die öffentliche Beschaffungsstelle fordert in diesem die interessierten Unternehmen zunächst nicht zur Abgabe von Angeboten, sondern nur dazu auf, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben. Neu ist, dass öffentliche Beschaffungsstellen – mit Ausnahme von Bundesbehörden – im nichtoffenen Verfahren die Auftragsbekanntmachung nach § 37 Abs. 1 VgV durch eine qualifizierte Vorinformation gemäß § 38 Abs. 4 VgV ersetzen können.¹²⁴ Unter den eingegangenen Bewerbungen wählt die öffentliche Beschaffungsstelle sodann die Unternehmen aus, die sie zur Angebotsabgabe auffordert. Die Eignungsprüfung wird also vorgezogen. Die anderen Unternehmen haben keinen Anspruch darauf, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden. Das nichtoffene Verfahren hat deshalb einen weniger wettbewerblichen Charakter, weil die öffentliche Beschaffungsstelle den Kreis der bietenden Unternehmen von vornherein einengt, indem sie nach pflichtgemäßem Ermessen geeignete Unternehmen auswählt, denen sie die Leistungsbeschreibung zuschickt und sie zur Angebotsabgabe auffordert.

4.2.3 Verhandlungsverfahren

Das Verhandlungsverfahren ist nach der Reform nun ausführlich in § 17 VgV geregelt. Dabei wird zwischen dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (§ 17 Abs. 1 VgV) und dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unterschieden (§ 17 Abs. 5 VgV). Während die öffentliche Beschaffungsstelle in ersterem eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auffordert, kann diese im Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausgewählte Unternehmen unmittelbar zur Abgabe eines Erstangebots auffordern. Damit die öffentliche Beschaffungsstelle das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen darf, müssen einer der Gründe des § 14 Abs. 3 VgV erfüllt sein, z. B. weil die Leistung nicht ohne Anpassung verfügbarer Lösungen erfüllt werden kann. Voraussetzungen zur Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb setzt einen der Gründe des § 14 Abs. 4 VgV voraus, z. B. wenn ein Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann.

¹²⁴ Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016), S. 221 (228).

Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich vom offenen bzw. nichtoffenen Verfahren dadurch, dass der Leistungsgegenstand nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben ist, und dass Angebote abgeändert werden können, nachdem sie abgegeben worden sind. Nach Ablauf der Angebotsfrist sind die Angebote nicht wie beim offenen und nicht-offenen Verfahren nach einem für alle Angebote einheitlichen Maßstab zu bewerten; es beginnt vielmehr ein dynamischer Prozess, in dem die öffentliche Beschaffungsstelle mit dem bietenden Unternehmen verhandelt. Die Verhandlungen dürfen nur nicht dazu führen, dass letztlich eine andere Leistung beschafft wird, als ausgeschrieben. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass die öffentliche Beschaffungsstelle und potenzielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen so lange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird. Ein Vertrag wird am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem Unternehmen geschlossen, das abschließend das wirtschaftlichste Angebot abgibt. Dabei kann der Verhandlungsprozess in Verhandlungsrunden ablaufen, nach deren jeweiligem Ende Unternehmen ausscheiden, beispielsweise weil sie technisch nicht die gewünschte Leistung erbringen können oder wollen. Das Verhandlungsverfahren ist geringen formalen Anforderungen unterworfen, aber kein rechtsfreier Raum. Auch im Verhandlungsverfahren unterliegt die öffentliche Beschaffungsstelle wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts. Das gilt namentlich für die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.¹²⁵

4.2.4 Wettbewerblicher Dialog

Schließlich ist noch eine Vergabe im wettbewerblichen Dialog möglich (vgl. § 119 Abs. 6 GWB und § 18 VgV). Dieser kommt nur in Frage, wenn die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 VgV erfüllt sind. So z. B., wenn die öffentliche Beschaffungsstelle nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können, oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben. Mit anderen Worten, die öffentliche Beschaffungsstelle hat selbst nicht das Know-how, die zu beschaffende Leistung zu beschreiben oder weiß noch nicht, ob diese letztlich eine (nicht ausschreibungspflichtige) Dienstleistungskonzession oder einen klassischen öffentlichen Auftrag vergeben wird. Der wettbewerbliche Dialog soll dazu dienen, mit ausgewählten Unternehmen eine Lösung zu erarbeiten, d. h. zu ermitteln, wie den Bedürfnissen der öffentlichen Beschaffungsstelle am besten entsprochen werden kann. In diesem Prozess müssen alle bietenden Unternehmen gleich behandelt werden und insbesondere dieselben Informationen erhalten. Diese Form der Vergabe kommt nur für besonders komplexe Aufträge in Frage, die mit vielen unklaren Punkten hinsichtlich der Konzeption oder Ausführung verbunden sind. Als Beispiel werden in diesem Zusammenhang insbesondere die öffentlich-privaten Partnerschaften, die sogenannten Public Private Partnerships, genannt.

4.2.5 Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft hat zum Ziel, im Rahmen der öffentlichen Beschaffung Lösungen für innovative, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zu entwickeln, die dann anschließend von der öffentlichen Beschaffungsstelle erworben werden können (vgl. § 119 Abs. 7 GWB und § 19 VgV). Dazu muss die öffentliche Beschaffungsstelle in einem Teilnahmewettbewerb in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote verhandeln.

¹²⁵ So z. B. VK Bund, Beschluss vom 25.05.2004 – VK 1-51/04.

4.3 Die verschiedenen Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte

Mit der Einführung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) gleichen sich die Anforderungen an die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich an den Oberschwellenbereich an. Grundsätzlich unterliegt ein Verfahren unterhalb der Schwellenwerte aber immer noch dem traditionellen Haushalts- und damit „Innenrecht“. Dies spiegelt sich in der Verankerung des Vergaberechts in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie den kommunalen Haushaltsordnungen wider. Die UVgO ist wie auch die VOL/A eine Verfahrensordnung, die erst durch eine Anwendungsverpflichtung im Haushaltsrecht für die öffentlichen Beschaffungsstellen verbindlich wird. Dies bedeutet, dass Bund, Bundesländer und Kommunen sie durch entsprechende Verweise für anwendbar erklären müssen.

Bei der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen der Unterschwellenvergabeordnung anzuwenden (2. Abschnitt der UVgO). Bei der Beschaffung von Bauleistungen sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 1 der VOB/A 2016. anzuwenden. Die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterliegt nach einer Sonderregelung nicht dem Anwendungsbereich der UVgO (siehe § 50 UVgO i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 3 UVgO).¹²⁶

Der bislang geltende Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung im Unterschwellenbereich (vgl. den ehemaligen § 3 Abs.2 VOL/A 2009) ist nunmehr abgeschafft.¹²⁷ Die öffentlichen Beschaffungsstellen haben – wie im Oberschwellenbereich – nun grundsätzlich ohne besondere Zulassungsvoraussetzungen die Wahl zwischen der Öffentlichen und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 2 UVgO).

Die öffentlichen Beschaffungsstellen dürfen eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchführen, wenn nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 und 2 UVgO folgende Gründe vorliegen:

- ▶ die Öffentliche Ausschreibung führt zu keinem wirtschaftlichen Ergebnis (d. h. es wurden keine zuschlagsfähigen Angebote eingereicht) oder
- ▶ die Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung führt für die Beschaffungsstelle oder das bietende Unternehmen zu einem Aufwand, der zum Wert oder Vorteil der Leistung im Missverhältnis steht.

Das bislang als „Freihändige Vergabe“ bezeichnete Vergabeverfahren wird entsprechend der europarechtlichen Nomenklatur in „Verhandlungsvergabe“ umbenannt und kann mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden (§ 8 Abs. 4 UVgO). Unter welchen Voraussetzungen die Verhandlungsvergabe zulässig ist, wird in 17 Tatbeständen in § 8 Abs. 4 UVgO geregelt. Diese wurden zum Teil aus § 3 Abs. 5 VOL/A 2009, zum Teil aus § 14 VgV übernommen.¹²⁸ Zu den Tatbeständen zählt z. B., dass der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 UVgO) oder eine Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung aufgehoben wurde und ihre Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht (§ 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO) oder Ersatzteile und Zubehörstücke für Maschinen und Geräte vom Lieferanten der ursprünglichen

¹²⁶ In § 8 Abs. 4 Nr. 4 des Entwurfs der UVgO war für freiberufliche Leistungen noch die Verhandlungsvergabe als Regelfall vorgesehen, siehe: Soudry, Daniel, Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2.

¹²⁷ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 3.

¹²⁸ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 4.

Leistung beschafft werden sollen, weil eine anderweitige Beschaffung unwirtschaftlich wäre (§ 8 Abs. 4 Nr. 13 UVgO).

Im sogenannten Direktauftrag können Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von nunmehr 1.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) (früher waren es 500 Euro) ohne die Einhaltung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (§ 14 UVgO). Dabei sind aber die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu berücksichtigen.

Die Möglichkeit im Oberschwellenbereich, einem Teilnahmewettbewerb ein sogenanntes Interessensbekundungsverfahren voranzustellen (§ 38 Abs. 4 und 5 VgV), ist im Unterschwellenbereich nicht vorgesehen. Da sich diese Möglichkeit nach Ansicht der BRAK in der Praxis im Oberschwellenbereich bewährt hat, fordert die BRAK das Interessensbekundungsverfahren auch in die Unterschwellenvergabeordnung zu übernehmen.¹²⁹

Abweichend von der bisherigen Regelung in § 12 Abs. 1 VOL/A 2009 muss die Auftragsbekanntmachung zwingend auf Internetseiten der öffentlichen Beschaffungsstelle selbst oder auf Internetportalen (wie etwa Vergabepattformen von Drittanbietern) veröffentlicht werden (§ 28 Abs. 1 S. 1 UVgO). Daneben können sie auch in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften bekannt gemacht werden (§ 28 Abs. 1 S. 2 UVgO). Die Angebots- und Bewerbungsfristen müssen nicht wie bei der europaweiten Ausschreibung einen festgelegten Mindestzeitraum (z. B. grundsätzlich 52 Tage Angebotsfrist beim offenen Verfahren) betragen, sondern nur „ausreichend“ bemessen sein (gemäß § 13 Abs. 1 UVgO). Bei Bauleistungen darf die Frist nicht weniger als 10 Tage betragen (gemäß § 10 Abs. 1 VOB/A 2016).

Mit deutlich größerem Aufwand für die Beschaffungsstellen verbunden ist die grundsätzliche Verpflichtung (entsprechend § 41 Abs. 1 VgV), die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt auf einer Internetseite zum Abruf bereitzustellen (§ 29 Abs. 1 UVgO).

Erstmals wird durch § 46 Abs. 1 S. 1 UVgO die öffentliche Beschaffungsstelle verpflichtet, jedes bewerbende und anbietende Unternehmen über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die erfolgte Zuschlagserteilung zu unterrichten.¹³⁰ Ferner hat die öffentliche Beschaffungsstelle den nicht berücksichtigten Unternehmen – entsprechend den Regelungen im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte – innerhalb von 15 Tagen bei entsprechendem Antrag eines bewerbenden und anbietenden Unternehmens unter anderem die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Unternehmens mitzuteilen (§ 46 Abs. 1 S. 3 UVgO der dem § 19 Abs. 1 VOL/A 2009 entspricht). Die Erteilung des Zuschlags muss hingegen nicht veröffentlicht werden.

Es gibt in Deutschland nach wie vor keinen Primärrechtsschutz, der auf die Verhinderung des Zuschlags gerichtet ist. Das spezielle vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, das im Hinblick auf den Zuschlag aufschiebende Wirkung entfaltet, gelangt nur für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte zur Anwendung (§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 1, 2 VgV). Bietende Unternehmen können die Vergabe des Auftrags an das erfolgreiche Unternehmen mithin nicht vor einer Vergabekammer verhindern, da die §§ 97 ff. GWB für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht gelten. Diese Unterschiede im Rechtsschutzsystem sind vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden. Unternehmen, die an Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte teilnehmen, können daher nur auf die allgemei-

¹²⁹ Vgl. die Kritik in der Stellungnahme Nr. 35/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vom Oktober 2016 zum Entwurf des BMWi zur UVgO, S. 4.

¹³⁰ Den damit verbundenen Aufwand kritisierend: Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände (2016): Stellungnahme zum Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), S. 8.

nen Rechtsschutzinstrumente wie die formlose Rüge oder (Dienst- oder Fach-) Aufsichtsbeschwerde an die übergeordnete Behörde der öffentlichen Beschaffungsstelle zurückgreifen. Im Bereich der gerichtlichen Verfahren stehen ihnen neben der Schadensersatzklage, die dem Bereich des Sekundärrechtsschutzes zuzuordnen ist, insbesondere der Antrag auf einstweilige Verfügung vor den Zivilgerichten zur Verfügung.¹³¹

¹³¹ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, Az. 6 B 10.07.

5 Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen umweltbezogene Aspekte in den einzelnen Schritten des Vergabeverfahrens nach der Vergabeverordnung einbezogen werden können. Dabei wird zunächst von einem europaweiten Verfahren ausgegangen, also der Vergabe eines Auftrags, dessen geschätzter Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte liegt. Die Regeln unterhalb der Schwellenwerte werden in Kapitel 6 „Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte“ dargestellt.

Exkurs: Die Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und Umweltmanagementsystemen (UMS) in der umweltfreundlichen Beschaffung

Im Rahmen von Exkursen wird in den nachfolgenden Kapiteln auch darauf eingegangen, wie Umweltmanagementsysteme und Umweltmanagementmaßnahmen im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können.

Unternehmen, die ein Umweltmanagementsystem betreiben, beschäftigen sich systematisch mit den Auswirkungen ihrer Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen auf die Umwelt. Die am weitest verbreiteten Umweltmanagementsysteme sind die internationale Umweltmanagement-Norm ISO 14001 und das europäische Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung EMAS (engl. Eco-Management and Audit Scheme)¹³². Im Fokus von EMAS steht die messbare und fortlaufende Verbesserung des Umwelt- und Klimaschutzes der Unternehmen. Die Fortschritte werden jährlich in einer öffentlich zugänglichen Umwelterklärung berichtet. Die Umwelterklärungen enthalten Informationen zu den wesentlichen Umweltwirkungen der EMAS-Unternehmen, ihrer Produkte und Dienstleistungen sowie ein Maßnahmenprogramm zur Leistungsverbesserung (sog. Umweltprogramm). Die Inhalte der EMAS-Umwelterklärungen werden von einem unabhängigen Umweltgutachter bzw. einer Umweltgutachterin überprüft. Sie genießen daher eine hohe Glaubwürdigkeit und können im Rahmen der öffentlichen Beschaffung als Nachweisdokument gefordert werden. Bei einem UMS nach ISO 14001 sind die messbare Verbesserung der Umweltleistung und die externe Berichterstattung keine Zertifizierungsvoraussetzungen.

Aus Sicht des Vergaberechts dienen Umweltmanagementsysteme wie EMAS in erster Linie dazu, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines bietenden Unternehmens zur Umsetzung umweltbezogener Maßnahmen bei der Produktherstellung und Erbringung der Dienst- und Bauleistung nachzuweisen (siehe Exkurs in Kapitel 5.4). Es geht damit um Eigenschaften, die zuvorvererst allgemein die **Eignung des anbietenden Unternehmens** unabhängig von dem im konkreten Auftrag anzuwendenden Umweltmanagementmaßnahmen nachweist.¹³³ Darüber hinaus können mit erfolgreich abgeschlossenen Maßnahmen des Umweltmanagements, die beispielsweise in einer Umwelterklärung nach EMAS dokumentiert sind, auch die Einhaltung von Anforderungen an die Produktherstellung und Erbringung der Dienst- und Bauleistungen nachgewiesen werden.

Ein sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand ist Voraussetzung für die Berücksichtigung von EMAS im Vergabeverfahren. Dieser ist grundsätzlich umso leichter herzustellen, je relevanter die umweltbezogenen Auswirkungen des Auftragsgegenstands sind. Nimmt eine öffentliche Beschaffungsstelle selbst an EMAS teil, können dadurch entsprechende Anforderungen an Dienst-, Bau-

¹³² Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS III) Abl. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

¹³³ Stolz, in: Ziekow/ Völlink (2018), Vergaberecht, § 46 VgV Rn. 31.

und Lieferaufträge leichter begründet werden. Neben einer möglichen eigenen EMAS-Teilnahme eignen sich auch andere umweltbezogene Grundsätze und Leitlinien, zu denen sich die Beschaffungsstelle verpflichtet hat, um den Zusammenhang zum Auftragsgegenstand zu begründen.

5.1 Überblick über das Vergabeverfahren

Bevor die öffentliche Beschaffungsstelle entscheiden kann, was sie beschafft, muss sie in einem ersten Schritt ihren Bedarf ermitteln und den Gegenstand der zu beschaffenden Leistung definieren (dazu im folgenden Abschnitt 5.2). Bereits hier erfolgt eine erste wesentliche Weichenstellung im Hinblick darauf, ob umweltfreundlich beschafft wird oder nicht.

Nachdem die öffentliche Beschaffungsstelle entschieden hat, was zu beschaffen ist, erstellt diese die Vergabeunterlagen. Diese bestehen aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben) und den Vergabeunterlagen. Die Vergabeunterlagen setzen sich wiederum zusammen aus der Leistungsbeschreibung/dem Leistungsverzeichnis sowie den Bewerbungs- und etwaigen Vertragsbedingungen. Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu vereinfachen, sollte die öffentliche Beschaffungsstelle Formulare vorgeben, die das bietende Unternehmen verwenden muss, um sein Angebot abzugeben.

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe können an folgenden Punkten der Vergabeunterlagen umweltbezogene Aspekte einbezogen werden:

- ▶ die Leistungsbeschreibung umfasst sämtliche Anforderungen an die zu erbringende Leistung, die von allen Unternehmen beachtet werden müssen. Sie ist so eindeutig zu formulieren, dass die abgegebenen Angebote vergleichbar sind (dazu in Abschnitt 5.3),
- ▶ Eignungskriterien dienen dazu, zu prüfen, ob die Unternehmen grundsätzlich geeignet und in der Lage sind, den Auftrag durchzuführen (dazu in Abschnitt 5.4),
- ▶ anhand der Zuschlagskriterien erfolgt die Wertung der Angebote im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis. Die öffentliche Beschaffungsstelle wählt die Zuschlagskriterien für den Einzelfall unter sämtlichen in Betracht kommenden Gesichtspunkten aus (dazu in Abschnitt 5.5),
- ▶ Auftragsausführungsbedingungen sind Bedingungen, die die Unternehmen bei der Durchführung des Auftrags (nach Erteilung des Zuschlags) beachten müssen (dazu in Abschnitt 5.6).

Wie im Folgenden dargestellt, unterscheiden sich die vergaberechtlichen Vorgaben, die bei der Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte zu beachten sind, in Abhängigkeit davon, welcher Anknüpfungspunkt gewählt wird. So darf eine öffentliche Beschaffungsstelle etwa in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen (Eignungskriterium) nur in eingeschränktem Umfang umweltbezogene Vorgaben machen.¹³⁴ In Bezug auf die Leistungsbeschreibung, die Zuschlagskriterien und die Bedingungen zur Auftragsausführung hat diese hingegen erheblich größere Spielräume. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, dass die öffentliche Beschaffungsstelle bewusst die bestehenden Spielräume nutzt und zudem klar formuliert, worauf sich die von ihr formulierten Umweltaanforderungen beziehen: auf die Leistungsbeschreibung, die Eignung der Unternehmen, die Zuschlagskriterien oder die Auftragsausführungsbedingungen.

¹³⁴ Zur Abgrenzung Eignungskriterium – Auftragsausführungsbedingung vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 102 ff.

Exkurs: Nutzung von Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Ausschreibungen

Ausschreibungen in Form von Rahmenvereinbarungen können genutzt werden, um die umweltfreundliche Beschaffung zu erleichtern. Die Richtlinie 2014/24/EU sieht ausdrücklich vor, dass verschiedene öffentliche Beschaffungsstellen ihren Bedarf bündeln und hierfür gemeinsame Rahmenvereinbarungen ausschreiben können.¹³⁵ Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist entsprechend auch in § 21 VgV geregelt bzw. zugelassen.

Eine Rahmenvereinbarung ist grundsätzlich ebenso ausschreibungspflichtig wie es ein Einzelvertrag wäre. Die Rahmenvereinbarung hat zum Ziel, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen. Dabei muss allerdings das Auftragsvolumen noch nicht exakt festgelegt werden. Dieses ermöglicht es beispielsweise einer zentralen Beschaffungsstelle, auf der Basis einer Anfrage bei ihren Bedarfsträgern den Bedarf zu schätzen und eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen. Die einzelnen öffentlichen Bedarfsträger können dann die konkret benötigten Mengen abrufen („Abrufberechtigte“).¹³⁶

Rahmenvereinbarungen haben unter Umweltgesichtspunkten mehrere Vorteile:

- Wenn die Beschaffung gebündelt wird, können umweltfreundliche Waren und Dienstleistungen kostengünstiger eingekauft werden. Dadurch wird die umweltfreundliche Auftragsvergabe für die Beschaffungsstelle möglich, die aufgrund von finanziellen Restriktionen sonst nicht die „grüne“ Variante gewählt hätte. Einsparungen können auch durch die zentrale Auftragsvergabe erzielt werden, die die Verwaltung der betroffenen „Abrufberechtigten“ entlastet.
- Die Bündelung der Beschaffung erlaubt es auch, das „Umwelt-Know-how“ zu bündeln und das Fachwissen, das für die umweltfreundliche Auftragsvergabe notwendig ist, auszubauen.
- Nicht zuletzt wird durch die gemeinsame Ausschreibung mehrerer öffentlicher Beschaffungsstellen in einer Rahmenvereinbarung die Nachfragemacht gestärkt. Umweltauflagen der öffentlichen Beschaffungsstelle können dadurch gegenüber den bietenden Unternehmen besser durchgesetzt werden.

5.2 Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstandes

Bevor das Vergabeverfahren im engeren Sinne beginnt, muss die öffentliche Beschaffungsstelle zunächst entscheiden, was diese kaufen oder bauen will bzw. welche Dienstleistung benötigt wird. Dazu muss der tatsächliche Bedarf genau ermittelt werden.

Die Bedarfsermittlung ist der Definition des Auftragsgegenstandes sowie dessen Beschaffung zwar vorgelagert, für die umweltfreundliche Beschaffung hat sie dennoch eine erhebliche Bedeutung. Werden bereits bei der Bedarfsermittlung die Umweltauswirkungen der Beschaffung berücksichtigt, kann dies die Entscheidung über die zu beschaffende Leistung erheblich beeinflussen.

¹³⁵ Vgl. die Erwägungsgründe 60 ff. der Richtlinie 2014/24/EU.

¹³⁶ Dabei sollte allerdings gewährleistet sein, dass eine bestimmte Mindestmenge abgerufen wird, weil sogenannte „Nullmengen-Verträge“ rechtlichen Bedenken begegnen. Hinzuweisen ist auch auf kartellrechtliche Einschränkungen, die sich gerade dann ergeben können, wenn es sich um Beschaffungsgegenstände handelt, die typischerweise nur von der öffentlichen Hand nachgefragt werden und für die deshalb von vornherein kein großer Markt besteht.

Vor diesem Hintergrund sind beispielsweise Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)¹³⁷ seit dem 1. Januar 2013 verpflichtet, im Rahmen der Bedarfsermittlung mögliche Alternativen sowie deren Umweltauswirkungen zu prüfen und zu dokumentieren (Vgl. Ziffer 5 VwVBU 2016).

Exkurs: Beispiel zur umweltfreundlichen Bedarfsermittlung (Auszug aus Ziffer 5 VwVBU 2016)

Vor der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen sind insbesondere folgende Vorüberlegungen zu tätigen:

- unterschiedliche Leistungsgegenstände (z. B. unterschiedliche Fahrzeuggrößen/-dimensionierungen oder Antriebssysteme),
- unterschiedliche Vertragsarten (z. B. Kauf, Miete, Leasing),
- unterschiedliche Leistungsarten (z. B. den gegenständlichen Erwerb oder die Einbeziehung in eine Dienstleistung, z. B. Contracting),
- unterschiedliche technische Konzepte und/oder verschiedene technische Produkte (z. B. verschiedenartige Drucker: Nadel-, Tintenstrahl- oder Laserdrucker),
- unterschiedliche Marktangebote für innovative und umweltverträgliche Lösungen (Marktanalyse),
- die Weiternutzung vorhandener Produkte unter Einbeziehung von Reparatur- und Wartungsmöglichkeiten,
- die Möglichkeit der gemeinsamen Nutzung/Inanspruchnahme mit anderen Stellen,
- die Möglichkeit über zentrale Beschaffungsstellen einzukaufen (z. B. IT-Dienstleistungszentrum Berlin (ITDZ Berlin), Sammelbestellverfahren).

Vor der Beschaffung von Bauleistungen bzw. deren Planung sind insbesondere zu betrachten:

- die Angemessenheit des Raum- und Flächenbedarfs,
- die Anmietung von Immobilien, einschließlich eventuell notwendiger Umbau- oder Erweiterungsbaumaßnahmen,
- der Kauf vorhandener baulicher Anlagen, einschließlich eventuell notwendiger Umbau- oder Erweiterungsbaumaßnahmen.

In Ziffer 4 der VwVBU 2016 wurde zudem festgelegt, dass bestimmte Produkte/-gruppen oder Darreichungsformen nicht beschafft werden dürfen (z. B. Einweggeschirr in Kantinen und Mensen, bestimmte Getränke in Einwegverpackungen, Farbmittel auf Schwermetallbasis oder Bauteile aus PVC unter bestimmten Bedingungen).

Hat die öffentliche Beschaffungsstelle ihren Bedarf ermittelt und festgestellt, ob und in welcher Form das Produkt oder die Dienstleistung auf dem Markt verfügbar ist, kann sie in einem nächsten Schritt festlegen, was beschafft werden soll.

¹³⁷ Erste Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU), siehe: <http://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/gesetzestexte/de/download/beschaffung/VwVBU.pdf>.

Diese Phase des Vergabeverfahrens ist – ebenso wie die vorgelagerte Bedarfsermittlung – von besonderer Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung. Wenn umweltbezogene Aspekte erfolgreich in das Vergabeverfahren einbezogen werden sollen, muss diese Entscheidung frühzeitig getroffen und das Verfahren entsprechend (rechtssicher) gestaltet werden. Die öffentliche Beschaffungsstelle hat jedenfalls keine Möglichkeit, nachträglich, d. h. nach Bekanntmachung bzw. Versendung der Vergabeunterlagen, zu entscheiden, dass Umweltschutzaspekte einbezogen werden sollen. Besonders wichtig ist deshalb bereits die Definition des Auftragsgegenstandes.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission wird die Definition des Auftragsgegenstandes noch nicht von den europäischen Vergaberichtlinien erfasst.¹³⁸ Danach ist die Bedarfsbestimmung eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte Phase und unterfällt damit nicht den rechtlichen Anforderungen, die an das Verfahren gestellt werden. Diese werden erst relevant, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle die Leistungsbeschreibung erstellt. Daher besitzt die öffentliche Beschaffungsstelle in diesem Stadium der Vorbereitung die Möglichkeit, den Auftragsgegenstand in einem umweltfreundlichen Sinn zu definieren.¹³⁹

Die Vergabestelle ist dabei nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.¹⁴⁰ Vielmehr kann die Vergabestelle den Auftragsgegenstand auch von vornherein so wählen, dass nur bestimmte Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden können, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe (z. B. Aspekte des Umweltschutzes) für diese Festlegung sprechen.¹⁴¹ In diesem Fall ist die Vergabestelle insbesondere nicht gezwungen, erst Markterforschungen oder Marktanalysen durchzuführen oder zu überprüfen, ob sich ihr Ziel auch mit einer produktneutralen oder technikoffenen Ausschreibung erreichen lässt.¹⁴² Damit die öffentliche Beschaffungsstelle die sachlichen Gründe für die Entscheidung auch in einem Streitfall belegen kann, sollten diese sorgfältig in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

Exkurs: EMAS in der Bedarfsermittlung

In der Markterkundung lässt sich in Bezug auf die Umweltfreundlichkeit von Produkten und Dienstleistungen ein Überblick über die vorhandenen Alternativen gewinnen. Will die Beschaffungsstelle eine EMAS-Zertifizierung im Vergabeverfahren berücksichtigen, sollte sie in dieser Phase auch prüfen, ob in der entsprechenden Branche oder in der Region Unternehmen an EMAS teilnehmen. Dazu kann sie im EMAS-Register unter www.emas-register.de recherchieren.

Öffentliche Einrichtungen, die selbst EMAS-validiert sind, sollten in ihren Ausschreibungsunterlagen explizit auf das eigene EMAS-Engagement verweisen, um die besondere Bedeutung von Umweltkriterien in der Ausschreibung zu verdeutlichen.

¹³⁸ Vgl. Zuletzt: Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, S. 29. Ferner auch schon in den vorherigen Auflagen, z. B.: Europäische Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung!, S. 30; Europäische Kommission (2001): Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg., S. 8.

¹³⁹ Siehe Fn. 138.

¹⁴⁰ VK Münster, Beschluss vom 20.04.2005, Az. VK 6/05.

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.2009 – VII-Verg 37/09; OLG München, Beschluss vom 2.3.2009 – Verg 01/09.

¹⁴² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

5.2.1 Anforderungen nach europäischem Recht

Die Vergabekoordinierungsrichtlinien finden auf die Definition des Auftragsgegenstandes zwar noch keine Anwendung. Zu beachten hat die öffentliche Beschaffungsstelle aber – wie auch während des gesamten Beschaffungsvorgangs – das EU-Primärrecht.

Die Definition des Auftragsgegenstandes kann einen Verstoß gegen das Primärrecht darstellen, wenn ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vorliegt. In Betracht kommt ein Verstoß gegen den freien Warenverkehr (Artikel 34 und 36 AEUV¹⁴³), die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) oder das allgemeine Diskriminierungsverbot (Artikel 18 AEUV). Diese sind grundsätzlich unmittelbar neben den Vergaberichtlinien anwendbar.

Die Artikel 34 und 56 AEUV verbieten grundsätzlich¹⁴⁴ alle offenen Diskriminierungen von Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten, bei denen die öffentliche Beschaffungsstelle ausdrücklich einheimische Waren oder Dienstleistungen bevorzugt.¹⁴⁵ Die Grundfreiheiten untersagen aber auch verdeckte Diskriminierungen, also solche, die zwar nicht ausdrücklich, aber in ihrer Wirkung gerade ausländische Waren, Dienstleistungen oder Lieferanten benachteiligen. Schließlich sind auch unterschiedslos anwendbare Beschränkungen untersagt, wenn sie geeignet sind, Einfuhren oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern.¹⁴⁶ Gerade Umwelanforderungen fallen häufig unter diese unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften. Beispiele dafür können sein: das Verbot von Einweggetränkeverpackungen¹⁴⁷ oder die Festsetzung von Höchstwerten für Abgasemissionen von Fahrzeugen¹⁴⁸.

Der Europäische Gerichtshof hat sich im Urteil Dundalk III, das die Vergabe eines Bauauftrags für Rohrleitungen zum Ausbau des Trinkwassernetzes der irischen Stadt Dundalk betraf, mit unterschiedslos geltenden Anforderungen, die einheimische Unternehmen bevorzugen können, beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall konnte die Vorgabe in den Vergabeunterlagen, dass eine bestimmte irische Norm einzuhalten sei, nur von einem einzigen irischen Unternehmen erfüllt werden.¹⁴⁹ Der Europäische Gerichtshof erklärte es für unzulässig, in einer Ausschreibung die Einhaltung einer nationalen Norm zu verlangen ohne durch den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ klarzustellen, dass auch Unternehmen, die zwar die nationale Norm nicht einhalten können, aber ein gleichwertiges Produkt anbieten, sich am Vergabeverfahren beteiligen können. Dabei ließ der Gerichtshof dahingestellt, was eine gleichwertige Anforderung hätte sein können. Er stellte nur darauf ab, dass andere Unternehmen tatsächlich nicht zum Zug kommen konnten. Der Gerichtshof äußerte sich aber nicht explizit zu der Frage, ob eine Einengung auf nur ein Unternehmen überhaupt rechtlich zulässig gewesen wäre.

Unzulässig ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zudem eine Einengung des Beschaffungsgegenstands auf nur ein bestimmtes Erzeugnis, das auch entsprechend benannt wird. Der Gerichtshof hat aber damit (über die Tatsache hinaus, dass bei der Verwendung von nationalen Produkthanforderungen immer gleichwertige Erzeugnisse zugelassen werden müssen) noch keine Antwort auf die Frage gegeben, inwieweit Anforderungen an Produkte und

¹⁴³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

¹⁴⁴ Eine Diskriminierung kann unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, sofern sie nicht willkürlich erfolgt, vgl. Art. 36 AEUV.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 20.03.1990, Rs. C-21/1988, Slg. 1990, I-889 (Du Pont).

¹⁴⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urt. vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 („Cassis de Dijon“).

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607, („Dänische Pfandflaschen“).

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilinen („Concordia Bus“).

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87 (Kommission/Irland), Slg. 1988 I-4929.

Dienstleistungen bereits bei der Auswahl des Vergabegegenstandes eine Verletzung der europarechtlichen Grundfreiheiten darstellen können.

Unabhängig davon, ob im Einzelfall eine Diskriminierung vorliegt, können tatsächlich diskriminierende oder handelsbehindernde Umwelanforderungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein.¹⁵⁰ Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es durchaus zulässig sein kann, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle ihren Auftragsgegenstand so (eng) definiert, dass faktisch nur wenige oder sogar nur ein einziges bietendes Unternehmen die (Umwelt-)Anforderungen erfüllen können/kann, wenn und soweit diese Anforderungen zur Erfüllung der von der öffentlichen Beschaffungsstelle festgelegten Aufgaben erforderlich sind.¹⁵¹ Wenn also beispielsweise eine öffentliche Beschaffungsstelle für den öffentlichen Nahverkehr Busse beschaffen will, die strenge Grenzwerte einhalten¹⁵², so könnte diese bereits bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes die Einhaltung der Grenzwerte zwingend fordern, indem sie „Busse, die die Euronorm 6 einhalten“ ausschreibt und nicht allgemein „Busse“. Bestimmte energieeffiziente Techniken können auch dann definiert werden, wenn nur ein Unternehmen die Anforderungen erfüllen kann.¹⁵³ Alle "gleichwertigen" Angebote, die das Ziel, wenn auch mit anderer Technik, erreichen, müssen jedoch ebenfalls zugelassen werden.

5.2.2 Anforderungen nach nationalem Recht

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob sich Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung des Auftragsgegenstandes auch aus dem nationalen Vergaberecht ergeben können. Die anzutreffende Aussage, das deutsche Vergaberecht verfolge „*allein das Ziel [...], die ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern, d.h. den Etat zu schützen*“¹⁵⁴, weil es traditionell einen speziellen Teil des Haushaltsrechts darstellt, könnte zu der Schlussfolgerung führen, dass die Verwaltung bereits bei der Entscheidung darüber, was sie kaufen will, dazu gezwungen ist, eine besonders günstige oder gar die günstigste Variante auszuwählen. Dafür könnte der in den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung verankerte Grundsatz sprechen, dass „*In jedem Fall sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten*“¹⁵⁵. Dagegen spricht allerdings, dass bereits bei der Umsetzung der Anfang der 1990er Jahre geschaffenen EU-Vergaberichtlinien davon abgesehen wurde, eine Regelung in deutsches Recht umzusetzen, wonach öffentliche Beschaffungsstellen bei der Angebotsbewertung ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises anwenden.¹⁵⁶ Stattdessen soll in Deutschland das „wirtschaftlichste Angebot“ den Zuschlag erhalten.¹⁵⁷ Ob ein Angebot wirtschaftlich ist, wird danach beurteilt, ob es die von der Beschaffungsstelle in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen geforderten Kriterien – die Richtlinie 2014/24/EU nennt in Art. 67 Abs. 2 Buchstabe a) bzw. § 31 Abs. 3 VgV beispielhaft

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1998, 4607 (4630).

¹⁵¹ So auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.

¹⁵² Beispielsweise solche Grenzwerte, die gegenwärtig für die sogenannten Umweltzonen festgeschrieben werden.

¹⁵³ Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 10.05.2010, VK 3-42/10, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2010/VK3-42-10.html.

¹⁵⁴ So z. B. Jasper, Ute/Marx, Friedhelm (2006): Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 9. Auflage 2006, S. XII.

¹⁵⁵ Ziffer 3 zu § 55 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung vom 14. März 2001 (GMBI 2001, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 25. April 2018 - II A 3 - H 1012-6/17/10001 (GMBI 2018 Nr. 29, S. 568), herunterzuladen unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_02102017_DokNr20110981762.htm.

¹⁵⁶ Art. 26 Richtlinie 93/36/EWG, Abl. der EG Nr. L 199 vom 09.08.1993, S. 1.

¹⁵⁷ Vgl. § 127 Abs. 1 GWB; § 58 VgV.

unter anderem Qualität (einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften) sowie das Kostenelement – erfüllt. Daraus ergibt sich, dass der Preis eben nur ein Merkmal unter anderen für die Wertung des Angebots ist. Was für die Zuschlagserteilung gilt, muss aber erst recht für die Auswahl des Auftragsgegenstandes gelten.

Wirtschaftlichkeit bedeutet überdies nicht nur, Mittel sparsam zu verwenden, sondern schließt andere Erwägungen ein, da es um die Erzielung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses geht.¹⁵⁸ Grundsätzlich muss die Verwaltung ihre Aufgaben erfüllen und soll sich nicht darauf beschränken, Mittel sparsam zu verwalten. Außerdem handelt es sich bei dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit um einen allgemeinen Grundsatz, aus dem konkrete Anforderungen, wie beispielsweise die Beschaffung eines bestimmten Gegenstands, nur in seltenen, extrem gelagerten Fällen abgeleitet werden können.

Daher kann dem nationalen Vergaberecht auch keine Verpflichtung entnommen werden, sich bei der Beschaffung von vornherein auf die kostengünstigste Variante zu beschränken. Vielmehr verfügt die Vergabestelle über einen weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl des Auftragsgegenstandes. Bei der Grundsatzentscheidung, was beschafft werden soll, spielen viele Faktoren eine Rolle. Die Verwaltung muss prüfen, ob überhaupt ein Bedarf besteht, welche besonderen Anforderungen an den Gegenstand/die Bau- oder Dienstleistung gestellt werden, und welche Aspekte prioritär sind. Daher spielen bei der Entscheidung über den Gegenstand der Beschaffung verschiedene – auch politische – Vorgaben eine Rolle. Die Verwaltung kann sich somit schon faktisch nicht auf rein fiskalische Erwägungen beschränken. Gerade im Vorfeld einer Beschaffungsentscheidung werden allgemeine Überlegungen besonders wichtig sein. Im Ergebnis schränkt auch das nationale Vergaberecht die Festlegung des Beschaffungsgegenstands daher nicht dahingehend ein, dass nur bestimmte Varianten ausgeschrieben werden dürfen oder Umweltbelange außer Betracht bleiben müssten.

Beispiel für die Festlegung des Auftragsgegenstandes

Die Vergabestelle kann sich von vornherein darauf beschränken, „Ökostrom“ oder „Recyclingpapier“ auszuschreiben. Die Ausschreibung von Ökostrom¹⁵⁹ schließt nicht aus, dass der angebotene Strom nur anteilig, z. B. zu 50 Prozent, Ökostrom enthalten kann. Wird für die Ausschreibung von vornherein ein umweltfreundliches Produkt oder ein solcher Service gewählt, enthält die Leistungsbeschreibung Angaben, die die allgemeine Bezeichnung des Produkts präzisieren. Bei dem Auftragsgegenstand „Ökostrom“ wird beispielsweise festgelegt, welche konkreten Anforderungen an die Stromproduktion gestellt werden. Bei der Leistungsbeschreibung für den Auftragsgegenstand Recyclingpapier kann die öffentliche Beschaffungsstelle z. B. festlegen, dass das Papier ungebleicht sein muss.

¹⁵⁸ Vgl. § 7 BHO.

¹⁵⁹ Energierechtskanzlei AssmannPeiffer (2017): Beschaffung von Ökostrom - Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom im offenen Verfahren, herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/beschaffung-von-oekostrom-arbeitshilfe-fuer-eine-0>.

5.3 Leistungsbeschreibung

5.3.1 Eindeutige Leistungsbeschreibung (durch Gütezeichen)

Die öffentliche Beschaffungsstelle muss in der Leistungsbeschreibung die Merkmale des Auftragsgegenstandes nach § 31 Abs. 1 VgV i.V.m. § 121 GWB „so genau fassen, dass diese Merkmale den bietenden Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die der öffentlichen Beschaffungsstelle die Erteilung des Zuschlags ermöglicht.“¹⁶⁰

Die Leistungsbeschreibung hat sowohl vor als auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU bzw. ihrer Umsetzung in Deutschland den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu genügen. Sowohl der Gleichheitsgrundsatz als auch die daraus folgende Verpflichtung zur Transparenz gebieten, dass der Gegenstand öffentlicher Aufträge sowie die Kriterien für ihre Vergabe vom Beginn des Verfahrens über die Vergabe dieser Aufträge an klar bestimmt ist.¹⁶¹ Alle bietenden Unternehmen sollen von den gleichen Voraussetzungen ausgehen, damit die Angebote untereinander vergleichbar sind.

Dazu soll die Leistungsbeschreibung so gefasst werden, dass die bietenden Unternehmen ihre Angebotspreise möglichst sicher und ohne umfangreiche Recherchen kalkulieren können.¹⁶² Insbesondere sollen sich die bietenden Unternehmen darauf verlassen können, dass die Leistung auch in ihren Details richtig beschrieben ist.¹⁶³ Als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann die öffentliche Beschaffungsstelle die Vorlage von Gütezeichen gemäß § 34 VgV verlangen. Ökologische Anforderungen können durch die Bezugnahme auf Gütezeichen damit unmittelbar Inhalt der Leistungsbeschreibung werden.¹⁶⁴

Ob die Beschaffungsstelle die Leistungsbeschreibung anhand eines pauschalen Verweises¹⁶⁵ auf ein Gütezeichen vornehmen kann, wird in der Formulierung von § 31 VgV weder explizit zugelassen noch ausgeschlossen. Im Folgenden wird deshalb durch Auslegung der Frage nachgegangen, ob ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV zur Leistungsbeschreibung mit dem geltenden Recht vereinbar ist.

¹⁶⁰ Trutzel, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 31 VgV Rn. 13. Eine inhaltsgleiche Formulierung zu den technischen Spezifikationen findet sich in Art. 42 Abs. 3 Buchstabe a Richtlinie 2014/24/EU. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX-HAVELAAR“, Rn. 62.

¹⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“, Rn. 56 sowie EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2009, Kommission/Frankreich, C-299/08, Slg. 2009, I-11587, Randnrn. 41 und 43.

¹⁶² Vgl. Ziekow, Jan / Völlink, Uwe-Carsten (2013): Vergaberecht, Kommentar, § 7 VOL/A Rn. 2.

¹⁶³ BGH, Urteil vom 22.12.2011, Az. VII ZR 67/11.

Beispielhaft OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.3.2012, Az. Verg. 82/11, Rn. 32. Die maßgeblichen Leistungsbestimmungen müssen an einer einheitlichen Stelle in den Vergabeunterlagen aufgelistet werden. Der Bewerber muss diese nicht herausfiltern müssen. Die Leistungsbeschreibung muss in sich geschlossen sein, d.h. vollständig, unmissverständlich und widerspruchsfrei formuliert sein.

¹⁶⁴ Burgi (2016), Vergaberecht, § 12 Rn. 26.

¹⁶⁵ Unter pauschalem Verweis wird vom Autor verstanden, dass in der Leistungsbeschreibung (z. B. in der technischen Spezifikation) oder einem Anhang dazu keine detaillierten Umwelteigenschaften des Beschaffungsgegenstandes aufgeführt werden, sondern auf die Vergabekriterien eines Gütezeichens durch Angabe eines Internetlinks verwiesen wird.

5.3.1.1 Auslegung nach dem Wortlaut

In § 31 Abs. 1 VgV, der Artikel 42 Abs. 2¹⁶⁶ der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, ist der Transparenzgrundsatz und das Diskriminierungsverbot verankert. Beschaffungsstellen können die Merkmale des Auftragsgegenstands in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe definieren. Diese muss so genau wie möglich gefasst sein, damit bietenden Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermittelt wird und hinreichend vergleichbare Angebote zu erwarten sind (§ 31 Abs. 2 VgV). Die Beschreibung der Leistungskriterien durch einen pauschalen Verweis auf ein Gütezeichen ist in § 31 VgV nicht explizit erwähnt. Ein pauschaler Verweis ist aber nach dem Wortlaut auch nicht ausgeschlossen.

5.3.1.2 Historische Auslegung

Die VgV a.F. enthielt keine dem § 34 VgV n.F. vergleichbare Regelung. Vorläuferregelungen befanden sich in § 8 EG Abs. 5 VOL/A¹⁶⁷ und § 6 Abs. 5 VOF. Die öffentliche Beschaffungsstelle konnte zur Beschreibung von Umwelteigenschaften in der Leistungsbeschreibung Spezifikationen *verwenden*, die *in* Umweltzeichen definiert sind. Für den Nachweis wurde vermutet, dass die Angebote, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet waren, den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen entsprachen. Die Norm war entsprechend der Rechtsprechung des EuGH in der MAX HAVELAAR Entscheidung so auszulegen, dass ein pauschaler Verweis auf das Umweltzeichen zur Beschreibung der Leistung nicht möglich ist.

In den Jahren 2014 bzw. 2016 wurden die Rechtsnormen zur Leistungsbeschreibung (technische Spezifikationen) und Nachweisführung (Gütezeichen) auf europäischer (u. a. Richtlinie 2014/24/EG) und anschließend auf nationaler Ebene mit der VgV novelliert. Mit § 34 VgV wurde Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU in nationales Recht umgesetzt. Während § 31 VgV, wie die Auslegung nach dem Wortlaut zeigt (siehe Abschnitt 5.3.1.1), die Möglichkeit eines pauschalen Verweises nicht vorsieht, ist die Verwendung von Gütezeichen in den formellen Anforderungen zur Nachweisführung in § 34 VgV explizit geregelt.

Die inhaltliche Formulierung des Wortlauts in § 34 VgV wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber eine weitergehende Regelung anstrebte, die einen pauschalen Verweis zur Beschreibung der Leistung gem. § 31 VgV ermöglicht. Laut Gesetzesbegründung wird mit § 34 VgV die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen erstmalig ausdrücklich eingeführt und die sog. "Max-Havelaar-Rechtsprechung"¹⁶⁸ des EuGH in Teilen kodifiziert.¹⁶⁹ Der vorgenannten Entscheidung

¹⁶⁶ Art. 42 Abs. 2 lautet: „Die technischen Spezifikationen müssen allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.“

¹⁶⁷ § 8 EG Abs. 5 VOL lautete: „5) Schreiben die Auftraggeber Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so können sie die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn

- a) sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstandes eignen,
- b) die Anforderungen des Umweltzeichens auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
- c) die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen teilnehmen können und
- d) das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

Die Auftraggeber können in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung festgelegten technischen Anforderungen genügen. Die Auftraggeber müssen jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.“

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

¹⁶⁹ Siehe die BT-Drucksache 18/7318, S. 173: „§ 34 dient der Umsetzung von Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU. Mit der Richtlinie wird die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen erstmalig ausdrücklich eingeführt und die sog. "Max-Havelaar

lag noch die Regelung zu technischen Spezifikationen in Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18/EG zu Grunde. Der EuGH entschied, dass nach Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 1 alle Einzelmerkmale eines Gütezeichens in der Leistungsbeschreibung aufzuzählen sind.¹⁷⁰ Die Verwendung von Gütezeichen sah der EuGH entsprechend Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 2 nur als nachgeordnete Nachweismöglichkeit mit Vermutungswirkung an.¹⁷¹ In der nachfolgenden Richtlinie 2014/24/EU hat der europäische Gesetzgeber getrennte Regelung zu den technischen Spezifikationen in Art. 42 und zur Verwendung von Gütezeichen als Nachweis in Art. 43 geschaffen. In Art. 42 Richtlinie 2014/24/EU wurde die Möglichkeit zu einem pauschalen Verweis nicht explizit aufgenommen. In Art. 43 ist nur der formelle Nachweis durch Gütezeichen geregelt. Das Bild wird jedoch klarer, wenn man den 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU zur Auslegung heranzieht. Danach dürfen öffentliche Auftraggeber bei der Beschreibung von spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder anderen Merkmalen einer Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung „auf bestimmte Gütezeichen Bezug nehmen [...], wie etwa europäische Umweltzeichen, (multi)nationale Umweltzeichen oder andere Gütezeichen, [...]“.¹⁷² Nach den europäischen Regelungen ist die Bezugnahme auf Gütezeichen nicht nur für die Nachweisführung nach Art. 43 zulässig, sondern auch für materielle Anforderungen an die technischen Spezifikationen.¹⁷³ Eine „Bezugnahme“ erfordert gerade nicht die Wiedergabe der einzelnen Kriterien im Detail. Allerdings bleibt offen, wie die Bezugnahmen aussehen kann, insbesondere ob ein pauschaler Verweis zulässig ist.

Die historische Auslegung der deutschen Vorschriften ergibt: Um die nachhaltige und innovative Beschaffung zu stärken, hat sich das Kabinett der Bundesregierung eindeutig für die Möglichkeit eines pauschalen Verweises im Rahmen der Leistungsbeschreibung positioniert. *„Auftraggeber sollen bei der Beschreibung der Leistung und bei der Festlegung von Zuschlagskriterien – anders als bisher – unter bestimmten Voraussetzungen pauschal auf Gütezeichen (Labels) verweisen können.“*¹⁷⁴ Ebenso äußert sich der Referatsleiter des zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.¹⁷⁵ Der Gesetzgeber formuliert eine solch eindeutige Zulässigkeit des pauschalen Verweises allerdings in der späteren Regelung und der Gesetzesbegründung nicht; er lehnt sie aber auch nicht ab. Damit kann auch nach der VgV ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen zur Beschreibung der Leistung zulässig sein.¹⁷⁶

5.3.1.3 Systematische Auslegung

Die Zulässigkeit von pauschalen Verweisen im Rahmen der Leistungsbeschreibung ist auch mit Hilfe der Einordnung des § 31 VgV in den Gesamtzusammenhang (systematische Auslegung) zu klären. So sind neben den Vorgaben zu materiellen Anforderung in § 31 VgV auch die Regelungen zu den formellen Nachweismöglichkeiten in § 34 VgV („Nachweisführung durch Gütezeichen“) zur Auslegung heranzuziehen. § 34 VgV lautet:

–Rechtsprechung“ des EuGH in Teilen kodifiziert. Da der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerb durch die zwingende Vorgabe bestimmter Gütezeichen erheblich einschränken kann, knüpft Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU an deren Verwendung strenge Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind § 34 nachgebildet.“

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“, Rn. 63 und 64.

¹⁷¹ Vgl. Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 20.

¹⁷² Die englische Fassung von § 43 Richtlinie 2014/24/EU spricht von „to refer to particular labels“, was dem Wortlaut der deutschen Übersetzung entspricht.

¹⁷³ Vgl. Auch Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 20: Der europäische Gesetzgeber habe mit Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU eine Abkehr vom Max-Havelaar-Urteil des EuGH vollzogen.

¹⁷⁴ Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1.15 „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“, S. 5.

¹⁷⁵ Solbach, in: Pünder/ Prieß (2015), 142 (144).

¹⁷⁶ So auch Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19. Einen pauschalen Verweis ablehnend: Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 3. Wirner in: Willenbruch/ Wieddekind (2018), Vergaberecht, § 34 VgV Rn.2.

„(1) Als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 verlangen.

(2). [...]

(3). Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.“

Nach § 34 Abs. 1 VgV kann die öffentliche Beschaffungsstelle von den bietenden Unternehmen verlangen, die Erfüllung von Vorgaben der Leistungsbeschreibung nach § 31 VgV durch Vorlage eines Gütezeichens i.S.v. § 34 VgV nachzuweisen. Püstow schließt aus der Zusammenschau von § 31 VgV und § 34 VgV, dass Gütezeichen nicht nur dazu dienen, den formalen Nachweis für die Erfüllung von Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erbringen, sondern auch zur Konkretisierung der Vorgaben in der Leistungsbeschreibung genutzt werden können.¹⁷⁷ Er begründet dies mit der Pflicht der öffentlichen Beschaffungsstellen, die betreffenden Kriterien eines Gütezeichens anzugeben, wenn nicht alle Kriterien eines Gütezeichens gefordert werden (§ 34 Abs. 3 VgV). Diese Verpflichtung wäre überflüssig, wenn die Beschaffungsstelle in jedem Fall verpflichtet ist, alle Anforderungen in der Leistungsbeschreibung im Einzelfall zu konkretisieren.¹⁷⁸ Ein weiteres Argument sieht Püstow darin, dass die Bedingungen an die zulässige Verwendung von Gütezeichen in § 34 Abs. 2 VgV alleine zu Nachweiszwecken überflüssig wären angesichts der Anforderungen zum Inhalt der Leistungsbeschreibung in § 34 Abs. 3 VgV.¹⁷⁹

Um ein vollständiges Bild zu ermitteln, ist auch der Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu betrachten. In § 32 SektVO, § 7a EU Abs. 6 VOB/A, § 24 UVgO finden sich gleichlautende bzw. vergleichbare Normen, die zur Auslegung herangezogen werden können.¹⁸⁰ Deren Regelungsgehalt innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung entspricht dem § 34 VgV. Die Normen zur Leistungsbeschreibung sind dem des § 31 VgV vergleichbar. Die einschlägigen Kommentare zu § 32 SektVO, § 7a EU Abs. 6 VOB/A, § 24 UVgO nehmen keine Stellung zur aufgeworfenen Fragestellung¹⁸¹ bzw. verweisen auf die Kommentierung zu § 34 VgV.¹⁸²

Die systematische Zusammenschau des § 31 VgV mit dem § 34 VgV legt die Zulässigkeit eines pauschalen Verweises auf Gütezeichen nahe.

5.3.1.4 Teleologische Auslegung

Die Nachweisführung mit Gütezeichen gemäß § 34 VgV soll – wie unter Abschnitten 5.3.1.2 und 5.3.1.3 ausgeführt – der Vereinfachung und Beschleunigung des Vergabeverfahrens und damit der Effizienzsteigerung dienen. Diese legt die Zulässigkeit eines pauschalen Verweises auch zum Zweck der Leistungsbeschreibung nahe. Denn damit kann zweifelsohne eine Bau-, Dienst- oder Lieferleistung präzise beschrieben werden, ohne alle Kriterien in der Leistungsbeschreibung aufzuführen. Keineswegs entfällt so aber die vorab geschaltete Prüfung der Leistungskriterien für den konkreten Einzelfall. Die öffentliche Beschaffungsstelle darf wegen des Übermaßverbotes keine unangemessenen hohen Umweltaanforderungen an den Beschaffungsgegenstand stellen. Die umweltbezogenen Einschränkungen müssen mit dem Nutzen des verfolgten Zweckes

¹⁷⁷ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 4.

¹⁷⁸ So auch Evermann in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19.

¹⁷⁹ Ebenda.

¹⁸⁰ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 1.

¹⁸¹ Ley / Wankmüller (2017), § 24 UVgO.

¹⁸² Wirner in: Willenbruch / Wiedekind, Vergaberecht, § 34 VgV Rn.2., Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19.

abgewogen werden und müssen gerechtfertigt sein. Um den Einwand der Missachtung des Übermaßverbotes¹⁸³ entgegenzuwirken, muss die öffentliche Beschaffungsstelle in jedem Einzelfall prüfen, ob die Kriterien eines Gütezeichens an die Ware/Leistung zum Wert der Beschaffung verhältnismäßig gegenüber stehen. Maßgeblich sind zunächst auch strategische Kriterien, insbesondere der Umfang der Beschaffung, die Erfüllbarkeit der Kriterien und die mit dem Gütezeichen zu erwartenden Wirtschaftlichkeit des Angebots.

Die Auswahl der Kriterien und deren Gewichtung liegen aber im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle. Ob dabei pauschal auf ein Gütezeichen verwiesen wird, oder dessen Kriterien in der Leistungsbeschreibung gelistet werden, spielt letztlich für deren Verhältnismäßigkeit keine entscheidende Rolle. Eine verhältnismäßige Auswahl wird nicht durch einen pauschalen Verweis unverhältnismäßig, sondern bleibt inhaltlich gleich. Es empfiehlt sich aber unbedingt, diese Prüfung ausführlich zu dokumentieren. So kann die öffentliche Beschaffungsstelle nachweisen, dass sie sich mit den Anforderungen auseinandergesetzt hat und so ihr Auswahlermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

Ein pauschaler Verweis ist nach der teleologischen Auslegung zulässig.

5.3.1.5 Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Schließlich muss ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen mit dem vorrangigen EU-Recht vereinbar sein. Maßstab sind sowohl das Primärrecht als auch das Sekundärrecht.

Das europarechtliche Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass die Anforderungen in der Ausschreibung vorab allgemein verbindlich und öffentlich zugänglich bekannt gegeben werden. Allen Marktteilnehmern müssen dieselben Informationen erhalten bzw. offen stehen. Welche Anforderungen an die Leistungsbeschreibung aus diesen abstrakten Maßstäben folgen, hat der EuGH 2012 – allerdings noch zur Rechtslage vor dem Erlass der Richtlinie 2014/24/EU - in der MAX HAVELAAR-Entscheidung konkretisiert.¹⁸⁴ Der EuGH forderte, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Kriterien detailliert auflisten muss: *„Im Übrigen ist die dem öffentlichen Auftraggeber auferlegte Verpflichtung, die detaillierten Umwelteigenschaften, die er vorschreiben will, auch dann ausdrücklich anzugeben, wenn er die für ein Umweltzeichen festgelegten Eigenschaften verwendet, nicht nur weit von jedem übermäßigen Formalismus entfernt, sie ist auch unerlässlich, um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen, ohne dass sie also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein Umweltgütezeichen geltenden Kriterien ausgesetzt sind.“*

Ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen ist nach dem EuGH nicht möglich, da er nicht dem Transparenzgebot genüge. Denn die technischen Spezifikationen erschließen sich den bietenden Unternehmen nicht aus der Leistungsbeschreibung, sondern diese müssen in den einschlägigen Gütezeichen recherchieren und die Anforderungen dort entnehmen. Im Gegensatz dazu hat der EuGH in der genannten Entscheidung die Verweisungen auf Rechtsnormen in der Leistungsbeschreibung gebilligt. Die Leistungsbeschreibung muss nicht Normvoraussetzungen aufzählen, sondern es kann pauschal auf die Norm im EU-Recht verwiesen werden.¹⁸⁵

¹⁸³ Halstenberg / Klein (2017), S. 469.

¹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

¹⁸⁵ Im Fall MAX HAVELAAR ging es auch um die Frage, wie detailliert im Leistungsverzeichnis der Verweis auf Rechtsnormen zu erfolgen hat, welche die Leistung beschreiben. Ausgeschrieben waren Erzeugnisse, die aus ökologischem Landbau stammen sollten. Der EuGH hielt ein Verweis im Leistungsverzeichnis auf das einschlägige Unionsrecht – im Fall die Öko-Landbau-Verordnung Nr. 2092/91 oder einer späteren, diese ersetzende Verordnung – für ausreichend. Eine ausführliche Aufzählung sämtlicher Vorschriften der Öko-Landbau-Verordnung war hingegen nicht notwendig gewesen.

In Anbetracht der Billigung von Verweisen innerhalb der Leistungsbeschreibung auf Normen des Unionsrechts und vor dem Hintergrund der digitalen Informationspraxis (siehe auch E-Government) ist die Ablehnung eines pauschalen Verweises auf (private) Gütezeichen aber fragwürdig. Das Argument des EuGH, dass es bei einem pauschalen Verweis auf ein Gütezeichen von den „Zufälligkeiten einer Informationssuche“ abhängt, ob man als Unternehmen die notwendigen Anforderungen finde, ist nicht für alle Gütezeichen überzeugend.¹⁸⁶ Wieso soll es möglich sein auf eine Rechtsnorm zu verweisen, aber nicht auf Kriterien eines Gütezeichens, die den Anforderungen des Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 1 Richtlinie 2004/18/EG (nunmehr Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU bzw. in Deutschland § 34 VgV) genügen? Auch auf Gütezeichen i.S.v. Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU kann im Wege einer statischen Verweisung eindeutig referenziert werden, wie z. B. durch die Bezeichnung einer bestimmten Internetadresse, dem Ausgabedatum und der Fundstelle des Gütezeichens (z. B. einem Internetlink).¹⁸⁷ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgebot wird durch ein solches Vorgehen Rechnung getragen. So werden alle anbietenden Unternehmen auf die für die Ausschreibung referierten Kriterien eines Gütezeichens verwiesen und können sich durch eine Internetrecherche schnell und präzise einen Überblick verschaffen. Es ist nicht ersichtlich, welchen wesentlichen Unterschied es für das Verständnis der Leistungsbeschreibung seitens der anbietenden Unternehmen macht, ob auf die Vergabekriterien von Gütezeichen i.S.v. Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU pauschal verwiesen wird oder ob sämtliche Vergabekriterien des Gütezeichens in die Leistungsbeschreibung übernommen werden. Die Anforderungen in Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU (bzw. § 34 Abs. 2 VgV) stellen ja gerade sicher, dass alle Unternehmen die Vergabekriterien einsehen können und sich an der Vergabe des Gütezeichens beteiligen können (siehe ausführlicher zu den Anforderungen an Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV unten in Abschnitt 5.3.5.3).

Das Primärrecht der EU steht einem pauschalen Verweis auf Gütezeichen i.S.v. Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU zur Leistungsbeschreibung nicht entgegen.¹⁸⁸ Auch die sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien 2014/24/EU etc. stehen der Verwendung nicht entgegen (siehe die Ausführungen oben in Abschnitt 5.3.1.2).

5.3.1.6 Ergebnis

Die Auslegung von § 31 VgV i.V.m. § 34 VgV ergibt, dass ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer Leistung oder Ware möglich ist, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird. Ob es sich um eine pauschale Verweisung (ohne eine abstrakte Beschreibung der Leistung) oder um eine Verweisung zur Konkretisierung der Leistung (konkretisierende Verweisung) handelt, wird bis auf die Ausführungen von Püstow¹⁸⁹ nicht in der Literatur unterschieden. Nach hier vertretener Auffassung sollte auch ein pauschaler Verweis möglich sein. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Nachweis in Form eines Gütezeichens erbracht werden kann, aber nicht auf diese verwiesen werden kann. Das Transparenzgebot steht dem nicht entgegen.

¹⁸⁶ Im Ergebnis ist diese Richtung auch zu finden in: Kompass Nachhaltigkeit, Konformitätsprüfung mit § 34 VgV, S. 1; Thiele, in: Gabriel/ Mertens/Prieß/Stein: Vergaberecht, VgV, § 34 Rn. 6; Evermann, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 34 Rn. 19.

¹⁸⁷ Diese Möglichkeit führen auch Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014, S. 81, an: „durch Verweis auf bestimmte Abschnitte einer Vergabegrundlage für das Umweltzeichen Blauer Engel“:

¹⁸⁸ Anderer Auffassung Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn 4. Püstow hält es weiterhin für notwendig, dass öffentliche Beschaffungsstelle die technischen Spezifikationen so präzise umschreiben, dass sie für ein fachkundiges Unternehmen ohne Lektüre des Gütezeichens verständlich sind. Hingegen kann für die Konkretisierung der Anforderungen auf Gütezeichen verwiesen werden.

¹⁸⁹ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 4.

Praxistipp:

Beschaffungsstellen können zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer Leistung oder Ware pauschal auf Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV verweisen, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird.

Das Umweltzeichen Blauer Engel und seine Vergabekriterien erfüllen grundsätzlich die Maßgaben des § 34 Abs. 2 VgV. Um auf entsprechende Vergabekriterien zu verweisen, bietet sich eine Verlinkung zu den Vergabekriterien¹⁹⁰ des zu beschaffenden Produkts an.

Einen Überblick über noch weitere Umweltzeichen bietet die „Datenbank Umweltkriterien“ auf der Internetseite des Umweltbundesamtes¹⁹¹. In der Datenbank sind für mehr als 70 Produktgruppen Umweltzeichen sowie weitere Informationen zusammengestellt. Die Einhaltung der Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV ist für die Umweltzeichen fallweise zu prüfen.

5.3.2 Freiwillige Berücksichtigung von Umweltaspekten

Die öffentliche Beschaffungsstelle hat die Möglichkeit, den Beschaffungsgegenstand im Rahmen der Leistungsbeschreibung durch ökologische Kriterien zu konkretisieren. In diesem Fall haben die bietenden Unternehmen die entsprechenden ökologischen Anforderungen zwingend mit der Angebotsabgabe zu erfüllen und nachzuweisen. Dies unterscheidet die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung insbesondere von den Zuschlagskriterien. Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien verschafft demjenigen Unternehmen, das sie erfüllt, im Rahmen der Angebotswertung einen zusätzlichen Vorteil, ohne dass die Erfüllung dieser Kriterien zwingend notwendig ist, um den Zuschlag zu erhalten.

Die Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung sind in der Leistungsbeschreibung gemäß § 31 VgV zu formulieren unter Bezugnahme auf

- ▶ Leistungs- oder Funktionsanforderungen¹⁹²,
- ▶ technische Spezifikationen¹⁹³, oder
- ▶ einer Kombination aus beidem.

¹⁹⁰ Herunterzuladen unter: <https://www.blauer-engel.de/de/fuer-unternehmen/vergabekriterien>.

¹⁹¹ Herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/datenbank-umweltkriterien>.

¹⁹² Siehe § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV.

¹⁹³ Die Leistungs- oder Funktionsanforderungen können auch mittels technischer Spezifikationen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 VgV beschrieben werden. Dazu sind die technischen Spezifikationen unter Bezugnahme auf die in Anlage 1 der VgV definierten technischen Anforderungen in folgender Rangfolge anzugeben:

1. nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
2. Europäische Technische Bewertungen,
3. gemeinsame technische Spezifikationen,
4. internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
5. falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten.

Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Definition des Auftragsgegenstandes und seiner näheren Erläuterung in der Leistungsbeschreibung ist zulässig, sofern die Umwelteigenschaften direkt mit den Eigenschaften des zu beschaffenen Produkts verknüpft sind.

Unzulässig sind demgegenüber Anforderungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Produkt stehen, wie es beispielsweise Vorgaben sind, die die Unternehmensführung des Auftragnehmers im Allgemeinen betreffen.¹⁹⁴

Eine wichtige Flexibilisierung des Vergaberechts wird insbesondere durch die Zulässigkeit von Funktions- und Leistungsanforderungen ermöglicht. Funktions- und Leistungsanforderungen können auch und gerade im Bereich der umweltschutzorientierten Beschaffung verwendet werden, um bestimmte Vorgaben hinsichtlich des zu erreichenden Ziels zu machen, dem bietenden Unternehmen aber hinsichtlich der Erreichung dieses Ziels Spielräume zu eröffnen. Hintergrund der Zulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen war die Erkenntnis der Europäischen Kommission, dass die Verpflichtung zu eindeutigen Vorgaben unter Bezugnahme auf klare Normen in der Vergangenheit dazu geführt hatte, dass genormten technischen Lösungen der Vorzug gegeben wurde gegenüber anderen Lösungen und neuen Techniken.¹⁹⁵ Mithin erwies sich die Nichtzulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen als Hindernis für die Innovationskraft öffentlicher Beschaffung.

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft, bestimmte Marken, Patente oder Typen verwiesen werden, wenn dies bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausschließt (gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 VgV). Ausnahmsweise dürfen zuvor genannten Hinweise verwendet werden gemäß § 31 Abs. 6 S. 2 VgV), „*wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann.*“ Dann ist diesem Verweis aber hinzuzufügen „*oder gleichwertig*“.

Zulässig ist es, genaue Anforderungen – auch ökologischer Art – an die ausgeschriebene Leistung zu stellen. Dafür gibt es eine unüberschaubare Vielzahl an Beispielen. So kann die öffentliche Beschaffungsstelle beispielsweise verlangen, dass ein Produkt aus einem bestimmten Material (z. B. Holz statt Plastik) besteht oder bestimmte Inhaltsstoffe nicht enthält (z. B. bestimmte Chemikalien).

Hervorzuheben ist, dass zur Leistungsbeschreibung auch Anforderungen an die Produktionsmethoden entlang des Lebenszyklus gestellt werden dürfen. Mit der Novelle 2016 wurde die Regelung des Art. 42 Abs. 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU nahezu identisch in § 31 Abs. 3 VgV¹⁹⁶ übernommen.¹⁹⁷ Art. 42 besagt: „*Diese Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind [...]*“.

¹⁹⁴ Vgl. zur Unzulässigkeit von allgemeinen Anforderungen an das Verhalten oder die Unternehmenspolitik des Auftragnehmers unter Nr. 2 der Anlage zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen des BMWi vom 17.08.2008, Bundesanzeiger Nr. 12 vom 23.01.2008, mit Änderungen vom 18.01.2012 (BAnz S. 286), mit Änderungen vom 16. Januar 2013 (BAnz AT 24.1.2013 B1) S. 12, herunterzuladen unter: <http://www.bmub.bund.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen-tourismus/produkte-und-umwelt/umweltfreundliche-beschaffung/allgemeine-verwaltungsvorschrift/>.

¹⁹⁵ Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge vom 30.08.2000 KOM (2000) 275, 9 f., Rn. 5.1.

¹⁹⁶ Vergleichbare Regelungen sind in § 7a Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU, § 28 Abs. 2 SektVO und § 15 Abs. 2 KonzVgV enthalten.

¹⁹⁷ Krönke, Christoph (2016), S. 568 (574).

So dürfen bestimmte Produktionsverfahren gefordert werden, wenn sie dazu beitragen, das Produkt zu charakterisieren. Dabei kann es sich um sichtbare oder unsichtbare Charakteristika handeln.¹⁹⁸ So ist von der Europäischen Kommission¹⁹⁹ wie vom Europäischen Gerichtshof²⁰⁰ anerkannt, dass es zulässig ist, Strom aus erneuerbaren Energien auszuschreiben und auch Anforderungen hinsichtlich der genauen Art der Stromproduktion zu stellen, obwohl sich der Strom nicht sichtbar von „konventionellem“ Strom unterscheidet. Seine Charakteristika sind aufgrund der Produktionsweise unterschiedlich. Ebenso verhält es sich mit organisch gewachsenen Lebensmitteln oder dem Ausschluss von Tropenholz, das nicht aus nachhaltiger Bewirtschaftung stammt.

Ein weiterer Aspekt im Rahmen der Erstellung der Leistungsbeschreibung ist die Berücksichtigung von sogenannten „Lebenszykluskosten“. Der Begriff Lebenszykluskosten ist in den neuen EU-Vergaberichtlinien²⁰¹ erstmals legal definiert worden. Auf die Neuerungen, die sich dadurch ergeben werden, wird in Abschnitt 5.5.3.2 näher eingegangen. Bisher wird unter Lebenszykluskosten meist dasselbe wie unter „Total Cost of Ownership (TCO)“ verstanden, d. h. die Summe aller Kosten, die während der Nutzung eines Produkts anfallen. Dies umfasst Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten. Dazu zählen beispielsweise der Energieverbrauch von Geräten, der Wasserverbrauch, der Verbrauch von Hilfs- und Betriebsstoffen (z. B. Tonerkartuschen, Reinigungsmittel, Wasser, Benzinverbrauch) sowie die Aufwendungen zur Entsorgung der Produkte. Diese sind einerseits umweltrelevant, andererseits haben sie auch große Auswirkungen auf die Kosten, die die öffentliche Beschaffungsstelle zu tragen hat, wenn diese das Produkt oder die Dienstleistung verwendet bzw. in Anspruch nimmt. Sie stellen also nicht nur eine Umweltanforderung, sondern gleichzeitig einen ökonomischen Faktor dar.

Zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten im Rahmen der Leistungsbeschreibung kann beispielsweise gefordert werden, dass Geräte eine bestimmte Mindestlebensdauer haben, einen bestimmten Stromverbrauch nicht überschreiten oder Gebäude so gebaut werden, dass sie bestimmte Standards, etwa im Hinblick auf Wärmeschutz, Raumheizung oder Klimatisierung einhalten. In diesem Fall müssen die Rahmenbedingungen angegeben werden, mit denen gerechnet wird, also beispielsweise der Energiepreis, die Lebensdauer oder der Diskontsatz. Abgefragt werden müssen dann die notwendigen Parameter wie Energie- oder Wasserbedarf.

¹⁹⁸ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001 KOM (2001) 274 endg., S. 12.

¹⁹⁹ Europäische Kommission (2001), siehe Fn. 198, S. 13.

²⁰⁰ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“).

²⁰¹ So in Art. 83 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU über die Vergabe öffentlicher Aufträge.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (UMS) im Rahmen der Leistungsbeschreibung (technische Spezifikationen)

Es ist davon abzuraten ein UMS, wie z. B. EMAS als technische Spezifikation eines Produktes oder einer Dienstleistung zu fordern.

Hingegen kann die öffentliche Beschaffungsstelle die EMAS-Umwelterklärung als Nachweis für bestimmte umweltbezogene Eigenschaften eines Produktes oder einer Dienstleistung anerkennen. In der Regel wird es sich dabei um den Nachweis für herstellungsbezogene Eigenschaften eines Produktes handeln (umweltfreundliche Herstellungsprozesse), die nach § 31 Abs. 3, S. 2 VgV berücksichtigt werden dürfen. Entsprechendes gilt für den Unterschwellenbereich nach § 23 Abs. 2, S. 2 UVgO und für Baudienstleistungen gem. § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

Alle in der Umwelterklärung enthaltenen Aussagen sind durch einen Umweltgutachter bzw. eine Umweltgutachterin bestätigt und öffentlich zugänglich. Den Inhalten einer Umwelterklärung kommt daher eine besondere Qualität zu. Die Erklärung ist als Nachweis durch eine Konformitätsbewertungsstelle i.S.v. § 33 VgV zu verstehen.

5.3.3 Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten

Teilweise wird die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte im Rahmen der Leistungsbeschreibung bereits verbindlich geregelt.

5.3.3.1 Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen

Die verbindliche Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte gilt nach § 67 VgV bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen, bei denen solche Waren, Geräte oder Ausrüstungen zum Einsatz kommen. Gemäß § 67 Abs. 2 VgV sollen bei diesen Beschaffungsvorgängen in der Leistungsbeschreibung folgende Anforderungen an die Energieeffizienz gestellt werden:

- a) das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
- b) soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung.

Wie der Begriff „sollen“ zeigt, sind die genannten Vorgaben bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren bzw. Dienstleistungen bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung grundsätzlich zu beachten, sofern nicht ein begründeter Ausnahmefall vorliegt.²⁰² Die öffentliche Beschaffungsstelle hat bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren bzw. Dienstleistungen daher in der Leistungsbeschreibung entsprechende Mindestanforderungen in Bezug auf die Energieeffizienz festzulegen.

Zudem ist die Beschaffungsstelle nach § 67 Abs. 3 VgV verpflichtet, in der Leistungsbeschreibung oder an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen von den Unternehmen folgende Informationen zu verlangen:

²⁰² Die Vorgaben des § 67 ff. VgV gelten erst für die Erstellung der Leistungsbeschreibung, d. h. wenn die öffentliche Beschaffungsstelle sich für einen bestimmten Auftragsgegenstand entschieden hat. Bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes verbleiben der Beschaffungsstelle dagegen ein Leistungsbestimmungsrecht und ein Gestaltungsspielraum. So auch Zeiss (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (203).

„1. konkrete Angaben zum Energieverbrauch, es sei denn, die auf dem Markt angebotenen Waren, technischen Geräte oder Ausrüstungen unterscheiden sich im zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig, und

2. in geeigneten Fällen a) eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder b) die Ergebnisse einer Buchstabe a vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.“

5.3.3.2 Beschaffung von Straßenfahrzeugen

Nach § 68 VgV **müssen** öffentliche Beschaffungsstellen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen²⁰³ den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen einbeziehen. Dazu muss sie entweder in der Leistungsbeschreibung Vorgaben zu Energieverbrauch und Umweltauswirkungen aufnehmen oder den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen in den Zuschlagskriterien berücksichtigen.

Zumindest müssen hierbei folgende Faktoren, jeweils bezogen auf die Gesamtkilometerleistung des Straßenfahrzeugs im Sinne der Tabelle 3 der Anlage 2 der VgV, berücksichtigt werden:

1. Energieverbrauch,
2. Kohlendioxid-Emissionen,
3. Emissionen von Stickoxiden,
4. Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
5. partikelförmige Abgasbestandteile.

Diese Faktoren können als Ausschluss- oder Bewertungskriterien berücksichtigt werden. Ausschlusskriterien müssen nach einer Marktrecherche der öffentlichen Beschaffungsstelle festgelegt werden. Werden die Emissionen als Bewertungskriterien herangezogen, sind die Kosten über die Lebensdauer nach den Anlagen 2 und 3 der VgV zu berechnen. Hilfestellungen zur Berechnung der Lebenszykluskosten (LCC) bietet z. B. das Umweltbundesamt und ICLEI/Öko-Institut (siehe nachfolgenden Exkurs). Das Finden des „richtigen“ LCC-Tools erleichtert der LCC-Toolpicker der Universität der Bundeswehr München und des Kompetenzzentrums innovative Beschaffung.

²⁰³ Davon ausgenommen sind nach § 68 Abs. 4 VgV Straßenfahrzeuge, die für den Einsatz im Rahmen des hoheitlichen Auftrags der Streitkräfte, des Katastrophenschutzes, der Feuerwehr und der Polizei des Bundes und der Länder konstruiert und gebaut sind (Einsatzfahrzeuge). Bei der Beschaffung von Einsatzfahrzeugen werden die Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 berücksichtigt, soweit es der Stand der Technik zulässt und hierdurch die Einsatzfähigkeit der Einsatzfahrzeuge zur Erfüllung des in Satz 1 genannten hoheitlichen Auftrags nicht beeinträchtigt wird.

Exkurs: Berechnungshilfen für Lebenszykluskosten

Mit dem Excel-Tool des Umweltbundesamtes können bis zu fünf verschiedene Beschaffungsvarianten bewertet werden. Es berücksichtigt alle wesentlichen Kostenkategorien, wie Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten. Neben einem produktunabhängigen LCC-Tool bietet das Umweltbundesamt auch verschiedene produktspezifische LCC-Tools an, z. B. für Multifunktionsgeräte, Computer und Rechenzentren. Die Tools können über die Internetseiten des UBA heruntergeladen werden: www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten. Ferner gibt es einen Lebenszyklus-Tool-Picker der Universität der Bundeswehr München und des Kompetenzzentrums innovative Beschaffung, unter: <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1>.

Mit dem LCC-Tool von ICLEI/Öko-Institut lassen sich neben den Lebenszykluskosten für eine Vielzahl von Produktgruppen gleichzeitig die entstehenden CO₂-Emissionen darstellen. Dabei können neben Emissionen aus der Nutzungsphase auch solche berücksichtigt werden, die bei der Herstellung, dem Transport oder der Entsorgung entstehen (so genannte „graue Emissionen“): www.smart-spp.eu/index.php?id=7633. Die jährlichen CO₂-Emissionen können ebenfalls in den produktspezifischen LCC-Tools des Umweltbundesamtes ermittelt werden.

Hilfestellung zur Berechnung der Lebenszykluskosten gibt ferner ein Excel-Tool das hier kostenfrei herunter geladen werden kann: <http://gpp-proca.eu/de/downloads/berechnungshilfen>.

Einsatzfahrzeuge, z. B. von Polizei oder Feuerwehr, sind von der Anwendung des § 68 Abs. 1 bis 3 VgV ausgenommen, es sei denn, der Stand der Technik lässt es zu und die Einsatzfähigkeit wird nicht beeinträchtigt (gemäß § 68 Abs. 4 VgV).

Die dargestellten Regelungen zu Straßenfahrzeugen finden sich auch in § 59 SektVO. Dort ist jedoch kein Ausnahmetatbestand für Einsatzfahrzeuge definiert.

5.3.3.3 Weitere verpflichtende Bedingungen

Gemäß dem gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten²⁰⁴ darf die Bundesverwaltung nur Holzprodukte beschaffen, die nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis kann durch Vorlage eines FSC-, PEFC- oder eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweis erbracht werden.

Bundesdienststellen müssen nach den Artikeln 1 und 2 Abs. 3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Produkte und Dienstleistungen das Lebenszykluskostenprinzip einhalten (siehe Abschnitt 5.5.3.2).

Eine weitere verbindliche Regelung enthält § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)²⁰⁵. Danach sind Bundesbehörden insbesondere dazu verpflichtet, bei der Beschaffung zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können,

²⁰⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22.12.2010.

²⁰⁵ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz - KrWG) vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 4. April 2016 (BGBl. I S. 569) geändert worden ist.

- die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen,
- die im Vergleich zu anderen Erzeugnissen weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder
- die durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling aus Abfällen hergestellt worden sind.²⁰⁶

5.3.4 Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“

Sollen Anforderungen im Vergabeverfahren berücksichtigt werden, die einem strategischen Ziel dienen – wie der sozialen, umweltfreundlichen oder innovativen Beschaffung – kann dies im Rahmen der technischen Spezifikation, den Zuschlagskriterien und den Ausführungsbedingungen geschehen. In allen drei Fällen müssen die gestellten Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen.

Nach § 97 Abs. 3 GWB und § 31 Abs. 3 VgV kann die Beschaffungsstelle auch Kriterien der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Kriterien in der Leistungsbeschreibung berücksichtigen. Dabei sind auch Prozesse oder Methoden zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder für ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette erfasst. Dies gilt auch, wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“ stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Allerdings existieren nur wenige konkrete Anhaltspunkte um das Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen“ zu bestimmen:

Dazu zählen auf jeden Fall die Einhaltung der Grundfreiheiten, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie das Diskriminierungsverbot, die in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB und § 127 Abs. 4 GWB geregelt sind.

Generell wird von einem weiten Verständnis des Merkmals ausgegangen, das einen begründeten Sachzusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand für erforderlich und ausreichend hält.²⁰⁷ So haben die öffentlichen Beschaffungsstellen nach ständiger Rechtsprechung einen weiten Ermessensspielraum bei der Bestimmung von Kriterien für die Zuschlagserteilung, sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Die historische Auslegung bestätigt das weite Verständnis des Begriffs. In Art. 23 Abs. 6 der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG war ein Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterium und Auftragsgegenstand erforderlich. Die Aufnahme des Kriteriums „Umwelteigenschaften“ als Zuschlagskriterium in § 53 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG, war ein Kompromiss zwischen einer Formulierung, die einen direkten Zusammenhang der Umwelteigenschaft mit dem Auftragsgegenstand voraussetzte und einer, die jegliche Umweltauswirkung des Auftragsgegenstandes genügen lassen sollte.²⁰⁸ Nach der Ablösung der Richtlinie durch die Richtlinie 2014/24/EU, welche durch das GWB in nationales Recht umgesetzt wurde, müssen

²⁰⁶ Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 KrWG.

²⁰⁷ Gesetzesbegründung zum VergRModG 2016, BT-Drucks. 18/6281, S. 112.

²⁰⁸ Dageförde (2012), Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Rn. 200.

Auftragsgegenstand und Zuschlagskriterium miteinander „in Verbindung“ stehen. Die Neufassung lockert dem Wortsinn nach die Anforderungen an den Sachzusammenhang. Ein „Zusammenhang“ verlangt eine höhere Kohärenz als eine „Verbindung“.

Gemäß dem Diskriminierungsverbot müssen die Umweltkriterien so gestaltet sein, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Angaben des bietenden Unternehmens im Angebot effektiv auf ihre Richtigkeit nachprüfen kann. Ferner müssen die Kosten für die Erfüllung eines Umweltkriteriums kalkulierbar sein, um bei jedem Angebot das Preis-Leistungs-Verhältnis berechnen zu können. Eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand besteht, z. B. wenn das Kriterium den Prozess der Herstellung oder Bereitstellung einer Ware oder Leistung charakterisiert.²⁰⁹ Ausreichend ist, wenn die Eigenschaft zum Beschaffungsgegenstand in einem beliebigen Stadium seines Lebenszyklus in Konnexität steht.²¹⁰ Die Qualität der eigentlichen Ware oder Leistung muss dadurch nicht beeinflusst werden, z. B. im Fall einer ressourcenschonenden Produktion oder dem Verzicht auf giftige Chemikalien bei der Herstellung.

Die Verbindung ist in zeitlicher Hinsicht auf die Auftragsdauer zu beschränken. Werden Anforderungen so gestellt, dass das bietende Unternehmen dadurch langfristig und über den Auftragszeitraum hinaus gebunden wird, müssen die Anforderungen zum Auftrag verhältnismäßig sein. Erforderlich sind ein entsprechend langer Auftragszeitraum und eine nicht nur geringfügige Auswirkung des Umweltkriteriums auf den Gesamtcharakter des Angebots.²¹¹ Unzulänglich ist es, als Zuschlagskriterium ein dauerhaftes umweltpolitisches oder soziales Engagement des Bieters zu verlangen, das zeitlich oder im Umfang über den Auftragsgegenstand hinausgeht.²¹² Damit würde das Unternehmen über den Auftrag hinaus zur Einhaltung dieser Aspekte verpflichtet werden. Ein konkreter Auftragsbezug besteht dann nicht mehr, wenn die gesamte Tätigkeit des Unternehmens berücksichtigt werden soll. Dann ist nämlich nicht mehr der Charakter des konkreten Herstellungsprozesses maßgeblich, so dass ein ausreichender Sachzusammenhang nicht anzunehmen ist.²¹³

Eine Aufstellung, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine hinreichend konkrete Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht, ist aufgrund der Vielzahl der Anknüpfungspunkte nur schwer möglich.

Bejaht wurde er für den Umweltaspekt „Transportentfernung“, da davon die Immissionen der Transportfahrzeuge maßgeblich beeinflusst werden.²¹⁴ Grundsätzlich kann davon jedes Lebenszyklusstadium von Herstellung, Bereitstellung bis Entsorgung betroffen sein. Damit können aber auch räumliche Beziehungen indirekt zu Zuschlagskriterien gemacht werden, wenn dieser Faktor beträchtlich ins Gewicht fällt. Anzunehmen dürfte dies bei fahrtintensiven und langfristigen Transport- und Lieferaufträgen sein. Handelt es sich nur um einen einmaligen oder kurzweiligen Lieferbeziehung, wird die Transportentfernung eher nicht zu berücksichtigen sein. Bei einer einmaligen Herstellung können nur unverhältnismäßige Beschaffungswege negativ berücksichtigt werden.

²⁰⁹ Vgl. den 97. Erwägungsgrund Richtlinie 2014/24/EU; Voppel, in: Voppel/ Osenbrück/Bubert (2018), VgV, § 58 Rn. 11.

²¹⁰ Hövelberndt, in: Reidt / Stickler / Glahs (2017), Vergaberecht, § 127 GWB Rn. 83.

²¹¹ V.Bechtolsheim, in: Gabriel / Mertens / Prieß / Stein (2017): BeckOK Vergaberecht, GWB, § 127, Rn. 31., Voppel, in: Voppel/ Osenbrück/Bubert (2018), VgV, § 58 Rn. 14 zur Voraussetzung der Einstellung Langzeitarbeitsloser als sozialpolitisches Kriterium bei einem personalintensiven und langfristigen Auftrag des Unternehmens.

²¹² Opitz, in: Burgi / Dreher (2016): Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 127 GWB Rn. 102. EuGH, Urteil vom 10.05.2012 – C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

²¹³ Mutschler-Siebert/ Kern in: Gabriel / Krohn / Neun (2017): Handbuch Vergaberecht, § 32 Rn. 40.

²¹⁴ OLG Rostock, Beschluss vom 30.05.2005 – 17 Verg 4/05.

Nicht in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. generelle Anforderungen an die Umweltpolitik des Unternehmens, allgemeine Ausbildungsquoten oder die generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen). Eine indirekte Beeinflussung der Unternehmenspolitik des bietenden Unternehmens durch die Vergabe ist aber unschädlich. Gestaltet ein bietendes Unternehmen seine betriebsinternen Abläufe, z. B. seinen Maschinenpark insgesamt umweltfreundlicher, weil es langfristig nur Aufträge öffentlicher Stellen mit energieeffizienten Maschinen ausführen will, stellt dies eine unternehmerische Entscheidung dar, die im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe nicht schädlich ist.

5.3.5 Nachweisführung durch Bescheinigungen und Gütezeichen

Eine öffentliche Beschaffungsstelle kann zum Nachweis, dass die Anforderungen der Leistungsbeschreibung eingehalten sind, verschiedene Nachweise verlangen, wie die Einhaltung von nationalen oder europäischen technischen Normen (z. B. des DIN oder der CEN), der Bescheinigung durch Konformitätsbewertungsstellen (§ 33 VgV) oder durch bestimmte Gütezeichen (vgl. § 34 VgV, § 32 SektVO und § 7a EU Abs. 6 VOB/A). In allen Fällen muss die öffentliche Beschaffungsstelle aber – wie bislang – auch gleichwertige Normen oder Gütezeichen zulassen; am besten durch den Zusatz „oder gleichwertig“. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann auch für einzelne Leistungsanforderungen unterschiedliche Nachweise zulassen.

5.3.5.1 Gütezeichen im Sinn der VgV

Was unter dem Begriff „Gütezeichen“ im Sinn der VgV zu verstehen ist, wird nicht ausdrücklich in der Vergabeverordnung definiert. Auch die Richtlinie 2014/24/EU enthält keine Definition. Nach allgemeinsprachlicher Definition im Duden handelt es sich bei Gütezeichen um ein auf „*einer Ware angebrachtes Zeichen, durch das die Überprüfung einer Güte bestätigt wird.*“²¹⁵ Nach einer wirtschaftlichen Definition handelt es sich um „*grafische oder schriftliche Kennzeichnung von Angeboten, die dem Verbraucher eine bestimmte Güte und Qualität signalisieren.*“²¹⁶ Nach beiden Definitionen handelt es sich um eine Kennzeichnung, die auf dem Produkt angebracht sein muss. Separate Erklärungen (z. B. in einem Begleitschreiben) oder Bescheinigungen, die nicht auf dem Produkt angebracht sind, fallen danach nicht unter den Begriff „Gütezeichen“. Gütezeichen sind unabhängig von dem Ziel der Güteaussage: Es kann sich um die Güte in Bezug auf die Einhaltung von Umwelt-, Sicherheits- oder Qualitätsstandards handeln oder um soziale Standards, die bei der Herstellung einzuhalten sind.²¹⁷ Die begriffliche Eingrenzung der Gütezeichen auf Produkte, ist nach der Richtlinie 2014/24/EU nicht vorgesehen. So erläutert Art. 2 Nr. 24 den Begriff „Gütezeichen-Anforderungen“ als: „*die Anforderungen, die ein Bauwerk, eine Ware, eine Dienstleistung, ein Prozess oder ein Verfahren erfüllen muss, um das betreffende Gütezeichen zu erhalten.*“. Gütezeichen können sich demnach auf Gegenstände oder Dienstleistungen sowie auf Verfahren und Prozesse beziehen. Allerdings ist aufgrund der fünf Anforderungen für Gütezeichen in § 34 Abs. 2 VgV zu schließen, dass nur bestimmte Gütezeichen den Regelungen der VgV unterfallen sollen (siehe dazu Abschnitt 5.3.5.3).

²¹⁵ Siehe den Eintrag im Duden, herunterzuladen unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Guetezeichen> (so am 15.09.2016). Der Duden verwendet außerdem den synonymen Begriff „Gütesiegel“.

²¹⁶ Siehe den Eintrag in Gabler Wirtschaftslexikon, herunterzuladen unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/73534/guetezeichen-v7.html>.

²¹⁷ Einen Überblick und Vergleich von Umwelt- und Sozialsiegeln bieten die Seiten „Siegelklarheit“ (herunterzuladen unter: <https://www.siegelklarheit.de/home> (so am 31.01.2018)) und „Kompass Nachhaltigkeit“ (herunterzuladen unter: <http://oeffentlichebeschaffung.kompass-nachhaltigkeit.de/> (so am 31.01.2018)). Letzteres ist speziell für Beschafferinnen und Beschaffer entwickelt worden.

Weiterhin lassen sich Gütezeichen danach unterscheiden, wie die Kriterien erstellt werden und wer die Zeichen vergibt (Zeichengeber). So können die Kriterien und Vergaberegelungen für Gütezeichen durch private Normen festgelegt werden, wie z. B. durch das DIN oder die RAL. Sie können aber auch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geregelt sein, wie z. B. im Fall der Pflichtkennzeichnung des Energieverbrauchs nach dem Energieverbrauchskennzeichnungs-gesetz.²¹⁸ Ein besonderer Fall bilden dabei die Vergabebedingungen des Blauen Engels, die zwar in staatlicher Verantwortung festgelegt werden, aber nicht aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift.²¹⁹ Die Anforderungen in § 34 Abs. 2 VgV differenzieren nicht danach, ob die Vergabekriterien von privaten oder öffentlich-rechtlichen Stellen festgesetzt werden und/oder vergeben werden, so dass beide Formen anwendbar sind.

Weiteren Aufschluss zum Begriffsverständnis von Umweltzeichen kann die privatrechtliche Normierungsreihe der ISO 14020 „Umweltkennzeichnungen und -deklarationen – allgemeine Grundsätze“²²⁰ bringen.²²¹ Die ISO unterscheidet zwischen drei Arten von Umweltzeichen²²²:

- ▶ Typ-I-Umweltzeichen (ISO 14024): Dabei handelt es sich um zertifizierte Umweltzeichen, bei denen die Verantwortung für die Zeichenvergabe bei einer von der Zeichennehmerin/vom Zeichennehmer unabhängigen Stelle liegt. Ziel ist es, besonders umweltverträgliche Produkte innerhalb einer Produktgruppe auszuzeichnen. Umweltzeichen nach dem Typ I der ISO 14024 sind z. B. der „Blaue Engel“, das europäische Umweltzeichen oder das nordische Umweltzeichen „Nordic Swan“.
- ▶ Typ-II-Umweltkennzeichnung (ISO 14021): Im Unterschied zum Typ-I handelt es sich hier um eine selbstdeklarierte Umweltkennzeichnung durch Hersteller oder den Handel. Die Zeichen konzentrieren sich häufig auf eine spezifische ökologische Produkteigenschaft. Die zugrundeliegenden Kennzeichnungskriterien sind nicht notwendigerweise in einem größeren Kreis abgestimmt und eine Zertifizierung durch Dritte findet nicht statt.
- ▶ Typ-III-Umweltkennzeichnung (ISO/TR 14025): Diese Produktkennzeichnung soll professionellen Kunden (wie z. B. Beschaffungsstellen, Gewerbe oder Handel) einen Überblick über die Umweltauswirkungen eines Produkts entlang seines Lebenswegs geben. Die Vergabekriterien beruhen auf einer Lebenszyklusanalyse mittels Ökobilanz. Ebenso wie bei Typ-I erfolgt die Zeichenvergabe durch eine unabhängige Stelle. Bislang wurden diese Kennzeichen vor allem für Bauprodukte erstellt, siehe z. B. <https://ibu-epd.com/> (so am 31.01.2018).

Ob es sich bei den drei Kennzeichnungstypen der ISO um Gütezeichen im Sinn der VgV handelt, ist anhand der Anforderungen in § 34 Abs. 2 VgV zu bewerten (zu den Anforderungen im Einzelnen und einer beispielhaften Anwendung auf den Blauen Engel, siehe Abschnitt 5.3.5.3). § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV verlangt, dass die Anforderungen an das Gütezeichen von einem Dritten festgelegt werden, auf den der Zeichennehmer keinen maßgeblichen Einfluss ausübt. Da dies bei

²¹⁸ Siehe dazu in Abschnitt 3.2.4.

²¹⁹ Lell, Otmar (2003): Umweltbezogene Produktkennzeichnungen im deutschen, europäischen und internationalen Recht; vgl. auch die allgemeine Rechtsprechung zum „Blauen Engel“: Oberlandesgericht Köln, GRUR 1988, S. 55 und Landgericht Köln GRUR 1988, S. 53.

²²⁰ Der englische Normtitel lautet: „Environmental labels and declarations - General principles (ISO 14020:2000); German version EN ISO 14020:2001.“

²²¹ Die Normen können käuflich erworben werden, z. B. unter: <https://www.beuth.de/de/norm/din-en-iso-14020/43910597>.

²²² Vgl. auch Umweltbundesamt (2014): Umweltfreundliche Beschaffung: Schulungsskript 3 - Einführung in die Verwendung von Produktkriterien aus Umweltzeichen, S. 10; herunterladen unter: http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/umweltfreundliche_beschaffung-script_3.pdf.

Selbstdeklarierungen (Typ-II-Kennzeichnungen) in der Regel nicht der Fall ist, sind sie keine Gütezeichen i.S.d. VgV. Dagegen ist bei Umweltzeichen des Typs I davon auszugehen, dass es sich um entsprechende Gütezeichen handelt.

Beim EMAS-Gütesiegel²²³ handelt es sich nach hier vertretener Auffassung nicht um ein Gütezeichen im Sinn der VgV. Denn mit dem EMAS-Zertifikat wird der Umweltmanagementprozess in einem Unternehmen bewertet, der der Verbesserung der Umweltleistungen des ganzen Unternehmens dient (vgl. Art. 1 Abs. 2 EMAS-Verordnung²²⁴). Es handelt sich bei EMAS demnach nicht um ein spezifisches Gütezeichen für eine Ware oder Leistung, sondern um einen Beleg zur Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements eines Unternehmens insgesamt gemäß § 49 VgV (siehe Abschnitt 5.4.4).

Anzumerken ist noch, dass die Verwendung des Begriffs „Gütezeichen“ in der deutschen Regelung zu Missverständnissen führen kann. So ist der Begriff „Gütezeichen“ in Deutschland wettbewerbsrechtlich geschützt und wird seit 1925 von RAL Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung (RAL) verwendet. Besser wäre es deshalb gewesen den Begriff „Kennzeichnung“ oder „Zeichen“ in Anlehnung an den englischen Wortlaut der Richtlinie 2014/24/EU „label“ zu verwenden. Jedenfalls ist – wie oben ausgeführt – der Begriff „Gütezeichen“ i.S.d. Vergabeverordnung weiter zu verstehen und umfasst sämtliche Gütezeichen.

5.3.5.2 Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV)

Nach dem Wortlaut der Regelung zu Gütezeichen in Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU darf die öffentliche Beschaffungsstelle *„[...] in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür verlangen, dass die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen den geforderten Merkmalen entsprechen, [...]“*. § 34 Abs. 1 VgV spricht hingegen von Belegen für *„in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen“*. Dies umfasst die Verwendung von Gütezeichen zum Nachweis von technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen als Bestandteile der Leistungsbeschreibung, auch wenn diese in der VgV nicht ausdrücklich erwähnt sind.

Ebenso wie nach der alten Rechtsprechung müssen die Gütezeichen aber bestimmte Voraussetzungen in § 34 Abs. 2 VgV²²⁵ erfüllen. Diese Voraussetzungen decken sich im Wesentlichen mit der Regelung in Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18/EG. Nach der alten Rechtslage musste die öffentliche Beschaffungsstelle die Kriterien des Umweltzeichens, die sie für den Nachweis der Leistung verwenden wollte, im Einzelnen angeben.²²⁶ Mit der Einführung des § 34 VgV wurde eine Erleichterung für die öffentlichen Beschaffungsstellen geschaffen; sie können nun ausdrücklich Gütezeichen als Nachweis verlangen. Verlangt die öffentliche Beschaffungsstelle ein bestimmtes Gütezeichen, muss sie gemäß § 34 Abs. 4 VgV auch Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen, dies gilt insbesondere für Gütezeichen der anderen EU-Mitgliedstaaten.

²²³ Siehe die Internetseite zu EMAS unter: <http://www.emas.de/ueber-emas/>.

²²⁴ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS III) Abl. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

²²⁵ Siehe auch Art. 43 Abs. 1 Buchstaben a bis e Richtlinie 2014/24/EU.

²²⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX-HAVELAAR“, Rn. 63 ff. Kloepfer, Michael (2015): Das Beschaffungs- und Vergabewesen als Instrument des Umweltschutzes, EurUP 2015, S. 214 (217).

Die Beschaffungsstelle kann statt des gesamten Gütezeichens aber auch nur einzelne Kriterien eines Gütezeichens als Nachweis verlangen (§ 34 Abs. 3 VgV)²²⁷. Sie hat also ein Wahlrecht.²²⁸ Die Kriterien des Gütezeichens muss die Beschaffungsstelle dann konkret benennen und kann nicht pauschal auf das Gütezeichen verweisen. Ferner muss das jeweilige Kriterium selbst die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllen, d.h. es muss insbesondere mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sein, die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu bestimmen. Die Möglichkeit auf einzelne Kriterien eines Gütezeichens zu verweisen, kann die Beschaffungsstelle auch dann in Anspruch nehmen, wenn einzelne Kriterien eines Gütezeichens nicht den Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV entsprechen und somit nicht pauschal auf das gesamte Gütezeichen verwiesen werden darf. Diese Option ergibt sich auch aus Art. 43 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Nach dem Absatz 2 darf auf das gesamte Gütezeichen kein Bezug genommen werden, wenn im Gütezeichen Kriterien enthalten sind, die nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.²²⁹ In diesem Fall kann die Beschaffungsstelle auf detaillierten Spezifikationen des Gütezeichens oder gegebenenfalls auf Teile davon verweisen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu bestimmen.

Im Ergebnis erfahren die öffentlichen Beschaffungsstellen durch die Novelle des Vergaberechts 2016 Erleichterungen bei der Nachweisführung. So dürfen sie nun ausdrücklich von den Unternehmen zum Nachweis der technischen Spezifikationen, der Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen die Vorlage bestimmter Gütezeichen fordern, sofern die Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllt sind. Ferner können sie auch nur auf bestimmte Kriterien eines Gütezeichens verweisen, solange diese Kriterien, die Voraussetzungen von § 34 Abs. 2 VgV erfüllen.

5.3.5.3 Anforderungen an Gütezeichen

Der § 34 Abs. 2 VgV stellt Anforderungen an Gütezeichen, die zum einen die Kriterien des Gütezeichens betreffen (Nummern 1 und 2 des § 34 Abs. 2 VgV) und zum anderen das Verfahren zur Aufstellung und Vergabe der Gütezeichen beschreiben (Nummern 3 bis 5 des § 34 Abs. 2 VgV). Die Regelung entspricht nicht wörtlich den Anforderungen aus Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU, deckt sich aber inhaltlich weitestgehend damit. Während die Richtlinie die am Verfahren zu beteiligenden interessierten Kreise beispielhaft aufzählt – dazu zählen staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen – fehlt diese Aufzählung in der deutschen Vorschrift. Die Bundesregierung hat in § 34 Abs. 2 VgV keine zusätzlichen Anforderungen gegenüber der EU-Richtlinie erlassen. Die Vorgaben des § 34 Abs. 2 VgV decken sich darüber hinaus mit den nach alter Rechtslage geltenden Anforderungen in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009.²³⁰ Neu ist gegenüber der Regelung in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 die Anforderung in § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV, wonach der Zeichennehmer keinen maßgeblichen Einfluss auf die Vergabestelle des Gütezeichens haben darf. Ferner mussten die Zeichenkriterien nach alter Rechtslage auf der „Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden“. Nunmehr wird in § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV gefordert, dass sie „auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien“ beruhen. Inhaltlich dürfte deshalb insofern keine neue

²²⁷ § 34 Abs. 3 VgV lautet: „Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.“

²²⁸ Püstow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV, Rn. 11; Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV, Rn. 48 ff.

²²⁹ Art. 43 Abs. 2 lautet: „Erfüllt ein Gütezeichen die Bedingungen gemäß Absatz 1 Buchstaben b, c, d und e, schreibt aber gleichzeitig Anforderungen vor, die mit dem Auftragsgegenstand nicht in Verbindung stehen, so verlangen die öffentlichen Beschaffungsstellen nicht das Gütezeichen als solches, sie können aber technische Spezifikationen unter Verweis auf die detaillierten Spezifikationen dieses Gütezeichens oder gegebenenfalls Teile davon festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale dieses Auftragsgegenstands zu definieren.“

²³⁰ Vgl. zur alten Rechtslage: Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014, S. 38 ff.

Anforderung bestehen, als wissenschaftliche Kriterien ohnehin objektiv nachprüfbar sein müssen. Neu ist hingegen, dass die Zeichenkriterien diskriminierungsfrei sein müssen; dies war bislang nur für die Vergabekriterien zwingend vorgeschrieben. Beziehen sich die Vergabekriterien auf einzelne Zeichenkriterien bzw. auf das Gütezeichen insgesamt, ist dieser Schluss jedoch geboten.

Im Folgenden soll anhand von Beispielen aufgezeigt werden, wie die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV an die Vergabekriterien auszulegen sind:

1. Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 VgV in Verbindung.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift müssen die Anforderungen, die das Gütezeichen an die Leistungsmerkmale stellt, zwei Kriterien erfüllen: Sie müssen geeignet sein, um den Auftragsgegenstand zu beschreiben, und sie müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen nach § 31 Abs. 3 VgV. Daraus folgt, dass Gütezeichen dann nicht als Nachweis für die Einhaltung der Leistungsbeschreibung gefordert werden dürfen, wenn nur eine Anforderung nicht den Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV entspricht.

2. Zum Merkmal „Geeignet zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes“:

Um zu überprüfen, ob die Kriterien des Blauen Engel zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes geeignet sind, kann auf die entsprechenden Anforderungen für die technischen Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung nach dem Vergaberecht Bezug genommen werden. Das Vergaberecht verlangt, eine „hinreichend genaue und allgemein verständliche“ Beschreibung des Auftragsgegenstandes. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann dazu zwischen vier Arten von Leistungsbeschreibungen gem. § 31 VgV wählen (siehe Abschnitt 5.3.2):

- die einfache Beschreibung der Leistung durch „verkehrsübliche Bezeichnungen“;
- die funktionale Leistungsbeschreibung, in der Teile der Planung und Konzeption der Leistung auf das bietende Unternehmen übertragen werden;
- die konstruktive Leistungsbeschreibung, in der die Vergabestelle die Realisierung des vorgegebenen Ziels durch wesentliche Merkmale und konstruktive Einzelheiten eingrenzt; sowie
- Mischformen der vorgenannten Formen.

Verwendet der Blaue Engel eine der vorgenannten vier Formen zur Beschreibung der Anforderung in den Gütezeichen, sind diese auch geeignet im Sinne des § 34 Abs. 2 VgV. Im Fall von allgemein formulierten Anforderungen im Blauen Engel, z. B. zur Gebrauchstauglichkeit, ist von einer einfachen Beschreibung der Leistung durch „verkehrsübliche Bezeichnungen“ auszugehen. So z. B. wenn *„die Verlegeunterlagen [...] den üblichen Qualitätsanforderungen an die Gebrauchstauglichkeit entsprechen [müssen] und hierbei die Anforderungen der entsprechenden Produktnormen zu erfüllen haben. Bezüglich Geh- und Trittschall ist der Stand der Technik zu erfüllen“* (aus DE-UZ 156 für emissionsarme Verlegeunterlagen für Bodenbeläge)²³¹.

²³¹ Herunterzuladen unter: <https://www.blauer-engel.de/de/produktwelt/bauen/verlegeunterlagen>.

3. Zum Merkmal „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“:

Nach § 31 Abs. 3 VgV können die Merkmale auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind. Damit können auch Faktoren, die kein materieller Bestandteil der Leistung sind, in der Leistungsbeschreibung gefordert werden, wie z. B. die Einhaltung von IAO-Arbeitsnormen.²³² Nicht in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen).²³³

Eine Leistungsanforderung steht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht. Nach dem 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU werden als Beispiel für Anforderungen, die einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen: „[...] die Beschreibung der Ware und ihrer Präsentation, einschließlich Anforderungen an die Verpackung [...]“ genannt. Weitergehende Abgrenzungskriterien sind aber der Gesetzgebung nicht zu entnehmen (siehe ausführlicher in Abschnitt 5.3.4)

In der Rechtsprechung sind folgende Kriterien aufgestellt worden:

- Der EuGH betont, dass öffentliche Beschaffungsstellen nach ständiger Rechtsprechung einen weiten Ermessensspielraum haben bei *„der Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung [...], sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.“*²³⁴ Es liegt demnach in der Entscheidungsbefugnis der öffentlichen Beschaffungsstelle bei einer Leistungsanforderung einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand zu begründen.²³⁵
- Im Fall MAX HAVELAAR hat der EuGH als weitere Anforderung an Zuschlagskriterien vorgegeben, dass *„die Festlegung dieser Kriterien [...] insofern vom Auftragsgegenstand ab[hängt], als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen“*, wobei das *„wirtschaftlich günstigste Angebot“* das mit dem *„besten Preis-Leistungs-Verhältnis“* ist.²³⁶ Demnach müssen die Kosten für die Erfüllung eines Kriteriums kalkulierbar sein, um bei jedem Angebot das Preis-Leistungs-Verhältnis berechnen zu können. Finanzielle Zusatzlasten, die sich weder im Leistungsgegenstand niederschlagen noch leistungsbegleitende Elemente enthalten, sind danach unzulässig.²³⁷

²³² Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu § 31 Abs. 3 im VergRModG.

²³³ BT-Drucksache. 16/10117 S. 16/17.

²³⁴ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Rn. 37.

²³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf vom 30. Dezember 2010 – VII-Verg 24/10 Rn. 55.

²³⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX-HAVELAAR“, Rn. 86.

²³⁷ So OLG Koblenz Beschluss vom 29. November 2012 – 1 Verg 6/12 Ziffer 5 a) der Beschlussbegründung.

- Gemäß dem Diskriminierungsverbot muss die Anforderung so gestaltet sein, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Angaben des bietenden Unternehmens im Angebot effektiv auf ihre Richtigkeit nachprüfen kann.²³⁸

Aufgrund des weiten Ermessensspielraums, den die öffentliche Beschaffungsstelle hat, um zu bestimmen, welche Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, ist eine pauschale Bewertung der Anforderungen des Blauen Engel nicht möglich. Die Prüfung muss vielmehr für jede einzelne Vergabegrundlage des Blauen Engel bzw. von anderen Gütezeichen erfolgen. Zudem können Anforderungen des Gütezeichens, bei denen zunächst keine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand ersichtlich ist, durch die Zielsetzung einer öffentlichen Beschaffungsstelle doch zu einem solchen Zusammenhang führen.

4. Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien.

Zur Auslegung, inwieweit die Gütezeichen auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, kann an die Anforderungen zur Leistungsbeschreibung angeknüpft werden. Nach § 31 Abs. 6 VgV darf in der Leistungsbeschreibung *„nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden [...]“*. Entsprechend dürfen solche Anforderungen auch nicht in Gütezeichen gefordert werden, damit die Anforderungen des Gütezeichens nicht diskriminierend sind.

Hinterfragt werden kann, ob die öffentliche Beschaffungsstelle bei der Leistungsbeschreibung als Nachweis auf Gütezeichen des Blauen Engels verweisen kann, wenn diese auf Herstellererklärungen beruhen.

Der Nachweisführung mit Gütezeichen, in denen Herstellererklärungen verwendet werden, könnte § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV entgegenstehen. Danach müssen die Anforderungen des Gütezeichens auf „objektiv nachprüfbaren Kriterien“ beruhen. Was unter „objektiv nachprüfbaren Kriterien“ zu verstehen ist, wird weder in der Richtlinie noch in der VgV allgemein definiert. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter „nachprüfbar“ zu verstehen, dass etwas „zugänglich“, „nachvollziehbar“, „kontrollierbar“ ist.²³⁹ „Objektiv“ erfordert eine neutrale Allgemeingültigkeit des Kriteriums. Ein objektiv nachprüfbares Kriterium erfordert deshalb, dass ein Dritter bei Anwendung des Kriteriums zu einem reproduzierbaren, gleichen Ergebnis kommt. Ein ähnliches Verständnis lässt sich auch aus Art. 68 Abs. 2 Buchstabe a Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 59 Abs. 3 Nr. 1 VgV herauslesen. Dort wird im Zusammenhang mit der Methode zur Bewertung von externen Kosten gefordert, dass diese auf objektiv nachprüfbaren Kriterien beruht. Als Ausnahme von dieser Anforderung wird dann im folgenden Satz formuliert: *„Ist die Methode nicht für die wiederholte oder kontinuierliche Anwendung konzipiert worden, so darf sie insbesondere nicht bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise bevorzugen oder benachteiligen.“* Aus der Ausnahme lässt sich schließen, dass die objektiven Kriterien sich durch „wiederholte oder kontinuierliche Anwendung“ auszeichnen. Vor diesem Hintergrund können auch Gütezeichen, die auf Herstellererklärungen beruhen, den Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV genügen, wenn die Angaben in der Herstellererklärung auf objektiv nachprüfbaren Kriterien beruhen. Maßgeblich ist dabei, ob die Angaben des Herstellers von einem Dritten überprüft werden können und zu dem gleichen Ergebnis führen wie in der Herstellererklärung. Die reine Behauptung des Herstel-

²³⁸ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Rn. 72.

²³⁹ Vgl. die Synonyme unter: <http://synonyme.woxikon.de/synonyme/nachpr%C3%BCfbar.php>.

lers, dass ein Kriterium eingehalten wird, ohne nachprüfbare Angaben, dürfte deshalb nicht ausreichen. Ob eine Überprüfung tatsächlich stattfindet, ist insofern zweitrangig, sie muss nur möglich sein.

Ferner spricht für die Zulässigkeit einer Herstellererklärung als Anforderung in Gütezeichen auch die systematische Auslegung der Norm. So müssen die öffentlichen Beschaffungsstellen auch „andere geeignete Belege akzeptieren“ als das geforderte Gütezeichen oder gleichwertige Gütezeichen (gemäß § 34 Abs. 5 VgV).²⁴⁰ Zwar ist die Nachweisführung durch „andere Belege“ an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, aber sie ist grundsätzlich zugelassen, wenn das bietende Unternehmen damit nachweist, dass die zu „erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.“ Diese Regelung kann als Verwirklichung des im Vergaberecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden werden, der eine (auch mittelbare) Diskriminierung von Unternehmen, z. B. aus anderen Mitgliedstaaten verhindern will. Eine solche mittelbare Diskriminierung liegt z. B. vor, wenn bietende Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die Anforderung in einer Leistungsbeschreibung „Vorgaben nationaler Normen für bei der Auftragserfüllung zu verwendender Produkten“ zwar einhalten können, aber unter größeren Schwierigkeiten als die einheimischen Unternehmen.²⁴¹ Überträgt man diesen Gedanken auf die Anforderungen an Gütezeichen, so muss in einem Erst-Recht-Schluss auch in Gütezeichen die Herstellererklärung zulässig sein. Denn ansonsten wären Unternehmen, die den Blauen Engel verwenden, gegenüber Unternehmen, die Gütezeichen mit Herstellerklärungen verwenden oder andere Nachweismöglichkeiten nutzen, benachteiligt. So können die Zeichengebühren bei Gütezeichen, die keine Herstellererklärung erlauben, höher liegen als solchen Gütezeichen mit Herstellererklärung oder einer Herstellerklärung als alleiniger Nachweis.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach der VgV und der Richtlinie 2014/24/EU auch Blauer Engel-Gütezeichen als Nachweis für die Leistungserbringung geeignet sind, wenn die Gütezeichen auf Herstellerklärungen aufbauen, die auf objektiv nachprüfbaren Kriterien beruhen. Nicht ausreichend ist allerdings eine reine Eigenerklärung, die eine nicht weiter belegte Versicherung des bietenden Unternehmens enthält, dass die angebotene Leistung den geforderten Kriterien des Gütezeichens entspricht.²⁴²

5. Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.

Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zu einem Gütezeichen, wenn sie das Gütezeichen für ihr Produkt oder ihre Leistung erwerben können, soweit sie die geforderten Kriterien einhalten. Der Blaue Engel steht prinzipiell allen Herstellern einer Produktgruppe, für die es bestehende Vergabegrundlagen gibt, offen. Dazu kann der Hersteller zunächst selbst prüfen, ob er die Kriterien der jeweiligen Vergabegrundlage einhalten kann. Damit er das jeweilige Gütezeichen erhält, muss er bei der Zeichenvergabestelle, der RAL gGmbH, ein Antrag auf Kennzeichnung mit dem Blauen Engel für das jeweilige Produkt oder die Dienstleistung stellen. Die Anträge können auf Englisch und Deutsch gestellt werden. Die RAL gGmbH prüft anhand der eingereichten Unterlagen, ob der Hersteller die festgelegten Anforderungen einhält und schließt bei positiver

²⁴⁰ Vgl. auch den 74. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU: „Zum Nachweis der Gleichwertigkeit sollte von den Bietern die Vorlage von Belegen verlangt werden können, deren Korrektheit von Dritten bestätigt wurde. Es sollten jedoch auch andere geeignete Nachweise, wie etwa eine technische Dokumentation des Herstellers, zugelassen sein, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu entsprechenden Bescheinigungen oder Prüfberichten oder keine Möglichkeit hat, diese fristgerecht zu beschaffen, sofern er auf diesem Weg nachweist, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen die in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Bedingungen für die Auftragsausführung genannten Anforderungen und Kriterien erfüllen.“

²⁴¹ EuGH, Slg. 1998, 4929, Rn 19f.; Ziekow/ Völlink (2013): Vergaberecht, § 97 GWB Rn 15.

²⁴² Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu § 34 Abs. 5 VgV in der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) in der Fassung des Kabinetts vom 20.1.2016, S. 191.

Prüfung ein Zeichenbenutzungsvertrag mit dem Unternehmen ab.²⁴³ Beim Verfahren zum Erhalt des Blauen Engel sind demnach die Anforderungen an den freien Zugang zum Gütezeichen erfüllt.

6. Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können und die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Von Bedeutung ist, dass § 34 VgV und die Richtlinie 2014/24/EU zwischen der „Festlegung der Anforderungen an das Gütezeichen“ und der konkreten Vergabe des Gütezeichens an einen Zeichennehmer unterscheiden. Diese Unterscheidung spielt bei der beispielhaften Prüfung, ob der Blaue Engel den Anforderungen von § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV genügt, eine Rolle.

Die Jury Umweltzeichen, bestehend aus 16 Mitgliedern, diskutiert und beschließt die Vergabekriterien für die jeweiligen Produktgruppen. Diese Vergabekriterien werden vom Umweltbundesamt erarbeitet.²⁴⁴ Die ehrenamtlichen Mitglieder der Jury sind weisungsfrei und unparteiisch, sie gehören verschiedenen relevanten gesellschaftlichen Gruppen an, wie z. B. den Umwelt- und Verbraucherverbänden, dem Handel, der Industrie, der Forschung sowie zwei Landesministerien (jeweils das Bundesland mit dem Vorsitz der Umweltministerkonferenz (UMK) und dessen Vorgänger). Damit ist die Jury als unabhängiger Dritter im Sinn von § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV zu werten. Ferner werden die Vergabegrundlagen des Blauen Engels in einem offenen und transparenten Verfahren entwickelt, an dem sich alle interessierten Kreise beteiligen können. Nach dem 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU soll das Gütezeichen unter *„Anwendung eines Verfahrens, an dem sich die Akteure – wie Regierungsstellen, Verbraucher, Hersteller, Vertriebsunternehmen und Umweltorganisationen – beteiligen können, definiert und angenommen werden“*. Ferner muss das Gütezeichen *„für alle interessierten Parteien zugänglich und verfügbar“* sein. Die Jury, welche die Anforderungen an die jeweiligen Produktgruppen des Blauen Engels bestimmt, setzt sich – wie oben ausgeführt – aus den im 75. Erwägungsgrund genannten Akteuren zusammen. Zudem sind die Anforderungen des Blauen Engel auf der Webseite frei zugänglich.

Die Unternehmen als Zeichennehmer sind in der Jury nicht selbst vertreten und können über die endgültige Festlegung der Anforderungen des Gütezeichens nicht entscheiden. Sie können aber – wie in § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV vorgesehen – als Teil der *„interessierten Kreise“* bei der Entwicklung des Gütezeichens mitwirken. Das mit dem Umweltbundesamt eine nationale Behörde an der Festlegung der Anforderungen an den Blauen Engel involviert ist, hat keinen Einfluss auf die Stellung der Jury Umweltzeichen oder des Umweltbundesamtes als unabhängiger Dritter, so der 75. Erwägungsgrund der Richtlinie.²⁴⁵

Hinterfragt werden kann, ob ein konkreter Zeichennehmer (Unternehmen) bei der Vergabe eines Blauen Engels einen maßgeblichen Einfluss hat, da die RAL gGmbH neben dem Blauen Engel auch das RAL-Gütezeichen vergibt. Allerdings unterscheiden sich beide Zeichen schon in der Zielsetzung. Während es den Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglicht werden soll, mit dem Blauen Engel gezielt umweltfreundliche Produkte nachzufragen,²⁴⁶ ist der Zweck der RAL-

²⁴³ Vgl. <https://www.blauer-engel.de/de/fuer-unternehmen/wie-bekommen-sie-den-blauen-engel/antragstellung>.

²⁴⁴ Siehe die Zusammensetzung und Befugnis der Jury unter: <https://www.blauer-engel.de/de/der-blaue-engel/wer-steckt-dahinter/jury-umweltzeichen>.

²⁴⁵ Vgl. den 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EG: *„Außerdem sollte klargestellt werden, dass bestimmte nationale oder Regierungsstellen oder -organisationen in die Festlegung der Anforderungen an Gütezeichen einbezogen werden können, die im Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber verwendet werden können, ohne dass diese Stellen oder Organisationen ihren Status als dritte Parteien verlieren.“*

²⁴⁶ Vgl. Grundsätze zur Vergabe des Umweltzeichen Blauer Engel, herunterzuladen unter: <https://www.blauer-engel.de/sites/default/files/pages/downloads/unser-zeichen-fuer-die-umwelt/vergabegrundsaeetze-maerz2011.pdf>.

Gütezeichen, die Qualität von Waren oder Leistungen zu kennzeichnen.²⁴⁷ Auch das Vergabeverfahren unterscheidet sich. Der Blaue Engel wird von der RAL gGmbH vergeben, einer Tochter des RAL Instituts. Unternehmen, die ihr Produkt mit dem Blauen Engel kennzeichnen wollen, stellen bei der RAL gGmbH einen Antrag. Die RAL gGmbH prüft die Einhaltung der Anforderungen und die vollständige Erbringung der Nachweise. Dabei holt die RAL gGmbH vom jeweiligen Bundesland des Antragstellers eine Stellungnahme zur Einhaltung umweltrechtlicher Voraussetzungen ein. Sind alle Vergabevoraussetzungen erfüllt, schließt er mit dem Unternehmen einen Zeichenbenutzungsvertrag. Hingegen sind bei dem RAL-Gütezeichen die Unternehmen, die ein bestimmtes RAL-Gütezeichen nutzen, selbst für die Verleihung und Überwachung verantwortlich. Dazu schließen sich die Unternehmen zu einer Gütegemeinschaft zusammen. Aus diesem Grund handelt es sich beim RAL-Gütezeichen nicht um Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV. Auch unternehmenseigene Gütezeichen (sog. Typ-II-Gütezeichen gemäß ISO 14021) sind keine Gütezeichen i.S. d. § 34 VgV.

Letztlich ist aber die Frage der „konkreten Vergabe von Gütezeichen“ für die Einhaltung der Vorgaben in § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV nicht relevant, da nach § 34 VgV und der Richtlinie der Dritte nur bei der Festlegung der Vergabeanforderungen unabhängig sein muss; über die Vergabe des Gütezeichens und die Überwachung der Vorgaben trifft die VgV und die Richtlinie 2014/24/EU keine Aussagen.

5.3.5.4 Nachweis durch Bescheinigung der Konformitätsbewertungsstelle (§ 33 VgV)

Der Nachweis, dass die technischen Anforderungen eingehalten werden, kann durch eine Bescheinigung der Konformitätsbewertungsstelle oder eine von ihr ausgegebene Zertifizierung erfolgen. Verlangt die öffentliche Beschaffungsstelle die Bescheinigung einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle, so muss sie auch Bescheinigungen gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen anerkennen (§ 33 Abs. 1 S. 2 VgV). Die öffentliche Beschaffungsstelle muss auch andere Nachweise, wie z. B. technische Dossiers des Herstellers zulassen (gemäß § 33 Abs. 2 VgV). Voraussetzung dafür ist, dass das bietende Unternehmen:

- ▶ keinen Zugang zu den geforderten Bescheinigungen einer Konformitätsbewertungsstelle oder zu den Nachweisen gleichwertiger Stellen hatte oder
- ▶ es nicht zu vertreten hat, dass das Unternehmen die Nachweise der Konformitätsbewertungsstelle bis zur Abgabefrist für das Angebot nicht einholen konnte.

In beiden vorgenannten Varianten trägt das bietende Unternehmen die Beweislast, d. h. kann es nicht nachweisen, dass seine angebotene Leistung die technischen Anforderungen einhält, ist es vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

5.3.6 Nebenangebote

Die in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen sind grundsätzlich von allen Angeboten zu erfüllen, damit diese von den öffentlichen Beschaffungsstellen überhaupt gewertet werden dürfen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle ausdrücklich die Abgabe von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen zulässt.

²⁴⁷ Vgl. Nr. 1 der Grundsätze für Gütezeichen, herunterladen unter: http://www.ral-guetezeichen.de/fileadmin/lib/pdf/guete/RAL_Grundsaeetze_fuer_Guetezeichen.pdf.

Nebenangebote bieten eine gute Möglichkeit für öffentliche Beschaffungsstellen, umweltfreundliche Alternativen bei den Unternehmen abzufragen.²⁴⁸ Bietende Unternehmen können z. B. neueste umwelttechnische Varianten anbieten, über die die öffentliche Beschaffungsstelle unter Umständen noch gar nicht informiert ist. Der Begriff „Nebenangebot“ umfasst dabei jede Abweichung vom geforderten Angebot. Auch Änderungsvorschläge sind als Nebenangebote zu betrachten.

Die Zulassung von Nebenangeboten regelt § 35 VgV (bzw. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A). Danach ist die Abgabe von Nebenangeboten nur zulässig, wenn

- ▶ sie von der öffentlichen Beschaffungsstelle ausdrücklich zugelassen wurden,
- ▶ dies in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben ist und
- ▶ die öffentliche Beschaffungsstelle in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festgelegt hat, die von Nebenangeboten zu erfüllen sind.

Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Abgabe von Nebenangeboten nicht zulässig; eingegangene Nebenangebote dürfen von der öffentlichen Beschaffungsstelle nicht gewertet werden.

In der Praxis führt insbesondere die Pflicht zur Nennung von Mindestanforderungen²⁴⁹ zu Problemen, weil die öffentliche Beschaffungsstelle Anforderungen an Nebenangebote formulieren muss, obwohl sie die Nebenangebote naturgemäß noch nicht kennt. Gerade im Bereich innovativer (Umwelt-)Techniken wird diese Vorgabe als ein Hindernis für Nebenangebote angesehen.

5.4 Auswahl geeigneter Unternehmen

Die Anforderungen an die bietenden Unternehmen sind mit der Reform des Vergaberechts 2016 detailliert in den §§ 122 ff. GWB geregelt. Mit der Prüfung der Eignung soll sichergestellt werden, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist. Dies ist zu unterscheiden vom Ausschluss des bietenden Unternehmens aus formalen Mängeln, die in der Vergabeverordnung geregelt sind.

5.4.1 Vergaberechtliche Vorgaben

Öffentliche Beschaffungsstellen müssen die Eignung des Unternehmens zwingend überprüfen, bevor das Angebot überhaupt in die wirtschaftliche Wertung der Angebote einbezogen wird. Entsprechend schreibt § 42 Abs. 1 VgV vor: *„Der öffentliche Auftraggeber überprüft die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 122 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgelegten Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [...] und schließt gegebenenfalls Bewerber oder Bieter vom Vergabeverfahren aus.“* Lediglich im offenen Verfahren kann die öffentliche Beschaffungsstelle entscheiden, ob sie die inhaltliche Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführt (vgl. § 42 Abs. 3 VgV).

Durch die Novellierung wird zwar die Regelung der Eignungsprüfung des bisherigen § 97 Abs. 4 S. 1, Abs. 4a GWB a.F. aufgenommen, aber die Terminologie und Systematik orientiert sich nun

²⁴⁸ Vgl. auch Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung!, S. 37.

²⁴⁹ Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2006, Az. Verg 77/05, herunterzuladen unter: <http://open-jur.de/u/119046.html>.

an Art. 58 Richtlinie 2014/24/EU. Bestand bisher die Eignung aus den vier Elementen Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue, entfallen nunmehr die unbestimmten Rechtsbegriffe „Zuverlässigkeit“ und „Gesetzestreue“.

Die Begriffe „Fachkunde“ und „Leistungsfähigkeit“ bleiben zentrale Bestandteile der Eignungsprüfung und werden nun vollständig und abschließend durch die drei Kategorien in § 122 Abs. 2 GWB n.F.²⁵⁰ ausgefüllt²⁵¹:

- ▶ Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- ▶ wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und
- ▶ technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

An den Beurteilungsmaßstäben, wann ein bietendes Unternehmen in einem Vergabeverfahren wegen Rechtsverstößen ausgeschlossen wird, ändert sich durch die Novellierung allerdings nichts.²⁵²

Die Regelungen in § 122 bis 126 GWB n.F. setzen die Vorschriften in Art. 57 und 58 der Richtlinie 2014/24/EU um. Unterschieden wird dabei zwischen zwingenden Ausschlussgründen in § 123 GWB und fakultativen Ausschlussgründe in § 124 GWB.

5.4.2 Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)

Die öffentliche Beschaffungsstelle muss Unternehmen zwingend vom Vergabeverfahren nach § 123 GWB²⁵³ ausschließen, wenn eine Person, die als „für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat“,²⁵⁴ wegen den in § 123 Abs. 1 GWB aufgezählten Straftaten rechtskräftig verurteilt wurde, oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten wegen diesen Straftaten rechtskräftig festgesetzt wurde. Ferner ist ein Unternehmen auszuschließen, wenn durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, dass das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist (§ 123 Abs. 4 Nr. 1 GWB). Das Unternehmen ist auch auszuschließen, wenn die vorgenannten Ausschlussgründe bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens eintreten; also nach der Eignungsprüfung, aber noch vor Erteilung des Zuschlags.²⁵⁵ Bei Kenntniserlangung nach Zuschlagserteilung hat die öffentliche Beschaffungsstelle ein Kündigungsrecht nach § 133 Nr. 2 GWB.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung davon abgesehen, fakultative Ausschlussgründe der Richtlinie 2014/24/EU als zwingende Ausschlussgründe in § 123 GWB auszugestalten.

²⁵⁰ Entsprechende Regelung in § 6VOB/A-EU.

²⁵¹ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 123.

²⁵² Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 124.

²⁵³ Eine entsprechende Regelung enthält § 6e VOB/A-EU.

²⁵⁴ Das deutsche Strafrecht kennt keine Unternehmensstrafbarkeit, deshalb kann das Unternehmen nur „bestraft“ werden, wenn das Verhalten einer natürlichen Person diesem zugerechnet werden kann. Wann eine Zurechnung erfolgt, ist in § 124 Abs. 3 GWB geregelt.

²⁵⁵ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 126.

5.4.3 Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)

Die fakultativen Ausschlussgründe des § 124 GWB²⁵⁶ stellen es sowohl in das Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle, ob sie das Vorliegen eines Ausschlussgrundes bejahen, als auch, ob sie das bietende Unternehmen im Laufe des Vergabeverfahrens ausschließen, wenn der Ausschlussgrund nachweislich vorliegt.²⁵⁷ Die öffentliche Beschaffungsstelle darf bei Vorliegen der Gründe ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ausschließen. Die öffentliche Beschaffungsstelle muss dabei aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. So können kleinere Unregelmäßigkeiten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Unternehmens führen; während wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten einen Ausschluss rechtfertigen können.

Mit dem § 124 GWB wurde der Katalog der fakultativen Ausschlussgründe des Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Dieser Katalog ist umfangreicher als in Art. 45 Abs. 2 der Vorgänger-Richtlinie 2004/18/EG. Durch die Novellierung ist insbesondere der Ausschluss aufgrund eines nachweislichen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB) nunmehr gesetzlich geregelt. Weitere Ausschlussgründe betreffen Interessenkonflikte i.S.v. § 6 VgV (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB) und – neu hinzugekommen – vorbefasste Unternehmen i.S.v. § 7 VgV, d. h. Unternehmen, die die öffentliche Beschaffungsstelle beraten haben oder auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB).²⁵⁸ Ferner kann ein Unternehmen ausgeschlossen werden, wenn es eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB).

Ist ein zwingender Ausschluss eines Unternehmens nach § 123 GWB nicht möglich, weil z. B. noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt oder eine Straftat begangen wurde, die nicht in § 123 aufgeführt ist und die Integrität des Unternehmens infrage stellt, kann ein fakultativer Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens eines Unternehmens in Betracht kommen. Dies wird durch den Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU klargestellt.²⁵⁹

²⁵⁶ Eine entsprechende Regelung enthält § 6d Abs. 6 VOB/A-EU.

²⁵⁷ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 128.

²⁵⁸ Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016), S. 221 (231).

²⁵⁹ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 130.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) zum Nachweis der Eignung

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB kann die Beschaffungsstelle einen nachgewiesenen Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen durch das bietende Unternehmen zum Anlass nehmen, ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.

Da Umweltmanagementsysteme auch Anforderungen hinsichtlich der Einhaltung umweltrechtlicher Rechtsvorschriften stellen, ist es denkbar, das Vorhandensein eines UMS als Nachweis für das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes § 124 Abs.1 Nr. 1 GWB zu fordern. Allerdings sind die Anforderungen der UMS an die Unternehmen bzgl. der Einhaltung von Rechtsvorschriften unterschiedlich. Deshalb kann nicht bei allen UMS das Vorhandensein eines UMS als Nachweis für den Ausschluss des fakultativen Ausschlussgrundes in Betracht gezogen werden. Während für die EMAS-Registrierung ein Nachweis der Einhaltung umweltrechtlicher Vorschriften vorliegen muss (vgl. Art. 13 Abs. 2 Buchstabe. c EMAS-III-Verordnung), verlangt eine Zertifizierung nach ISO 14001 nur ein Nachweis über das Vorliegen eines Verfahrens, dass die Einhaltung von Rechtsvorschriften überprüft. Mit einer Zertifizierung nach ISO 14001 ist die Einhaltung der Rechtsvorschriften nicht nachgewiesen.

Ist absehbar, dass die öffentliche Beschaffungsstelle diesen fakultativen Ausschlussgrund überprüfen will, sollte bereits in die Vergabeunterlagen ein Hinweis aufgenommen werden, dass der Nachweis für das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes auch durch eine EMAS-Registrierung erfolgen kann.

5.4.4 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Relevant werden umweltbezogene Aspekte im Rahmen der Eignungsprüfung auch bei der Frage der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens (§ 46 Abs. 1 VgV).

Werden Anforderungen an die technische- und berufliche Leistungsfähigkeit bei der Beschaffung von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen oberhalb des EU-Schwellenwertes gestellt, setzt dies **materiell** voraus, dass eine Verbindung zum Auftragsgegenstand bestehen muss und die Anforderung im Hinblick auf Umfang und Art des Auftrags angemessen ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Angemessen sind Anforderungen dann, wenn mit der Durchführung des Auftrags besondere Gefährdungen mit der Umwelt verbunden sind.²⁶⁰

Eine Verbindung wird insbesondere dann angenommen, wenn der Auftragsgegenstand die Einhaltung bestimmter Umweltstandards voraussetzt oder ein bestimmtes Umweltverhalten verlangt, so z. B. wenn:

- ▶ der Auftrag umweltrelevante Tätigkeiten umfasst, die mehr als die Bedeutung einer Hilfstätigkeit haben und das Gesamtbild der Leistung prägen oder
- ▶ die Herstellung des Produkts bzw. die Erbringung der Dienstleistung mit erhöhten Umweltauswirkungen oder einem erhöhten Gefährdungsniveau für die Umwelt einhergehen.

²⁶⁰ Huber/Wollenschläger, WiVerw 2005, S. 212 (222).

In **formeller Hinsicht** enthält § 46 Abs. 3 VgV (§ 6a EU Nr. 3 VOB/A) einen abschließenden Katalog von Belegen, die die öffentliche Beschaffungsstelle zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens fordern darf. Im Hinblick auf einen Umweltbezug sind besonders zu nennen: Referenzen (Nr. 1), entsprechend ausgebildetes Personal (Nr. 2), technische Ressourcen (Nr. 3), spezielle Überwachungssysteme für Lieferketten (Nr. 4) oder die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen (Nr. 7).

Für die umweltfreundliche Beschaffung relevant ist die Möglichkeit der öffentlichen Beschaffungsstelle, von den bietenden Unternehmen Referenzen über die in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen abzufordern (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV); im Fall von Bauvergaben gilt ein Fünf-Jahres-Zeitraum (§ 6a EU Nr. 3 Buchstabe a VOB/A). Die öffentliche Beschaffungsstelle kann auch darauf hinweisen, dass sie Referenzen zu Liefer- und Dienstleistungen berücksichtigt, die länger als drei Jahre zurückliegen, wenn dies für die Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs erforderlich ist. Entsprechende Verlängerungsmöglichkeit gilt für Referenzen zu Bauaufträgen.

Die Beschaffungsstelle ist zudem berechtigt, von den bietenden Unternehmen eine Beschreibung der zur Verfügung stehenden *„technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmens zur Gewährleistung der Qualität sowie der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens“* zu fordern (§ 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV bzw. für Bauaufträge § 6a EU Nr. 3 Buchstabe c VOB/A). Dies kann auch umweltrelevantes Know-how und Ausrüstung betreffen. Wichtig ist jedoch, dass nur solche Nachweise gefordert werden dürfen, die für die technische Leistungsfähigkeit zur Erbringung der konkret ausgeschriebenen Leistung von Bedeutung sind. Insbesondere der Begriff der „Qualität“ ist dabei nach dem MAX HAVELAAR-Urteil des Europäischen Gerichtshofs eng und konkret auf den einzelnen Auftrag bezogen zu verstehen. Nicht zulässig ist es etwa, unter dem Stichwort „Qualität“ allgemeine ökologische oder soziale Aktivitäten der Unternehmen als Eignungskriterien zu berücksichtigen.²⁶¹ Im konkreten Fall hatte die niederländische Provinz Nord-Holland von den bietenden Unternehmen Angaben darüber verlangt, wie sie *„die Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“* einhalten und insbesondere *„zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion“* beitragen.²⁶² Die Niederlande beriefen sich zur Rechtfertigung dieser Anforderung auf Artikel 48 Abs. 2 Buchstabe c) der Richtlinie 2004/18/EG, welcher heute § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV entspricht (damals § 7 EG Abs. 3 Buchstabe b) VOL/A 2009). Der Europäische Gerichtshof wies dieses Argument unter Verweis darauf zurück, dass *„im Kontext dieses Artikel 48 als technische Qualität der Leistungen oder Lieferungen von vergleichbarer Art wie die der Leistungen oder Lieferungen, die den Gegenstand des fraglichen Auftrags bilden, verstanden werden [muss], da der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, von den Bietern zu verlangen, dass sie ihn darüber informieren, wie sie die Qualität dieser Leistungen oder Lieferungen in dem in diesen Buchstaben b, d und j [des Artikel 48 der Richtlinie 2004/18/EG] vorgesehenen Umfang kontrollieren und garantieren“*. Unabhängig davon genügten die von der Provinz Nord-Holland aufgestellten Eignungskriterien nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch nicht dem vergaberechtlichen Grundsatz der Transparenz. Die Kriterien wiesen *„nicht das Maß an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit auf, das alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter in die Lage versetzte, sicher und in vollem Umfang zu wissen, welches die Kriterien sind, die diese Anforderungen umfassen“*.²⁶³

²⁶¹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 107 ff.

²⁶² EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 98.

²⁶³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 110.

Zudem können öffentliche Beschaffungsstellen bei umweltrelevanten Bau- und Dienstleistungsaufträgen zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die „Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet“ verlangen (gem. § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV). Der Wortlaut „während der Auftragsausführung anwendet“ ist hier verwirrend. Klarer wird es, wenn man sich den Gesetzeszweck von § 46 VgV vor Augen hält. Es geht um den **Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit eines bietenden Unternehmens**, also um **unternehmensbezogene** Maßnahmen.²⁶⁴ Die öffentliche Beschaffungsstelle kann nach § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV also die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen verlangen, die das Unternehmen allgemein anwendet – unabhängig vom konkreten Auftrag. Dazu kann die Angabe von einzelnen Maßnahmen zählen wie z.B. Maßnahmen zur Abfallvermeidung oder Energieeffizienz. Es kann aber auch ein komplettes Umweltmanagementsystem, wie EMAS gefordert werden (§49 Abs. 2 VgV).

Mit der Vergaberechtsreform 2016 ist die vorgenannte Möglichkeit nun **auch auf Lieferleistungen** ausgeweitet worden. So differenziert das Gesetz (§ 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV) nicht zwischen Dienst- und Lieferleistungen und spricht nur von „Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet“. Eine Unterscheidung zwischen Dienst- und Lieferleistungen dürfte auch nur insofern bestehen, als dass je nach Auftragsgegenstand der Begründungsaufwand größer oder kleiner ausfällt. Denn auch bei Lieferleistungen und wenn der Auftragsgegenstand schon hergestellt ist, ist ein Sachbezug zwischen den Anforderungen Umweltmanagementmaßnahmen oder ein UMS anzuwenden und dem Auftragsgegenstand denkbar.

Wird das Vorhandensein eines UMS oder bestimmte Umweltmanagementmaßnahmen verlangt, ist die Verbindung zum Auftragsgegenstand jedenfalls dann gegeben, wenn die Umweltmanagementmaßnahmen während der Auftragsausführung angewendet werden sollen. Dies ist allgemein bei sehr umweltrelevanten Tätigkeiten, bei denen sich die Umweltrelevanz schon aus der Natur der Sache oder aus der Leistungsbeschreibung ergibt, von besonderer Bedeutung und sollte so auch in den Eignungskriterien und/oder dem Vergabevermerk deutlich gemacht werden. So sieht die Beschaffungsanordnung Baden-Württembergs z. B. EMAS bei „Aufträge[n], die unter Umweltgesichtspunkten besonders sensibel sind (z. B. besondere Transportleistungen, Reinigung von Containern mit Abfall unbekannter Herkunft, Entsorgung nicht aufzubereitender Reinigungsflüssigkeiten)“ als einen möglichen Nachweis der besonderen Eignung vor.²⁶⁵ Der öffentlichen Beschaffungsstelle kommt hier ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zu, so dass eine Dokumentation der Erwägungen erfolgen muss.

²⁶⁴ Stolz in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 46 VgV Rn. 31.

²⁶⁵ Ziff. 8.6.3. der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VwV Beschaffung) vom 17.3.2015, GABl. 2015, S. 139. Hier erfolgt auch der Hinweis, dass im Rahmen der freihändigen Vergabe gezielt EMAS-registrierte Unternehmen angesprochen werden können.

Als Nachweis kann eine Registrierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS²⁶⁶ oder eine Zertifizierung nach anderen europäischen oder internationalen Normen (z. B. der internationalen privatwirtschaftlichen Norm DIN EN ISO 14001)²⁶⁷ verlangt werden (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VgV bzw. § 6c EU Abs. 2 VOB/A.).²⁶⁸ Einzelheiten sind in § 49 Abs. 2 S. 1 VgV geregelt:

„Verlangt der öffentliche Auftraggeber als Beleg dafür, dass Bewerber oder Bieter bestimmte Systeme oder Normen des Umweltmanagements erfüllen, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so bezieht sich der öffentliche Auftraggeber

1. entweder auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung EMAS der Europäischen Union oder,

2. auf andere nach Artikel 45 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (Abl. L 342 vom 22.12.2009, S. 1) anerkannte Umweltmanagementsysteme oder

3. auf andere Normen für das Umweltmanagement, die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind.“²⁶⁹

Diese Regelung soll vor allem sicherstellen, dass ausländische – unter Umständen auch außereuropäische – Unternehmen nicht diskriminiert werden, indem der Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangt wird, an dem sich solche Unternehmen gar nicht beteiligen können. Dies ist auch Gegenstand des § 49 Abs. 2 S. 2 VgV: „Der öffentliche Auftraggeber erkennt auch gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Staaten an.“

Fordern öffentliche Beschaffungsstellen Umweltmanagementmaßnahmen als Eignungskriterium bei umweltrelevanten Bau-, Dienst- und Lieferleistungsaufträgen, so können sie verlangen, dass Bieterunternehmen dies über die gültige EMAS-Registrierung oder eine andere im Sinne der VgV gleichwertige Zertifizierung nachweisen (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 VgV). Sie können auch eine EMAS-Umwelterklärung oder andere Nachweise gem. § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV zulassen, mit der die Umsetzung der geforderten Umweltmanagementmaßnahme nachgewiesen ist.

²⁶⁶ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS III) Abl. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1 zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2017/1505 der Kommission vom 28. August 2017 zur Änderung der Anhänge I, II und III der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS), Abl. der EU Nr. L 222 vom 29.8.2017, S. 1.

²⁶⁷ Siehe: www.14001news.de/.

²⁶⁸ Entsprechendes gilt für Baudienstleistungen gem. § 6c EU Abs. 2 VOB Teil A.

²⁶⁹ Unter Nr. 3 könnten auch Energiemanagementsysteme fallen.

Gleichwertiger Nachweis durch Qualitätsmanagementnormen?

Ein Umweltmanagement in einem Unternehmen kann Bestandteil des Qualitätsmanagements sein, dies ist jedoch nicht zwingend notwendig. Rückschlüsse auf ein Umweltmanagement lassen sich deshalb aus einer Zertifizierung nach einer Qualitätsmanagementnorm nicht ohne weiteres ziehen. So ist ein Umweltmanagement der Teilbereich des Managements einer Organisation, der sich mit den betrieblichen und behördlichen Umweltschutzbelangen der Organisation beschäftigt. Es dient zur Sicherung einer nachhaltigen Umweltverträglichkeit der betrieblichen Produkte und Prozesse einerseits sowie der Verhaltensweisen der Mitarbeiter andererseits. Die Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001:2000 bezieht sich hingegen auf ein Qualitätsmanagement und beschreibt modellhaft das gesamte Qualitätsmanagementsystem einer Organisation.

5.4.5 Unterauftragnehmer

Beabsichtigt ein bietendes Unternehmen, einen Teil des Auftrags von einem Dritten durch Unterauftragsvergabe ausführen zu lassen, ist zwischen einem Dritten als einfachem Unterauftragnehmer und einem Dritten als qualifiziertem Unterauftragnehmer (mit Eignungsnachweis) zu unterscheiden. Ein **einfacher Unterauftragnehmer** übernimmt selbständig Teile der ausgeschriebenen Leistung des Hauptauftragnehmers, steht aber nur in einem Auftragsverhältnis zum Hauptauftragnehmer und nicht zur öffentlichen Beschaffungsstelle.²⁷⁰ Die öffentliche Beschaffungsstelle kann von dem bietenden Unternehmen verlangen, dass es die Unterauftragnehmer benennt. Für den einfachen Unterauftragnehmer nennt das VgV keine allgemeinen Anforderungen über § 36 VgV hinaus.²⁷¹ Nach § 36 Abs. 1 S. 2 VgV kann die öffentliche Beschaffungsstelle vor Zuschlagserteilung von den in Betracht kommenden bietenden Unternehmen den Nachweis verlangen, dass die erforderlichen Mittel des Unterauftragnehmers zur Verfügung stehen (Verfügbarkeitsnachweis). Dieser Nachweis bezieht sich auf die Verfügbarkeit der erforderlichen Mittel und nicht auf die Leistungsfähigkeit des Unterauftragnehmers.²⁷² Um einen **qualifizierten Unterauftragnehmer** handelt es sich, wenn sich der Hauptauftragnehmer dessen nicht nur zur Leistungserbringung bedient, sondern sich zusätzlich auch auf die Kapazität des Dritten beruft, z. B. dessen technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit gem. §§ 45 und 46. In diesem Fall gelten strengere Anforderungen, so muss er den Dritten mit dem in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweis benennen (gem. § 36 Abs. 1, S. 3 i.V.m. § 47 VgV).

Die vorgenannten Ausführungen gelten auch für weitere Unterauftragnehmer des bietenden Unternehmens.

²⁷⁰ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 36 VgV Rn. 4 ff.

²⁷¹ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 36 VgV Rn. 4.

²⁷² Plauth, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 36 Rn. 37 ff.

5.5 Angebotswertung (Zuschlagskriterien)

5.5.1 Wirtschaftlichstes Angebot

Nachdem die Eignungsprüfung abgeschlossen ist, werden die verbleibenden Angebote gewertet. Den Zuschlag erhält das Angebot, das die vorher aufgestellten Zuschlagskriterien am besten erfüllt. § 127 Abs. 1 S. 1 GWB regelt: *„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“* Entsprechende Bestimmungen finden sich in § 58 Abs. 1 VgV, der besagt: *„Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“* § 58 Abs. 2 VgV macht deutlich, dass nicht der Preis allein entscheidend sein soll: *„Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere: [...]“*. Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich in § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A.

In Deutschland soll also ausdrücklich einem Angebot der Zuschlag nicht allein deshalb erteilt werden, weil es das billigste ist. Vielmehr soll auf der Basis vorher festgelegter und den Unternehmen bekannt gegebener Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt werden. Unter Wirtschaftlichkeit ist zu verstehen, dass es nicht auf den günstigsten Preis, sondern auf die günstigste Relation zwischen der zu erbringenden Leistung und den dafür einzusetzenden Finanzmitteln ankommt (vgl. § 58 Abs. 2 VgV). Der Preis ist dabei ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Kriterium.

Vielmehr können unterschiedlichste Kriterien herangezogen werden, wie die Aufzählung in § 58 Abs. 2 VgV deutlich macht:

„1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,

2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder

3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.“

Als Zuschlagskriterien sind demnach Umwelteigenschaften der Leistung oder Ware ausdrücklich zugelassen.

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist im Rahmen der Zuschlagskriterien aber nicht nur grundsätzlich zulässig – sie ist mittlerweile sogar teilweise verpflichtend:

- Nach § 67 Abs. 2 VgV sind öffentliche Beschaffungsstellen dann, wenn energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung sind, verpflichtet, im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots die Energieeffizienz „angemessen“ zu berücksichtigen. Bei der Beschaffung der genannten energieverbrauchsrelevanten Leistungen hat die öffentliche Beschaffungsstelle zwar grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Auswahl der Zuschlagskriterien. Die Beschaffungsstelle muss die Energieeffizienz jedoch zumindest als eines von mehreren Zuschlagskriterien berücksichtigen (z. B.

durch Wertung der Lebenszykluskosten). Ab wann die Energieeffizienz im Rahmen der Angebotswertung „angemessen“ und damit ausreichend berücksichtigt ist, lässt sich nicht allgemein festlegen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Energieeffizienz bereits durch Mindestanforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung berücksichtigt wurde.²⁷³ Nicht zulässig ist in jedem Fall, dass die Energieeffizienz im Rahmen der Angebotswertung gegenüber den übrigen Zuschlagskriterien marginalisiert wird.²⁷⁴

- Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sind der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen als Zuschlagskriterien angemessen zu berücksichtigen (vgl. dazu Abschnitt 5.5.3.3).

5.5.2 Festlegung der Zuschlagskriterien

Die öffentliche Beschaffungsstelle hat nach § 58 Abs. 3 VgV in den Vergabeunterlagen festzulegen, nach welchen Kriterien sie das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²⁷⁵ sowie der Richtlinie 2014/24/EU²⁷⁶ sind dabei nur solche Zuschlagskriterien zulässig, die

- mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
- der öffentlichen Beschaffungsstelle keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt und
- die den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den davon abgeleiteten Grundsätzen, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sowie der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb, entsprechen.

Jede der genannten Voraussetzungen muss erfüllt sein. Zudem dürfen nur solche Kriterien berücksichtigt werden, die (einschließlich ihrer Gewichtung) in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt werden (gemäß § 58 Abs. 3 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A).

Will die öffentliche Beschaffungsstelle ökologische Kriterien als Zuschlagskriterien verwenden, ist insbesondere von Interesse, wann ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht (dazu im Folgenden 5.5.3) und welche Anforderungen sich aus den vergaberechtlichen Grundsätzen ergeben (dazu im Folgenden 5.5.4). Sind die vergaberechtlichen Grundsätze gewahrt, ist zugleich sichergestellt, dass der öffentlichen Beschaffungsstelle keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird.²⁷⁷ Auf dieses Kriterium wird daher im Folgenden nicht gesondert eingegangen.

²⁷³ Vgl. auch Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (204).

²⁷⁴ So auch Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (204).

²⁷⁵ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“), Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 31, 32; zuletzt EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 86 ff.

²⁷⁶ Vgl. Erwägungsgründe 104 Richtlinie 2014/24/EU.

²⁷⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 87.

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann vom bietenden Unternehmen verlangen, dass es die Einhaltung von Zuschlagskriterien durch Gütezeichen nachweist (siehe Abschnitt 5.3.5.2).

5.5.3 Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums ist zunächst, dass dieses mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt (gemäß § 127 Abs. 3 GWB). Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 127 Abs. 3 GWB:

„Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“

Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich in Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU.²⁷⁸

Bei der Frage, wann ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist, geht der Europäische Gerichtshof vom Zweck dieser Voraussetzung aus. Die Zuschlagskriterien müssten ermöglichen, „das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen, wobei das ‚wirtschaftlich günstigste Angebot‘, das mit dem ‚besten Preis-Leistungs-Verhältnis‘“ sei.²⁷⁹

Ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist jedenfalls gegeben, wenn Eigenschaften berücksichtigt werden, die dem ausgeschriebenen Produkt oder der Dienstleistung unmittelbar anhaften. Das ist der Fall, wenn die Zuschlagskriterien beispielsweise die Inhaltsstoffe oder den Energie- oder Kraftstoffverbrauch des Produkts betreffen.

Exkurs: Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Zuschlagskriterien

Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Bewertungskriterien werden vom Umweltbundesamt für verschiedene Produktgruppen bereitgestellt. Sie können auf folgender Internetseite heruntergeladen werden:

<http://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/empfehlungen-fuer-ihre-ausschreibung>.

²⁷⁸ Diese Bestimmung ist das Ergebnis des Vermittlungsverfahrens zwischen Rat und Parlament. Ein solches war erforderlich, um eine Einigung zwischen den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der einzubeziehenden Umweltauswirkungen zu erreichen. Während die Kommission ursprünglich von einem engen Ansatz ausgegangen war, der nur die Bewertung von Umwelteigenschaften erlaubte, die in einem „direkten Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand“ stehen, wollte der Umweltausschuss die Einbeziehung jeglicher Umweltauswirkungen (z. B. auch der Produktion) zulassen. Der Vorschlag des Ausschusses enthielt keine Einschränkungen hinsichtlich der Kriterien und nannte ausdrücklich die Produktionsmethoden. Der Rat versuchte daraufhin, den Richtlinienvorschlag wieder dahingehend einzuschränken, dass der Zuschlag nur auf das „für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot“ erteilt werden dürfe, was alle Kriterien, die sich nicht unmittelbar auf die betriebswirtschaftliche Beurteilung für die Beschaffungsstelle auswirken, ausgeschlossen hätte. Im Ergebnis stellt die im Vermittlungsverfahren gefundene politische Lösung der „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende(n) Kriterien“ einen Mittelweg dar. Dieser entspricht im Wesentlichen der (recht weiten) bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, namentlich in den Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“, zu der Frage der Zuschlagskriterien.

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 86 unter Verweis auf Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG.

Schwieriger ist die Frage eines Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand dann zu beantworten, wenn als Zuschlagskriterien Umwelteigenschaften berücksichtigt werden sollen, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Besonders relevant ist dies in Bezug auf:

- Produktionsmethoden,
- Lebenszykluskosten oder
- externe Kosten.

Auf diese Fälle wird daher im Folgenden näher eingegangen.

5.5.3.1 Produktionsmethoden

Die öffentliche Beschaffungsstelle darf als Zuschlagskriterien auch solche Kriterien wählen, die die Produktionsphase des Auftragsgegenstandes betreffen (Anforderungen hinsichtlich sogenannter Prozess- und Produktionsmethoden, englisch PPMs).²⁸⁰ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es „nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht“.²⁸¹ Nicht erforderlich ist zudem, dass die Kriterien der öffentlichen Beschaffungsstelle einen (betriebs-)wirtschaftlichen Vorteil bringen.²⁸² Unzutreffend ist damit die Auffassung, die Kriterien müssten eine Werterhöhung zur Folge haben, die der öffentlichen Beschaffungsstelle zugutekommt.²⁸³

Exkurs: Beispiele für zulässige umweltbezogene Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber darf im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigen, ob das Holz, aus dem Büromöbel sein sollen, aus „nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung“ stammt.

Zulässig ist auch die Berücksichtigung von Eigenschaften, die sich nicht sichtbar im Produkt oder in der Dienstleistung niederschlagen. Dazu zählt beispielsweise die Herkunft von zu beschaffendem Strom aus erneuerbaren Energien. Diese Produktionsanforderung hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich in seinem „Wienstrom“-Urteil für zulässig erklärt. Dieses Umweltkriterium durfte auch mit 45 Prozent gewichtet werden.²⁸⁴

²⁸⁰ Zur Zulässigkeit von Produktionsmethoden hat sich auch die 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.4.2002 geäußert. In dem Nachprüfungsverfahren ging es um die europaweite Ausschreibung eines Neubaus. In der Vorbemerkung der Ausschreibung hatte die Vergabestelle dargelegt, es dürften nur Materialien verwendet werden, „die hinsichtlich Gewinnung, Transport, Verarbeitung, Nutzung und Entsorgung eine hohe Gesundheits- und Umweltverträglichkeit aufweisen.“ Als Zuschlagskriterium war Ökologie genannt. Die Vergabekammer entschied ausdrücklich, dass die Berücksichtigung des Energieaufwands bei der Herstellung in der Wertung durch das Kriterium der Umweltverträglichkeit bei der Herstellung des Materials gerechtfertigt sei. Vgl. 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.04.2002, VK 2- 10/02, S. 3, 18.

²⁸¹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 92 unter Verweis auf seine Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“.

²⁸² EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilinen („Concordia Bus“), Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 31, 32.

²⁸³ Anders der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg, 1 VK 25/03, S. 15: „Hieraus folgt, dass der Auftraggeber nur auftragsbezogene Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots heranziehen und nach § 9a VOL/A vorgeben kann. Kriterien, die das umweltpolitische Ziel zum Gegenstand haben, Unternehmen zum Zuschlag zu verhelfen, die umweltgerechte Leistungen anbieten, sind deshalb grundsätzlich unzulässig. Es handelt sich nicht um auftragsbezogene Kriterien, sie fallen unter die Gruppe der vergabefremden Kriterien. Umweltkriterien können ausnahmsweise nur dann als Kriterien zur Angebotswertung herangezogen werden, wenn sie direkt mit der Leistung zusammenhängen, sich auf den Wert der Leistung auswirken und die Werterhöhung unmittelbar dem Auftraggeber zugutekommt.“

²⁸⁴ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 40 - 42.

Nicht zulässig sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hingegen Zuschlagskriterien, die sich auf die allgemeine Einkaufspolitik²⁸⁵ oder ausschließlich auf das allgemeine Umweltverhalten des Unternehmens beziehen, das von seinen Produkten oder Leistungen unabhängig ist.²⁸⁶

Exkurs: Beispiele für unzulässige umweltbezogene Zuschlagskriterien

Nicht auftragsbezogen und damit unzulässig wären etwa der Verzicht auf die Verwendung von Einweggeschirr in der Werkskantine oder die Verwendung von Recyclingpapier in den Büros des bietenden Unternehmens.

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bislang vergleichsweise großzügig einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bejaht. Er erklärte es beispielsweise grundsätzlich für zulässig, die Herkunft eines Produkts aus ökologischer Landwirtschaft oder aus fairem Handel als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.²⁸⁷ Er folgte damit den Anträgen der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof. Diese hatte (in Bezug auf soziale Kriterien) ausgeführt, dass es für eine öffentliche Beschaffungsstelle bei der Ermittlung des Preis-Leistungs-Verhältnisses z. B. durchaus eine Rolle spielen könne, ob die zu liefernde Ware von ihrem Erzeuger zu fairen Bedingungen bezogen wurde oder nicht.²⁸⁸ Folgt man der Argumentation der Generalanwältin zu sozialen Kriterien, haben öffentliche Beschaffungsstellen auch bei der Berücksichtigung ökologischer Kriterien im Rahmen der Zuschlagskriterien erhebliche Handlungsspielräume: Nicht nur die Produktionsweise des gelieferten Endprodukts selbst (z. B. umweltfreundliche Erzeugung von Strom – Ökostrom) darf berücksichtigt werden, sondern auch umweltbezogene Aspekte der gesamten Lieferkette in Bezug auf Vorprodukte eines ausgeschriebenen Produkts dürfen in die Wertung einbezogen werden.

Für unzulässig erklärt hat der Europäische Gerichtshof jedoch in seiner „Wienstrom“-Entscheidung ein Zuschlagskriterium, durch das nicht das Leistungsvermögen des bietenden Unternehmens im Hinblick auf die öffentliche Beschaffungsstelle, sondern im Hinblick auf Dritte bewertet wurde.²⁸⁹ In der Entscheidung ging es um eine österreichische Ausschreibung eines Rahmenvertrags für die Lieferung von Elektrizität für sämtliche im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen des Bundes. Zuschlagskriterium war die „Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen.“ Bewertet wurde, in welchem Umfang das bietende Unternehmen – über die angebotene Ökostromlieferung an die öffentliche Beschaffungsstelle hinaus – Ökostrom an Dritte lieferte. Hier sah der Europäische Gerichtshof keinen Bezug mehr zu der ausgeschriebenen Stromlieferung an die Beschaffungsstelle.

²⁸⁵ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 90.

²⁸⁶ So wird im 97. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass keine Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht bei der „allgemeinen Unternehmenspolitik [...], da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert.“

²⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 89 ff.

²⁸⁸ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 15. Dezember 2011, Rs. C-368/10, Rn. 125.

²⁸⁹ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 67.

5.5.3.2 Lebenszykluskosten

Lebenszykluskosten dürfen als Zuschlagskriterium bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen nach § 59 VgV berücksichtigt werden. Die Berechnungsmethode für die Lebenszykluskosten kann nach § 59 Abs. 2 VgV umfassen: Die Anschaffungskosten, Nutzungskosten (insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen), Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzungsdauer sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der ausgeschriebenen Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann (z. B. Kosten der Emission von Treibhausgasen oder anderen Schadstoffen).

In diesem Kapitel wird zunächst auf die Kosten eingegangen, die von der öffentlichen Beschaffungsstelle getragen werden muss. Die Einbeziehung externer Kosten ist Gegenstand von Abschnitt 5.5.3.3.

Für manche öffentliche Beschaffungsstelle besteht aufgrund verwaltungsinterner Vorgaben eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten, die sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt:

- Bundesdienststellen sind nach den Artikeln 1 und 2 Abs. 3 der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen“ (AVV-EnEff)²⁹⁰ bei der Beschaffung von Dienst-, Liefer- und Bauleistungen verpflichtet, für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes *„neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Nutzungskosten (insbesondere die Kosten für den Energieverbrauch der zu beschaffenden Geräte), die Wartungskosten und die Kosten am Ende der Nutzungsdauer zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip). Die Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, sind nach Maßgabe des § 59 Absatz 2 Nummer 5 und Absatz 3 VgV zu berücksichtigen“*. Der Zuschlag ist dann auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.
- Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin sind aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)²⁹¹ seit dem 1. Januar 2013 verpflichtet, bei der Beschaffung von mehr als drei identischen strombetriebenen Geräten die Lebenszykluskosten der angebotenen Geräte zu ermitteln und im Rahmen der Angebotswertung neben dem Angebotspreis zu berücksichtigen.

Will die öffentliche Beschaffungsstelle im Rahmen der Angebotswertung auch die Lebenszykluskosten der angebotenen Leistung berücksichtigen, hat sie die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu beachten. Entsprechend hat er in den Vergabeunterlagen genau zu definieren, wie die Lebenszykluskosten ermittelt werden sowie auf welche Weise und mit welcher Gewichtung sie in die Angebotswertung eingehen.

²⁹⁰ Siehe Fn. 21.

²⁹¹ Siehe Fn. 137.

In Bezug auf die Ermittlung der Lebenszykluskosten hat die öffentliche Beschaffungsstelle insbesondere folgende Punkte zu definieren:

- ▶ Welche Faktoren fließen in die Berechnung ein (z. B. Stromkosten, etc.)?
- ▶ Werden nur tatsächliche Kosten (z. B. Stromkosten) oder auch externe Kosten (z. B. für Schadstoffemissionen) berücksichtigt?
- ▶ Wie werden die Kosten für die einzelnen Positionen ermittelt (z. B. Vorgabe eines zur Wertung herangezogenen Referenz-Strompreises in ct/kWh, etc.)?
- ▶ Welche Lebensdauer²⁹² wird für die Ermittlung der Lebenszykluskosten zugrunde gelegt?
- ▶ Wird für Zahlungen, die von der öffentlichen Beschaffungsstelle für Verbrauchskosten (z. B. Stromkosten) erst in der Zukunft zu leisten sind, für die Ermittlung der Lebenszykluskosten eine Abzinsung²⁹³ angesetzt (wenn ja: Definition des Diskontierungszinssatzes bzw. des Abzinsungsfaktors)?

Die Vorgaben müssen so klar, eindeutig und sachlich begründet sein, dass sie der öffentlichen Beschaffungsstelle eine eindeutige und nicht diskriminierende Ermittlung der Lebenszykluskosten ermöglicht. Zu diesem Zweck sollte der Ausschreibung ein Berechnungstool beigelegt werden, mit dessen Hilfe die Angebote dann auch schneller verglichen werden können (siehe nachfolgender Exkurs).

Klar zu regeln ist zudem, wie und mit welcher Gewichtung die Lebenszykluskosten in die Angebotsbewertung eingehen. Es bestehen unter anderem folgende Möglichkeiten:

- ▶ Für jedes Angebot wird zu Wertungszwecken ein fiktiver „Gesamtpreis“ aus Anschaffungskosten und Folgekosten (Betriebs- und Verbrauchskosten) über die Lebensdauer gebildet.
- ▶ Die Lebenszykluskosten werden in einer Wertungsmatrix mit einer gewissen Gewichtung neben dem Angebotspreis und gegebenenfalls weiteren Zuschlagskriterien berücksichtigt. In diesem Fall ist insbesondere die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien klar zu definieren (z. B. Kriterien für die Vergabe von Wertungspunkten).

Exkurs: Berechnungshilfen zur Ermittlung von Lebenszykluskosten

Auf der Webseite des Umweltbundesamts sind verschiedene Berechnungshilfen zur Ermittlung der Lebenszykluskosten zusammengestellt, die bei der Umsetzung helfen können:

www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten.

Die Lebenszykluskosten spiegeln sowohl ökonomische als auch ökologische Aspekte wider, da sie auch die Kosten transparent machen, die die öffentlichen Beschaffungsstellen nach Kauf des Produkts zu tragen haben. Die nach der Anschaffung folgenden Kosten können erheblich sein

²⁹² Aus Gründen der Gleichbehandlung muss diese Mindest-Lebensdauer zugleich als technische Spezifikation eine zwingende Mindestanforderung an die anzubietende Leistung sein.

²⁹³ Zur Abzinsung von Verbrauchskosten im Rahmen der Lebenszykluskosten vgl. Umweltbundesamt (2008): Umweltfreundliche Beschaffung, Ökologische & wirtschaftliche Potenziale rechtlich zulässig nutzen, S. 57 ff.

und sogar über dem Anschaffungspreis liegen. Insbesondere bei Geräten, die in der Nutzungsphase viel Energie benötigen (z. B. Fahrzeuge, Informations- und Kommunikationstechnologie, Beleuchtung), ist es ökologisch und ökonomisch sinnvoll, die Lebenszykluskosten (inklusive den Anschaffungskosten) als entscheidendes oder sogar alleiniges Bewertungskriterium heranzuziehen.

Exkurs: Beispiel für die Ermittlung der Lebenszykluskosten (Auszug aus Ziffer 7.1.1 der Berliner VwVBU)

Nach der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU) haben Berliner Einrichtungen und Unternehmen bei der Beschaffung strombetriebener Geräte die Lebenszykluskosten wie folgt zu berücksichtigen:

„Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige, welches insgesamt die niedrigsten Lebenszykluskosten aufweist.

Der Ermittlung der Lebenszykluskosten sind folgende Faktoren zugrunde zu legen:

a) Angebotspreis,

b) die pro Jahr zu erwartenden Stromkosten, die sich als Produkt aus dem für die jährlichen Benutzungsstunden des Gerätes anfallenden Energieverbrauch sowie dem maßgeblichen Strompreis ergeben.

Die öffentliche Beschaffungsstelle gibt die erwartete Lebensdauer des Produkts, die jährlichen Benutzungsstunden sowie den maßgeblichen Strompreis in der Leistungsbeschreibung in den jeweiligen Leistungsblättern im Anhang 1 vor. Die Angaben zum Stromverbrauch des zu beschaffenden Produkts fragt die öffentliche Beschaffungsstelle von den Unternehmen für das jeweilige Produkt ab. Als Bruttostrompreis (Basis 2010) sind 22 Cent pro Kilowattstunde (Ct/kWh) und eine jährliche Preissteigerungsrate von 4 Prozent in der Leistungsbeschreibung anzugeben. Die Stromkosten sind abgezinst anzusetzen. Dies erfolgt durch Diskontierung der Kosten mittels eines Diskontierungszinseszinses in Höhe von 5,5 Prozent. Der Wert dieser zukünftigen Zahlungen wird somit auf einen gegenwärtigen Zeitpunkt bezogen, unter Berücksichtigung von in diesem Zeitraum anfallenden Zinsen. Ausschlaggebend sind die Lebenszykluskosten für die gesamte Lebensdauer, entsprechend müssen die Stromkosten über die gesamte Produktlebensdauer berücksichtigt, diskontiert und anschließend addiert werden.“

Der Anhang zur VwVBU enthält eine Erläuterung sowie Berechnungshilfen zur Berechnung der Lebenszykluskosten bei verschiedenen Waren und Dienstleistungen.

Zur Berechnung der Lebenszykluskosten für strombetriebene Geräte ist wie folgt vorzugehen:

Die jährlich anfallenden Stromkosten sind aus der jährlichen Nutzungsdauer in Stunden, dem Strombedarf des Produkts und dem Strompreis zu ermitteln. Die Stromkosten sind für jedes Jahr der in der Leistungsbeschreibung angegebenen Lebensdauer zu berechnen. Dabei ist zunächst für jedes Jahr die Preissteigerung von 4 Prozent einzuberechnen und dann mit dem jeweiligen Diskontierungsfaktor zu multiplizieren. Bei einem Diskontierungszins von 5,5 Prozent gibt es folgende Diskontierungsfaktoren:

Lebensdauer in Jahren	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Abzinsungs- faktor	1,00	0,95	0,90	0,85	0,81	0,77	0,73	0,69	0,65	0,62

Die diskontierten Betriebskosten der einzelnen Betriebsjahre sowie der Angebotspreis werden addiert. Das Ergebnis sind die gesamten Lebenszykluskosten, die für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots maßgeblich sind, auf welches der Zuschlag zu erteilen ist.

Sonstige Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie externe Kosten bleiben aus Vereinfachungsgründen außer Betracht. Im Einzelfall (z. B. bei Aufzugsanlagen) kann die öffentliche Beschaffungsstelle in der Leistungsbeschreibung jedoch weitere Kostenpositionen wie Betriebskosten und Instandhaltungskosten bei der Berechnung von Lebenszykluskosten einfließen lassen. Hierzu legt die öffentliche Beschaffungsstelle entsprechende einheitliche Anforderungen fest.

5.5.3.3 Externe Kosten

Betriebs- und Folgekosten, die mit der Beschaffung eines Produktes verbunden sind, dürfen von der öffentlichen Beschaffungsstelle ausdrücklich als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (§ 59 Abs. 2 VgV). War es bislang unklar, ob auch externe Kosten im Rahmen der Zuschlagserteilung gewertet werden dürfen, ist dies nun durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU in deutsches Recht in § 59 Abs. 2 Nr. 5 VgV ausdrücklich erlaubt:

„Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach Absatz 3 bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.“

Ein Beispiel für die Berücksichtigung externer Kosten ist die im Bereich der öffentlichen Verkehrsdienste von der Europäischen Kommission erlassene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge. Die Richtlinienvorgaben sind in § 68 VgV sowie in § 59 SektVO in deutsches Recht umgesetzt worden.

Danach sind als Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, den technischen Spezifikationen und als Zuschlagskriterien der Energieverbrauch, die CO₂-Emissionen und die Schadstoffemissionen zu berücksichtigen.²⁹⁴ Dies kann optional auch im Wege der Lebenszykluskostenanalyse erfolgen. Hierfür wird eine detaillierte Methodik zur finanziellen Bewertung und Berechnung der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen festgelegt.

Nach § 68 Abs. 1 VgV bzw. § 59 Abs. 1 SektVO muss die öffentliche Beschaffungsstelle „zumindest“ folgende Energie- und Umweltauswirkungen berücksichtigen:

- ▶ Energieverbrauch,
- ▶ Kohlendioxid-Emissionen,
- ▶ Stickoxid-Emissionen,
- ▶ Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
- ▶ partikelförmige Abgasbestandteile.

²⁹⁴ Während die Energiekosten als Lebenszykluskosten bei der Beschaffungsstelle anfallen, handelt es sich bei den Kosten der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen um reine externe Kosten. Ziel der Richtlinie ist es, den Markt für saubere und energieeffiziente Fahrzeuge zu fördern, sowie den Beitrag des Verkehrssektors zur Umwelt-, Klima- und Energiepolitik der EU zu verbessern (vgl. Art. 1 Richtlinie 2009/33/EG).

Wie die Verwendung des Wortes „zumindest“ aufzeigt, können sowohl nach der Richtlinie als auch nach deren Umsetzung in Deutschland darüber hinaus gehende Vorgaben von den öffentlichen Beschaffungsstellen gemacht werden. Von der Möglichkeit weitere Faktoren in der VgV bzw. SektVO zu benennen, hat der deutsche Gesetzgeber allerdings keinen Gebrauch gemacht.

Die Vergabestelle muss den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen berücksichtigen, indem sie

1. in der Leistungsbeschreibung Vorgaben macht oder
2. diese als Kriterium angemessen bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt.

Die Vergabestellen haben auch die Möglichkeit, Spezifikationen mit höheren Energie- und Umweltleistungen auszuschreiben, als sie im EU-Recht bereits gelten, z. B. bereits erlassene, aber noch nicht verbindlich gewordene Euronormen. Ferner ist es möglich, *„alternativen Kraftstoffen wie etwa Wasserstoff, Flüssiggas (LPG), komprimiertem Erdgas (CNG), und Biokraftstoffen den Vorzug zu geben, sofern die Energie- und Umweltauswirkungen während der gesamten Lebensdauer berücksichtigt werden.“*²⁹⁵

Für den Fall, dass der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen im Rahmen der Zuschlagserteilung finanziell bewertet werden sollen, ist die in Anlage 3 zur VgV bzw. Anlage 4 zur SektVO vorgegebene Berechnungsmethode anzuwenden. Darin werden insbesondere die Daten zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenverkehrsfahrzeugen anfallenden externen Kosten vorgegeben. Es handelt sich um Angaben über den Energiegehalt von Kraftstoffen, die Emissionskosten im Straßenverkehr sowie die Gesamtkilometerleistung von bestimmten Fahrzeugklassen.

Existieren solche rechtlich verbindlichen Vorgaben zur Einbeziehung von Energieverbräuchen oder Umweltauswirkungen hingegen nicht, wird eine solche Bewertung von einzelnen Vergabestellen in der Regel kaum zu leisten sein. Den Beschaffungsstellen sollten deshalb weitere verbindliche Regelungen, z. B. in der Form von Erlassen oder Verwaltungsvorschriften an die Hand gegeben werden (siehe z. B. im Anhang zur VwVBU für die Berechnung der Lebenszykluskosten für Rechenzentren).

5.5.4 Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze

Die öffentliche Beschaffungsstelle hat bei der Auswahl der Zuschlagskriterien nicht nur einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand sicherzustellen, sondern auch die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie die davon abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz zu beachten.

5.5.4.1 Eindeutige Festlegung und Gewichtung der Kriterien

Die öffentliche Beschaffungsstelle ist nach § 58 Abs. 3 S. 1 VgV verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Zuschlagskriterien anzugeben und zu gewichten. Die Gewichtung kann auch mittels einer angemessenen Spanne angegeben werden (§ 58 Abs. 3 S. 2 VgV). Ist eine Gewichtung aus objektiven Gründen nicht möglich, so sind die Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge anzugeben (§ 58 Abs. 3 S. 3 VgV). Erforderlich ist also die Nennung und Gewichtung der Umweltaspekte als Zuschlagskriterien.

²⁹⁵ Vgl. den 21. und 28. Erwägungsgrund der Richtlinie.

Die gewählten Zuschlagskriterien einschließlich umweltbezogener Aspekte dürfen der öffentlichen Beschaffungsstelle insbesondere keine unbegrenzte Entscheidungsfreiheit einräumen. Damit soll verhindert werden, dass sich die öffentliche Beschaffungsstelle durch die Auswahl von Kriterien die Möglichkeit eröffnet, willkürlich zwischen Unternehmen zu entscheiden und damit das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen.

Die öffentliche Beschaffungsstelle darf nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zudem nur solche Kriterien wählen, deren Erfüllung er auch effektiv nachprüfen kann. Kann er dies nicht bzw. erklärt er, keine Nachprüfung vornehmen zu wollen, verstößt er ebenfalls gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da Transparenz und Objektivität des Vergabeverfahrens nicht gewährleistet sind.²⁹⁶ Unzulässig war es nach dem „Wienstrom“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs daher, dass eine öffentliche Beschaffungsstelle auf den konkreten Nachweis der Bezugsquelle für die ausgeschriebene Ökostromlieferung verzichtete, weil seiner Meinung nach kein Unternehmen garantieren könne, dass der Strom tatsächlich aus erneuerbaren Energien stamme.²⁹⁷

5.5.4.2 Diskriminierungsverbot und Einengung auf ein Unternehmen

Die öffentliche Beschaffungsstelle darf durch die Auswahl der Zuschlagskriterien Unternehmen nicht diskriminieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob aus Umweltschutzgründen Zuschlagskriterien zulässig sind, die zu einer Einengung des Unternehmenskreises auf wenige oder ein einzelnes Unternehmen führen.

Im Urteil „Concordia Bus“ hat der Europäische Gerichtshof 2002 zumindest die Einengung des Unternehmenskreises auf wenige Unternehmen durch umweltbezogene Zuschlagskriterien für zulässig erklärt.²⁹⁸ In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Stadt Helsinki den gesamten innerstädtischen Busverkehr schrittweise öffentlich ausgeschrieben. In der Ausschreibung des Beschaffungsamts der Stadt wurden als Kriterien der Gesamtpreis, die Qualität der Busse und das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmens genannt. Das Unternehmen HKL erhielt den Zuschlag für das strittige Los 6 aufgrund der Tatsache, dass die Vergabestelle zusätzliche Punkte für die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen der Busse vergeben hatte.²⁹⁹ Das vorlegende Gericht wollte unter anderem wissen, ob es zulässig sei, in der Ausschreibung Kriterien festzulegen, bei denen von vornherein feststeht, dass nur wenige Unternehmen diese erfüllen können. Im Gerichtsverfahren trug das im Vergabeverfahren unterlegene Unternehmen, die Firma Concordia Bus, vor, dass ihr Konkurrent HKL das einzige Unternehmen gewesen sei, das tatsächlich in der Lage gewesen sei, Busse mit den geforderten Normen anzubieten.³⁰⁰ Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht. Da die Firma Concordia Bus für ein anderes Los den Zuschlag erhalten hatte, konnte sie offensichtlich die Kriterien ebenfalls erfüllen. Damit gab es nicht nur ein Unternehmen, das die Vorgaben einhalten konnte. Die Tatsache, dass nur wenige Unternehmen in der Lage waren, die von der öffentlichen Beschaffungsstelle aufgestellten Kriterien zu erfüllen, stellte für den Europäischen Gerichtshof überdies noch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Die Richter kamen zu dem Ergebnis, dass *„der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung derartiger Kriterien nicht allein deshalb*

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 51.

²⁹⁷ Siehe Fn. 254.

²⁹⁸ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“).

²⁹⁹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 26.

³⁰⁰ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 72.

*entgegen [steht], weil das eigene Verkehrsunternehmen des Auftraggebers zu den wenigen Unternehmen zählt, die in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht.*³⁰¹ Der Gerichtshof stützte dieses Ergebnis nicht auf eine einzelne Bestimmung der Vergaberichtlinien, sondern auf den „Gleichbehandlungsgrundsatz“. Der Gleichbehandlungsgrundsatz „entspricht“ dem Gerichtshof zufolge *„dem Wesen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge, die namentlich die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf den Gebieten fördern sollen, die in ihren jeweiligen Anwendungsbereich fallen, und die Zuschlagskriterien aufstellen, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen [...]“.*³⁰²

Mit der Frage, ob es vergaberechtlich zulässig ist, durch umweltbezogene Zuschlagskriterien den Kreis der Unternehmen, die Chancen auf den Zuschlag haben, faktisch auf ein einziges Unternehmen zu begrenzen, hat sich der Europäische Gerichtshof, soweit ersichtlich, bislang nicht befasst. Zumindest zu der Frage, welche Konsequenzen zu ziehen sind, wenn nach Durchführung der Eignungsprüfung nur noch ein Unternehmen im Verfahren übrig bleibt, nahm der Gerichtshof im Urteil „Fracasso und Leitschutz“ jedoch Stellung.³⁰³ In diesem Verfahren blieb nach dem Ausscheiden von drei mitbietenden Unternehmen nur ein Unternehmen übrig. Die Vergabestelle hob die Ausschreibung auf. Vor dem Europäischen Gerichtshof war streitig, ob die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG³⁰⁴ die Vergabestelle verpflichtete, den Zuschlag dem einzigen verbliebenen Unternehmen zu erteilen. Diese Frage verneinte der Europäische Gerichtshof. Er äußerte sich allerdings nicht ausdrücklich zu der Frage, ob ein solcher Zuschlag auch unzulässig gewesen wäre. Allerdings kann man der Argumentation des Gerichtshofs entnehmen, dass er der Auffassung ist, ein Vergabeverfahren, an dem lediglich ein Unternehmen beteiligt ist, biete keinen hinreichenden Wettbewerb mehr. Der Europäische Gerichtshof stützt diese Ansicht auf den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie sowie die Artikel 7 Abs. 2, 18 Abs. 1 und 22 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 93/37/EWG. Diese Bestimmungen betreffen unterschiedliche Aspekte des Vergabeverfahrens. Der Gerichtshof hat aber in allen Bestimmungen den Gesichtspunkt betont, dass die Richtlinie 93/37/EWG *„im Interesse eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge die Vergabe der Aufträge so auszugestalten sucht, dass der Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien wie der in Artikel 30 Abs. 1 der Richtlinie beispielhaft aufgezählten das günstigste Angebot zu wählen.“*³⁰⁵

Daraus könnte man folgern, dass der Europäische Gerichtshof die Auffassung vertritt, dass auch ein Vergabeverfahren, das so gestaltet ist, dass durch die Auswahl der Zuschlagskriterien notwendig nur noch ein Unternehmen den Zuschlag erhalten kann, ein wirksamer Wettbewerb nicht mehr gegeben ist. Zwingend ist dieser Schluss jedoch – zumindest in dieser Allgemeinheit – aus zwei Gründen nicht.

Zum einen unterscheidet sich der Effekt von Eignungs- und Zuschlagskriterien auf den Wettbewerb erheblich. Eignungskriterien³⁰⁶ legen eine Mindesthürde fest, die jedes Unternehmen zu überspringen hat, damit sein Angebot überhaupt wirtschaftlich gewertet wird. Definiert die öffentliche Beschaffungsstelle so hohe Anforderungen an die Eignung der Unternehmen, dass nur

³⁰¹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, 2. Leitsatz.

³⁰² EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 81.

³⁰³ EuGH, Urteil 16.09.1999, Rs. C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, Slg. 1999, I-5697 („Fracasso und Leitschutz“).

³⁰⁴ Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 199/54 vom 09.08.1993.

³⁰⁵ Siehe Fn. 301, Rn. 33.

³⁰⁶ Dasselbe gilt für Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand.

noch ein Unternehmen diese Anforderungen erfüllen kann, beschränkt er den Unternehmenskreis auf ein Unternehmen. Ein Wettbewerb um den Auftrag findet nicht mehr statt. Zuschlagskriterien haben dagegen keine derart absolute Wirkung. Auch die Angebote solcher Unternehmen, die bei bestimmten Zuschlagskriterien (z. B. Umweltkriterien) im Nachteil sind, da sie die geforderten Anforderungen nicht erfüllen, verbleiben in der Angebotswertung. Zumindest in einem gewissen Umfang haben diese Unternehmen die Chance, ihre Nachteile etwa in Bezug auf die Umweltkriterien durch Vorteile bei anderen Zuschlagskriterien (z. B. durch einen niedrigeren Angebotspreis) zu kompensieren. Zumindest dann, wenn die Zuschlagskriterien so gewählt sind, dass auch Unternehmen, die einzelne, hohe Anforderungen der öffentlichen Beschaffungsstelle nicht erfüllen können, eine realistische Chance auf den Zuschlag haben, besteht noch ein Wettbewerb um den Auftrag.

Zum anderen können Verstöße gegen das europäische Gemeinschaftsrecht unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Selbst dann, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle die Zuschlagskriterien so wählt, dass faktisch ein Unternehmen als einziges von der Festlegung eines Zuschlagskriteriums profitiert und dieser im Fall einer Angebotsangabe zwingend den Zuschlag erhalten muss, muss dies nicht zwingend zu einem Verstoß gegen das Vergaberecht führen. Verstöße gegen die europäischen Grundfreiheiten und die aus diesen abgeleiteten Grundsätzen können nämlich aus Umweltschutzgründen gerechtfertigt sein.³⁰⁷ Ob eine Rechtfertigung gegeben ist, etwa weil die öffentliche Beschaffungsstelle mit der Festlegung der Zuschlagskriterien in zulässiger Weise ökologische Ziele verfolgt, ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.

Exkurs: (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung

Häufig wird von Seiten der Politik oder der Kommunen gewünscht, im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen Waren oder Erzeugnisse aus regionaler Produktion zu beziehen oder die Bau- oder Dienstleistungen durch ortansässige Unternehmen durchführen zu lassen. So nachvollziehbar dieser Wunsch sein mag, verstößt er doch zumindest grundsätzlich gegen das Diskriminierungsverbot in § 97 Abs. 2 GWB bzw. gegen europäisches Recht (Artikel 12, 28, 43, 49 AEUV) sowie gegen die Vergabe- und Vertragsordnungen.³⁰⁸

§ 31 Abs. 1 VgV regelt ausdrücklich das Diskriminierungsverbot: „*die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert*“ wird.

Europarechtlich stellt eine pauschale Bevorzugung regionaler Unternehmen einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Dieses verpflichtet die öffentliche Beschaffungsstelle zur Nichtdiskriminierung aufgrund der Nationalität und zur Gleichbehandlung aller Unternehmen, die am Vergabeverfahren teilnehmen. Die Vergabestelle darf weder Angebote ausländischer Unternehmen anders behandeln als die Angebote deutscher Unternehmen noch den Wettbewerb regional oder lokal beschränken. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung gehört zu den Grundprinzipien des nationalen und europäischen Vergaberechts. Seine Anwendung ist nicht beschränkt auf eine Vergabe oberhalb der Schwellenwerte.³⁰⁹ Das Diskriminierungsverbot bezieht sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens.

³⁰⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung von Verstößen gegen europäisches Primärrecht – unter besonderer Berücksichtigung – fairer Beschaffung – Ziekow, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, S. 23 ff.

³⁰⁸ Siehe dazu Müller-Wrede, Malte (2005): Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, S. 32 ff.

³⁰⁹ Siehe dazu unten Kapitel 6 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

Eine Diskriminierung ist nicht nur gegeben, wenn regionale Produkte (oder Bau- oder Dienstleistungen) beschafft werden sollen. Eine – mittelbare – Diskriminierung kann auch dann vorliegen, wenn beispielsweise in der Ausschreibung vorgegeben wird, dass Unternehmen mit kurzen Transportwegen bevorzugt werden sollen. Etwas anderes könnte im Einzelfall höchstens dann gelten, wenn sich etwa aufgrund eines aus ökologischen Gründen zulässigen Zuschlagskriteriums (z. B. Carbon Footprint der zu liefernden Ware³¹⁰) indirekt Vorteile für regionale Produkte ergeben. In diesem Fall wäre jedoch vor Durchführung der Ausschreibung rechtlich zu prüfen, ob die mit der Auswahl des ökologischen Zuschlagskriteriums verbundene, zumindest mittelbare Diskriminierung nicht regionaler Produkte ausnahmsweise gerechtfertigt ist.³¹¹

Die öffentliche Beschaffungsstelle ist nicht gehindert, die Umweltauswirkungen der Produktion in anderer Form einzubeziehen, die keine, auch keine indirekte Diskriminierung darstellt. So können beispielsweise bei der Beschaffung von Lebensmitteln oder der Vergabe von Catering-Dienstleistungen gezielt saisonale Lebensmittel gefordert werden. Oder die öffentliche Beschaffungsstelle kann spezifizieren, dass Lebensmittel beschafft werden sollen, die nicht in Gewächshäusern gezogen worden sind.

5.5.5 Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und -systemen im Rahmen der Angebotswertung

Auch im Rahmen der Angebotswertung können Umweltmanagementmaßnahmen genutzt werden.

Zwar ist das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems als solches nur schwer als Zuschlagskriterium (z. B. „Umweltmanagementsystem“) nutzbar, da durch ein UMS in der Regel keine „messbare“ leistungsbezogene Vorgabe beschrieben wird.³¹² Sofern Beschaffungsstellen eine EMAS-Zertifizierung oder gleichwertige Nachweise als Zuschlagskriterium berücksichtigen wollen, besteht damit ein rechtliches Risiko.

Aber Umweltmanagementmaßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Auftragsausführung auswirken, können als Zuschlagskriterien beschrieben werden. Die Ausgestaltung von Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien kann z. B. als Alternative zur Forderung eines UMS als Kriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (siehe Kapitel 5.4) interessant sein. So, wenn durch die Bedarfsermittlung und Markterkundung (siehe oben Kapitel 5.2), zu vermuten ist, dass nur sehr wenige oder keines der potenziellen Unternehmen über ein UMS verfügt.

Ferner kann die Beschaffungsstelle die berufliche Qualifikation des bei der Auftragsausführung eingesetzten Personals nicht nur als Eignungskriterium (siehe Kapitel 5.4), sondern auch als Zuschlagskriterium berücksichtigen (vgl. § 58 Abs.2 S. 2 Nr. 2 VgV). Allerdings setzt dies voraus, dass die Qualifikation des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Zu beachten ist, dass die Beschaffungsstelle diejenigen beruflichen Qualifikationen, die bereits Gegenstand der Eignungsprüfung waren, nicht nochmal in der Zuschlagswertung heranziehen darf (Verbot der Doppelwertung).

³¹⁰ Voraussetzung für ein solches Zuschlagskriterium wäre allerdings die wissenschaftlich fundierte, eindeutige, nichtdiskriminierende und nachprüfbar Ermittlung des Carbon Footprints der einzelnen Produkte.

³¹¹ Die Ausführungen zur Rechtfertigung der Einengung des Unternehmenskreises auf ein Unternehmen gelten entsprechend.

³¹² Vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29. April 2010 – 1 Verg 2/08 –, juris

Auch für die Berücksichtigung von umweltbezogenen Zuschlagskriterien gilt, dass eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bestehen muss. Dies ist auch dann anzunehmen, „wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“ (§ 127 Abs. 3 GWB).

Als **Nachweis zur Erfüllung umweltbezogener Zuschlagskriterien** können öffentliche Vergabestellen dann u. a. **Umwelterklärungen nach EMAS oder anderer UMS** fordern, sofern in der Umwelterklärung entsprechende Maßnahmen aufgeführt sind.

Beispiel für Baudienstleistung: Emissionsarme Baumaschinen

Bei der Ausschreibung für eine Baudienstleistung kann der Einsatz von besonders geräusch- und emissionsarme Baumaschinen, bei denen die Werte unter den geltenden Grenzwerten liegen, als Zuschlagskriterium gefordert werden. Zum Nachweis eines entsprechenden Zuschlagskriteriums könnte die Umwelterklärung von anbietenden Unternehmen zugelassen werden. Notwendig ist dann, dass die Umwelterklärung entsprechende Aussagen enthält.

5.6 Ausführungsbedingungen

Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung ökologischer Kriterien im Vergabeverfahren sind – neben dem Auftragsgegenstand, der Leistungsbeschreibung, den Eignungs- und den Zuschlagskriterien – schließlich auch die Bedingungen für die Auftragsausführung (Ausführungsbedingungen). Diese stellen Vertragsbedingungen dar, die vom bietenden Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind.

Die europarechtliche Grundlage für die Einführung zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung findet sich in Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU. Dieser ist in Deutschland in § 128 Abs. 2 GWB umgesetzt und lautet: *„(2) Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.“*

Bei der Formulierung von Ausführungsbedingungen sind somit folgende Voraussetzungen zu beachten:

- Es muss ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen.
- Die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts müssen beachtet werden.
- Die Bedingungen müssen sich klar aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann gemäß § 61 VgV als Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 GWB entspricht, Nachweise nach §§ 33 und 34 VgV verlangen (siehe dazu Abschnitt 5.3.4).

In der Praxis können Umweltaspekte bei der Ausführung von Verträgen, die die öffentliche Hand abschließt, in vielerlei Hinsicht eine Rolle spielen:

- ▶ Anforderungen an die Lieferung von Waren (z. B. seltenere Lieferungen, außerhalb von Verkehrsstoßzeiten),
- ▶ die Rücknahme (und das Recyceln oder die Wiederverwendung) von Produktverpackungen (dies hat den doppelten Vorteil, dass Verpackungsvorgänge vor der Wiederverwendung oder dem Recycling zentralisiert werden und Lieferanten ein Anreiz geboten wird, jede unnötige Verpackung zu vermeiden),
- ▶ die Verpflichtung bei wiederkehrenden Lieferungen, regelmäßig über die CO₂-Emissionen aus der Produktlieferung zu berichten und anzugeben, welche Maßnahmen getroffen wurden, um diese Emissionen während der Auftragsdauer zu reduzieren,
- ▶ die Recyclbarkeit von Verpackungsmaterial,
- ▶ Produktinformationen für die Anwender,
- ▶ die Rücknahme von Abfall oder nicht mehr brauchbaren Produkten.

Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen kommen Anforderungen an die Art der Leistungserbringung in Betracht, wie etwa

- ▶ den Transport von Produkten und Werkzeugen zum Ort der Auftragsausführung,
- ▶ die Verwendung wiederverwendbarer Behälter für den Transport,
- ▶ die Schulung der Mitarbeiter des Auftragsnehmers über Umweltaspekte,
- ▶ die Anwendung spezifischer Umweltmanagementmaßnahmen, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, gegebenenfalls nach Maßgabe eines von einer unabhängigen Stelle zertifizierten Systems wie EMAS oder ISO 14001,
- ▶ die Minimierung der im Rahmen der Auftragsausführung anfallenden Abfälle, z. B. durch Einbeziehung spezifischer Ziele oder durch Festlegung von Höchstmengen und entsprechenden Sanktions- bzw. Boni-Klauseln,
- ▶ die Nutzung von Dosierungshilfen, um sicherzustellen, dass Reinigungsmittel in angemessenen Mengen verwendet werden,
- ▶ die effiziente Nutzung von Ressourcen wie Strom und Wasser vor Ort,
- ▶ die Beförderung von Produkten und Werkzeugen an den Ort der Auftragsausführung:
 1. Produktanlieferung in konzentrierter Form mit anschließender Verdünnung vor Ort,
 2. Verwendung wiederverwendbarer Container oder Verpackungen für den Produkttransport,
 3. Reduzierung der transportbedingten CO₂-Emissionen oder von Emissionen anderer Treibhausgase.

Umweltbezogene Vertragsklauseln sollten überwacht werden.³¹³ Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen:

- ▶ Pflicht des Auftragnehmers zur Erbringung von Konformitätsnachweisen,
- ▶ Recht der öffentlichen Beschaffungsstelle, Vor-Ort-Kontrollen durchzuführen,
- ▶ Betrauung einer unabhängigen Stelle mit der Konformitätsüberwachung.

Der Vertrag sollte auch angemessene Sanktionen für Verstöße bzw. Boni für eine umweltfreundliche Leistungserbringung vorsehen.³¹⁴

Exkurs: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue

Im Zusammenhang mit zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung soll nicht versäumt werden, auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreueregelung im Berliner Vergabegesetz hinzuweisen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung Anforderungen, die üblicherweise unter dem Stichwort "vergabefremde Kriterien" oder "Sekundärzwecke" thematisiert werden, ebenfalls grundsätzlich für zulässig erachtet. Insbesondere hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, dass der Berliner Gesetzgeber mit der Tariftreueregelung im Berliner Vergabegesetz grundsätzlich verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt.³¹⁵

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts können übertragen werden auf die Thematik der zusätzlichen Anforderungen der öffentlichen Beschaffungsstelle, die diese aus Gründen des Umweltschutzes festlegt. Der Umweltschutz genießt durch Artikel 20a GG ebenso wie das vom BVerfG herangezogene Sozialstaatsprinzip Verfassungsrang. Damit kann davon ausgegangen werden, dass Anforderungen, die an die Eignung der Unternehmen gestellt werden und die in Bundes- oder Landesgesetzen geregelt sind, regelmäßig zulässig sind.

Exkurs: Die Berücksichtigung von Umweltaspekten des Transports

Ein besonderes Problem stellt die Frage dar, ob und wie Umweltauswirkungen, die durch den Transport verursacht werden, in die Vergabeentscheidung einbezogen werden dürfen. Nach ganz einhelliger Auffassung ist es grundsätzlich unzulässig, ortsnah hergestellte Produkte zu bevorzugen (siehe dazu auch oben Exkurs zur (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung). Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob es zulässig ist, bestimmte Transportmittel zu bevorzugen bzw. in

³¹³ Rechtlich verpflichtend ist eine effektive Kontrolle für die öffentliche Beschaffungsstelle – anders als im Rahmen der Prüfung der Erfüllung von Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand, Eignungs- und Zuschlagskriterien jeweils vor Zuschlagserteilung – dagegen nicht. Zu Einzelheiten vgl. Ziekow, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, S. 52.

³¹⁴ So auch die Empfehlung der Europäischen Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung!, S. 61-64.

³¹⁵ BVerfGE vom 11.07.2006, 1 BvL 4/00. Das Gericht betont des Weiteren, dass das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, aufgrund des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG Verfassungsrang habe. Auf der anderen Seite hat das BVerfG – insoweit durchaus auf einer Linie mit den EU-Vergaberichtlinien – klargestellt, dass die Unternehmen nur solchen Angestellten oder Arbeitern Tariflohn zahlen müssten, die mit der Ausführung des konkreten öffentlichen Auftrags beschäftigt seien. Zudem folge die Verpflichtung aus der eigenen Entscheidung des Unternehmens, sich um den Auftrag zu bewerben. Schließlich widerspreche die Berliner Tariftreueregelung auch nicht § 20 GWB, der es verbietet, dass marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen behindern oder diskriminieren. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Ungleichbehandlung von Unternehmen, die den Tariflohn bezahlen und solchen, die es nicht tun, durch die gesetzliche Regelung des Berliner Vergabegesetzes gerechtfertigt. In einem obiter dictum stellt das Verfassungsgericht überdies fest, dass aus der systematischen Auslegung der Entstehungsgeschichte des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB wohl folge, dass die *„Frage anderer und weitergehender Anforderungen speziell im Vergaberecht geregelt wurde und dass die an dieser Stelle eingefügte Möglichkeit zu deren Festlegung nicht durch § 20 Abs. 1 GWB wieder ausgeschlossen wird, sondern im Hinblick auf gegebenenfalls damit verbundene Behinderungen des Wettbewerbs deren Rechtfertigung dient.“*

der Ausschreibung bestimmte Transportmittel auszuschließen. Das ist deshalb eine umweltrelevante Frage, weil der Transport von Waren erhebliche Umweltauswirkungen hat.

So benötigten Lkw und Flugzeuge zusammen im Jahr 2014 deutlich mehr Energie als noch im Jahr 1995. Das Verkehrswachstum im Güter- und Personenverkehr kompensierte die technischen Verbesserungen an den Fahr- und Flugzeugen. Nur im Schienenverkehr sanken seit 1995 sowohl der spezifische als auch der absolute Energieverbrauch. Auch in Bezug auf die Gesamtemissionen des Straßengüterverkehrs zeigt sich, dass die technisch bedingten Senkungen je Tonnenkilometer aufgrund des gestiegenen Verkehrsaufwands zum Teil wieder ausgeglichen wurden. Bei den CO₂-Emissionen wurde die Einsparung sogar überkompensiert. So erhöhten sich die absoluten CO₂-Emissionen des Straßengüterverkehrs zwischen 1995 und 2014 trotz technischer Verbesserungen um 11 Prozent.

Es hätte also durchaus positive Umweltauswirkungen, wenn man in der öffentlichen Auftragsvergabe beispielsweise den Transport auf der Schiene verbindlich machen könnte oder ein Transportmittel wie das Flugzeug ausschließen könnte.

Ob dies vergaberechtlich zulässig ist, wird unterschiedlich beantwortet. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, Vorgaben, die sich nicht auf die Länge des Transportwegs, sondern lediglich auf das Transportmittel beziehen, seien unter Diskriminierungsgesichtspunkten unproblematisch, vertritt die Europäische Kommission eine differenzierte Ansicht. In der Interpretierenden Mitteilung von 2001 führt sie aus:

„Hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte umweltfreundliche Transportart für die Auslieferung von Waren gefordert werden darf, ist zu sagen, dass eine solche Forderung so formuliert sein sollte, dass sie für die Leistung oder Ausführung des Auftrages von Belang ist, und dass sie den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprechen sollte. Ein Auftraggeber kann mithin eine bestimmte Form des Transportes für die zu liefernden Waren vorschreiben, wenn dies bei dem betreffenden Auftrag nicht zu einer Diskriminierung führt.“

Zum ersten Kriterium des Zusammenhangs mit dem Auftrag kann man annehmen, dass eine Vertragsausführungsvorschrift, die dem Unternehmen aufgibt, dass das zu beschaffende Produkt nur mit bestimmten Transportmitteln zu transportieren ist, in jedem Fall für die Ausführung des Auftrags von Belang ist. Denn die Bedingung regelt einen wichtigen Aspekt der Vertragsausführung, anders als andere Kriterien, die oft als Beispiel für eine nicht mit dem Auftrag zusammenhängende Forderung herangezogen werden, wie dass das Unternehmen in seinen Büros Umweltpapier verwenden soll. Hinsichtlich des zweiten Kriteriums, demzufolge die Anforderung nicht diskriminierend sein darf, kommt es wohl im Einzelfall darauf an, ob es der Ausschluss bestimmter Transportmittel einzelnen Unternehmen unmöglich macht, ihre Produkte anzubieten. Wenn man davon ausgehen kann, dass es allen Unternehmen möglich ist, die zu beschaffenden Produkte auch ohne das ausgeschlossene Transportmittel liefern zu können, handelt es sich nicht um eine diskriminierende Bestimmung. Wenn aber beispielsweise durch den Ausschluss des Transports per Flugzeug bestimmte Unternehmen in der EU nicht liefern können, weil sie nicht in der Lage sind, das Produkt anders zu transportieren, würde es sich um eine diskriminierende Anforderung handeln, die gegen Primärrecht verstoßen würde. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob die Diskriminierung aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

5.6.1 Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen in den Ausführungsbedingungen

Auch Maßnahmen des Umweltmanagements können durch die öffentliche Vergabestelle als Ausführungsbedingung festgelegt werden. Denkbare Maßnahmen des Umweltmanagements sind beispielsweise die Erfassung von Umweltauswirkungen des Auftrags, die kontinuierliche Verbesserung bestimmter Umweltaspekte, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, insbesondere bei langfristigen Rahmenverträgen, der umweltfreundliche Transport oder Anforderungen an die Umweltkompetenz des eingesetzten Personals.

Neben Bau- und Dienstleistungsaufträgen sind auch Aufträge über Lieferleistungen von noch herzustellenden Waren geeignet, da die Auftragsausführung sich in diesem Fall auch auf den Prozess der Herstellung erstreckt. Dieser kann durch entsprechende Anforderungen konkretisiert werden. Die EMAS-Umwelterklärung, die sich auf den Herstellungszeitraum bezieht, kann als Nachweis gefordert werden, wenn sie Aussagen über entsprechende erfolgreich durchgeführte Maßnahmen enthält. Gleichwertige Bescheinigungen sind durch die Vergabestelle anzuerkennen. Für Lieferleistungen bereits hergestellter Ware beschränken sich die Möglichkeiten, eine EMAS-Umwelterklärung oder andere Nachweis zu verlangen, weitgehend auf transportbezogene Vertragsbedingungen.

Wie für alle Ausführungsbedingungen gilt auch für den Nachweis von Umweltmanagementmaßnahmen, dass die öffentliche Beschaffungsstelle deren Einhaltung erst im Nachhinein überprüfen kann. Die bietenden Unternehmen müssen sich im Angebot allerdings zur Einhaltung der Ausführungsbedingungen verpflichten, um nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.³¹⁶ Den endgültigen Nachweis für die Einhaltung der Umweltmanagementmaßnahmen muss das beauftragte Unternehmen erst mit dem Beginn der Auftragsausführung vorlegen.³¹⁷

Auch in Ausschreibungen von Lieferaufträgen, die bestimmte Dienst- oder Bauleistungen umfassen (z. B. Installation, Instandhaltung, Standorterschließung), lassen sich Umweltmanagementmaßnahmen als Ausführungsbedingungen integrieren und bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen durch die EMAS-Umwelterklärung oder gleichwertige Belege nachweisen.

Schwieriger, jedoch nicht ausgeschlossen, ist es, bei Lieferleistungen auch Umweltmanagementmaßnahmen der Zwischenlieferanten, die nicht Vertragspartei werden, in die Formulierung der Auftragsbedingungen einzubeziehen.³¹⁸ Es wird jedoch davon ausgegangen, dass sich diese über die Forderung bestimmter Zertifizierungen erfassen lassen.³¹⁹

Voraussetzung für die Forderung von Umweltmanagementmaßnahmen oder eines UMS in den Auftragsausführungsbedingungen ist, dass eine Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht (siehe §§ 128 Abs. 2, 127 Abs. 3 GWB). Die Anforderungen, die an diese Verbindung gestellt werden, stimmen mit dem bereits Gesagten für die Einbeziehung von umweltbezogenen Kriterien in der Wertungsphase überein.³²⁰

³¹⁶ Pfohl, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 61 VgV, Rn. 5.

³¹⁷ Ziekow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 31.

³¹⁸ Ziekow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 25. Vgl. noch zur früheren Rechtslage Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2013): Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 148.

³¹⁹ Ebd.

³²⁰ Ziekow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 23.

Dient eine Umweltmanagementmaßnahme oder ein UMS dazu, die umweltfreundliche Erfüllung des Auftrages sicherzustellen (z. B. aufgrund seiner Umweltrelevanz³²¹), ist die Grenze zur technischen Fachkunde auf Eignungsebene schwierig zu ziehen.³²² Unzulässig ist es über die Auftragsausführung hinaus oder unabhängig von der Auftragsausführung eine Umweltmanagementmaßnahme oder ein UMS zu fordern. In diesem Fall ist der Bezug zum Auftragsgegenstand nicht mehr gegeben, da dies die allgemeine Betriebsorganisation betrifft.³²³ Denkbar aber rechtlich fragwürdig ist, ob die Beschaffungsstelle in den Ausführungsbedingungen die Einrichtung eines UMS für die Durchführung eines konkreten Auftrags fordern kann. Dies ist dann unzulässig, wenn in dem UMS Anforderungen gestellt werden, die keine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen. So wenn Anforderungen an die allgemeine Betriebsorganisation gestellt werden, wie die Reduktion von Umweltauswirkungen in Betriebsbereichen, die nicht mit der Herstellung des Auftragsgegenstandes zusammenhängen, z.B. das Abfallmanagement in der Kantine oder der Verwaltung des Unternehmens. Ferner muss die Einrichtung eines UMS dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen gem. § 97 Abs. 1, S. 2 GWB. D.h. insbesondere, dass die Kosten für die Einführung und Unterhalt eines UMS für den Auftragszeitraum nicht außer Verhältnis zu dem Umfang des Auftragsgegenstand stehen dürfen. Bei umweltrelevanten langfristigen Dienstleistungs- und Lieferaufträge, Konzessionen oder Bauleistungen mit hohem Auftragsvolumen könnte die Verhältnismäßigkeit gegeben sein.

5.7 Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung

Es ist ein Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB), dass die öffentliche Beschaffungsstelle die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens – und damit namentlich auch die Angebotswertung – in den Vergabeakten dokumentiert. Die öffentliche Beschaffungsstelle dokumentiert dazu das Vergabeverfahren von Beginn an in Textform nach § 126b BGB (§ 8 Abs. 1 VgV). Die Dokumentation umfasst z. B. die Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, die Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen (Vergabekammer und Vergabesenat) als auch für die Unternehmen überprüfbar zu machen.

Zudem muss die öffentliche Beschaffungsstelle für jedes Vergabeverfahren ein Vergabevermerk in Textform nach § 126b BGB erstellen (gemäß § 8 Abs. 2 VgV). Der Vermerk kann aber auch erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens und Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung erstellt werden.³²⁴ Der Mindestinhalt für den Vergabevermerk ist in § 8 Abs. 2 VgV vorgeschrieben. Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die in ihm mitgeteilten Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind. Das gilt insbesondere für die Darlegungen, mit denen die Auswahl des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens gerechtfertigt wird. Hierzu müssen die Tatsachenumstände und Überlegungen, welche die in Aussicht genommene Zuschlagsentscheidung tragen, vollständig, wahrheitsgemäß und verständlich mitgeteilt werden. Das bedeutet auch, dass die Wahl der Verfahrensart begründet werden muss, dass die

³²¹ Mit dem Beispiel der Gesamtemissionen einer bestimmten Baustelle Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2018):Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 24.

³²² Huber/Wollenschläger, WiVerw 2005, S. 212 (228).

³²³ Ziekow, in: Ziekow/ Völlink (2018):Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 23, 24.

³²⁴ BT-Drucksache 18/7318, S. 152.

gesamte Behandlung der Unternehmen (Gespräche, Auskünfte, Aufklärungen) und der Angebote (alle Wertungsschritte mit ihren Ergebnissen) nachvollziehbar dargestellt werden müssen. Dazu bedarf es keiner umfassenden Ausführlichkeit, es muss jedoch ohne weitere Erläuterung nachvollziehbar sein, aus welchen Gründen die öffentliche Beschaffungsstelle, sich für ein bestimmtes Angebot entschieden oder ein bestimmtes Unternehmen für ungeeignet gehalten hat. Dies bedeutet weiterhin, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Prüfung und Wertung aller veröffentlichten Wertungskriterien ausreichend dokumentieren muss. Dies beinhaltet auch eine Darstellung, mit welchem Anteil die genannten Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden sollen.

Gerade auch dann, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle sich dazu entschließt, Umweltaspekte in das Vergabeverfahren einfließen zu lassen, muss sie dies in dem von ihm zu fertigenden Vergabevermerk nachvollziehbar dokumentieren.

Allgemein ist zu empfehlen, dass sich die öffentliche Beschaffungsstelle bei ihrer Darstellung im Vergabevermerk an den jeweiligen rechtlichen Anforderungen für die Einbeziehung des Umweltkriteriums orientiert und diese im Vergabevermerk "abarbeitet". Erfolgt die Berücksichtigung von Umweltaspekten beispielsweise im Rahmen der Angebotswertung, so hat die öffentliche Beschaffungsstelle anzugeben, welches Kriterium aus welchen Gründen ausgewählt und mit welchem Gewicht versehen worden ist. Die öffentliche Beschaffungsstelle sollte ferner darstellen, welchen Bezug dieses Kriterium zum Auftragsgegenstand hat. Arbeitet die öffentliche Beschaffungsstelle mit einer Bewertungsmatrix, so empfiehlt es sich, diese dem Vergabevermerk als Anlage beizufügen.

Die Nichterfüllung der in § 8 VgV konkretisierten Dokumentationspflichten durch die Vergabestelle stellt eine besonders schwerwiegende Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar. Kommt die öffentliche Beschaffungsstelle seinen Dokumentationspflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, kann darauf mit Erfolg ein Vergabenachprüfungsantrag gestützt werden. Dokumentationsmängel führen im Ergebnis dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet ist, und dass es in diesem Umfang zu wiederholen ist. Eine ausreichende Dokumentation setzt voraus, dass alle wesentlichen Verfahrensschritte mit ihrem entscheidungserheblichen Inhalten zeitnah dargestellt werden.

6 Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

In der rechtlichen Diskussion in Deutschland nimmt der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte regelmäßig einen breiten Raum ein, auch und gerade wenn es um die Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten geht. Dies entspricht allerdings nicht unbedingt den tatsächlichen Gegebenheiten, stellt doch die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland die weit überwiegende Zahl der öffentlichen Aufträge dar.³²⁵

Durch die Vorgaben der Unterschwellenvergabeordnung hat sich die Transparenz bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich deutlich erhöht.³²⁶ Galten die vom Europäischen Gerichtshof³²⁷ auf der Basis der Grundfreiheiten aufgestellten Mindestanforderungen hinsichtlich Transparenz, Publizität und Diskriminierungsfreiheit im „nationalen“ Verfahren nur, wenn eine hinreichende Relevanz für das Funktionieren des Binnenmarktes bestand (sogenannte „Binnenmarktrelevanz“),³²⁸ sind diese Anforderungen durch die UVgO nun für alle „nationalen“ Verfahren anzuwenden. Siehe z. B. die Anforderungen zum Vergabeverfahren in Abschnitt 4.3 sowie in den folgenden Abschnitten).

6.1 Festlegung des Auftragsgegenstandes

Die Auswahl eines umweltfreundlichen Auftragsgegenstandes ist auch in Vergabeverfahren möglich, die unterhalb der Schwellenwerte durchgeführt werden. Dabei gilt im Wesentlichen das im Hinblick auf die Auswahl des Vertragsgegenstands bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte Ausgeführte (siehe Abschnitt 5.2).

Bereits im Urteil „Dundalk“ wurde die Geltung des Diskriminierungsverbots gegenüber ausländischen Unternehmen auch für den Unterschwellenbereich festgestellt. In dem Urteil wurde ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darin gesehen, dass die öffentliche Beschaffungsstelle unterschiedslos von allen Bietern forderte, dass sie einer nationalen Norm genügen sollten ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“. In der Folge konnten sich nur nationale Unternehmen an dem Verfahren beteiligen.³²⁹

³²⁵ Schneiders, Ralf (2007): Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.

³²⁶ Die geringe Transparenz im Unterschwellenbereich gegenüber dem Oberschwellenbereich wurde in der alten Rechtslage noch bemängelt. So z. B. Dageförde-Reuter, Angela (2004): Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, S. 47.

³²⁷ EuG, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06.

³²⁸ Eine Binnenmarktrelevanz besteht dann, wenn auch potentielle Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten Interesse am ausgeschriebenen Auftrag haben können. Die Binnenmarktrelevanz wird dabei weit verstanden. In grenznahen Gebieten kann sie bereits bei sehr geringen Auftragswerten gegeben sein. e Binnenmarktrelevanz, siehe Wollenschläger, Ferdinand (2007): Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388, 391, der diese im Sinne eines Bagatellvorbehalts interpretiert.

³²⁹ Der EuGH hat diese Rechtsprechung für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nochmals in den Entscheidung „Vestergaard“ und im Vertragsverletzungsverfahren „Kommission/Frankreich“ bestätigt. Erstere betraf die Vergabe eines dänischen Bauauftrags, in dem Fenster einer dänischen Marke verwendet werden sollten. Der Gerichtshof entschied, dass auch bei Bauaufträgen, die unterhalb der Schwellenwerte liegen, keine bestimmten Produktbezeichnungen ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet werden dürfen. Anderenfalls würde ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegen. EuGH, Urt. vom 03.12.2001, Rs. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard/Spottrup Boligselskab („Vestergaard“). Die Entscheidung „Kommission/Frankreich“ betraf ein französisches Gesetz, nach dem sich öffentliche Beschaffungsstellen bei der Realisierung von Baumaßnahmen eines Beauftragten bedienen konnten. Dieser war unter anderem befugt, die Abnahme des Bauwerks, die Vorbereitung der Wahl des Bauunternehmens und die Festlegung verwaltungsmäßiger Bedingungen, unter denen das Bauwerk erstellt und geplant wurde, zu übernehmen. Nach französischem Recht kamen allerdings als Baubetreuer öffentlicher Beschaffungsstellen nur juristische Personen französischen Rechts in Betracht, die in einer abschließenden Liste aufgezählt waren. Der Gerichtshof kam zu der Entscheidung, dass auch hier Primärrecht anzuwenden ist und sah einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. EuGH, Urt. vom 20.10.2005, Rs. C-264/03.

Mit der UVgO werden nun auch für den Unterschwellenbereich Vergabegrundsätze ausdrücklich in § 2 UVgO normiert. Der § 2 UVgO ist dem § 97 GWB nachgebildet und regelt für den Unterschwellenbereich die gleichen Grundsätze der Vergabe wie oberhalb der EU-Schwellenwerte. Es sind die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 UVgO) sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (§ 2 Abs. 2 UVgO).

Das bedeutet im Ergebnis, dass auch bei einer unterschwelligen Vergabe grundsätzlich keine Vorgaben hinsichtlich der Auswahl des Auftragsgegenstandes gemacht werden dürfen, die dazu führen, dass (potentielle) ausländische Unternehmen benachteiligt werden.

Exkurs: EMAS in der Bedarfsermittlung

Im Unterschwellenbereich besteht zudem die Möglichkeit, dass die Beschaffungsstelle Leistungen direkt an ein EMAS-registriertes Unternehmen vergibt. Dieser sogenannte Direktauftrag ist nach § 14 UVgO bei Leistungen bis zu einem Auftragswert von 1.000,- Euro (netto) zulässig.

6.2 Leistungsbeschreibung

In die Leistungsbeschreibung können auch unterhalb der Schwellenwerte Umweltaspekte aufgenommen werden. Die Beschreibung der Leistung bei Liefer- und Dienstleistungen richtet sich nach § 23 UVgO und bei Bauleistungen nach § 7 VOB/A 2016.

6.2.1 Eindeutige Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO)

Wichtigste Funktion der Leistungsbeschreibung ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Die Leistung soll deshalb so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, dass alle Unternehmen sie gleich verstehen können (siehe § 23 Abs. 1 UVgO, der wortgleich § 122 Absatz 1 GWB entspricht). Wie auch oberhalb der Schwellenwerte ist es nur in Ausnahmefällen zulässig, in der Leistungsbeschreibung Produkte einer bestimmten Marke, eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion aufzunehmen (§ 23 Abs. 5 UVgO).

Auch weiterhin ist es zulässig, strategische Ziele, wie qualitative, innovative, soziale und umweltbezogene Aspekte im Vergabeverfahren zu verfolgen. Dies ist nun ausdrücklich in § 23 Abs. 2 UVgO geregelt (dieser entspricht § 31 Absatz 3 VgV).

Auch im Bereich der Unterschwellenvergabe sollte die Möglichkeit eröffnet werden, in der Leistungsbeschreibung pauschal auf Gütezeichen zu verweisen. Aufgrund des gleichlautenden Wortlauts der §§ 23, 24 UVgO und der §§ 31, 34 VgV ist eine entsprechende Übernahme des zum Oberschwellenbereich gefundenen Ergebnisses (siehe Abschnitt 5.3.1) zu befürworten.

6.2.2 Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 24 UVgO)

Zum Nachweis, dass die Leistung bestimmten in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann die öffentliche Beschaffungsstelle die Vorlage eines Gütezeichens verlangen. Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 34 VgV und regelt nun auch ausdrücklich deren Verwendung im Unterschwellenbereich (siehe zu den einzelnen Anforderungen Abschnitt 5.3.5).³³⁰

³³⁰ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 133.

Hinzuweisen ist aber auf einen wesentlichen Unterschied bei den Anforderungen an das Gütezeichen nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO gegenüber dem Oberschwellenbereich. Während im Oberschwellenbereich alle Anforderungen des Gütezeichens „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen“ (siehe Abschnitt 5.3.4), reicht es im Unterschwellenbereich aus, dass die Kriterien des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung (lediglich) geeignet sind.³³¹ Nach Auffassung des BMWi sollen dadurch öffentliche Beschaffungsstellen Gütezeichen im Unterschwellenbereich leichter vorgeben können.³³² Wie im Oberschwellenbereich muss die Beschaffungsstelle auch gleichwertige Gütezeichen zum Nachweis ausdrücklich zulassen. Die Beweislast, dass ein alternativ vorgelegtes Gütezeichen gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellt, trägt das bietende Unternehmen, gem. § 24 Abs. 4 UVgO.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) in der Leistungsbeschreibung

Die EMAS-Umwelterklärung oder gleichwertige Bescheinigungen können auch im Unterschwellenbereich in der Leistungsbeschreibung zum Nachweis genutzt werden (siehe auch Exkurs in Abschnitt 5.3.2).

6.3 Auswahl geeigneter Unternehmen

Das europäische Diskriminierungsverbot ist nicht nur für die Auswahl des Auftragsgegenstandes relevant, sondern betrifft auch die Auswahl der Unternehmen. Allgemein gilt, dass die bietenden Unternehmen gleich behandelt werden müssen. Im Verfahren oberhalb der Schwellenwerte bestimmt § 97 Abs. 2 GWB bzw. § 31 Abs. 1 VgV, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. Im Verfahren unterhalb der Schwellenwerte ist der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich in § 2 Abs. 2 UVgO genannt.

Wie im Oberschwellenbereich müssen öffentlichen Beschaffungsstellen die Eignung der bietenden Unternehmen im Unterschwellenbereich zwingend überprüfen, bevor die Angebote überhaupt in die wirtschaftliche Wertung der Angebote einbezogen werden (§ 31 Abs. 1 UVgO). Durch den Verweis auf die §§ 123 und 124 GWB kommen im Unterschwellenbereich die dort genannten fakultativen und zwingenden Ausschlussgründe ebenfalls zur Anwendung. In Abweichung von der grundsätzlichen Prüfungsreihenfolge „Eignungsprüfung vor Angebotsprüfung“ kann die öffentliche Beschaffungsstelle im Unterschwellenbereich bei Öffentlichen Ausschreibung – und nur hier - die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführen (§ 31 Abs. 4 UVgO).³³³

6.3.1 (Zwingende und fakultative) Ausschlussgründe

Die Ausschlussgründe in § 31 UVgO entsprechen im Wesentlichen den Regelungen in §§ 124 und 125 GWB (siehe dazu Abschnitte 5.4.2 und 5.4.3).

In Abweichung vom Oberschwellenbereich ist der Ausschlussgrund des Betrugs und des Subventionsbetrugs (§ 123 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GWB) nicht nur bei Straftaten, die gegen den Haushalt

³³¹ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 9.

³³² Ebenda. Vgl. auch Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 1345.

³³³ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 162.

der Europäischen Union gerichtet sind, anwendbar, sondern bei Straftaten gegen alle öffentlichen Haushalte (vgl. § 31 Abs. 2 S.4 UVgO).³³⁴ Auch im Unterschwellenbereich ist der fakultative Ausschluss aufgrund eines nachweislichen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen möglich (§ 31 Abs. 2, S. 5 UVgO). Für die Anwendung des Ausschlussgrundes des § 124 Absatz 1 Nummer 7 GWB ist ebenfalls eine erleichterte Anwendung in der Form vorgesehen, dass die erhebliche oder fortdauernde Schlechterfüllung nicht zwingend zu einer Beendigung des Vertrages, zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.³³⁵

6.3.2 Fachliche und technische Leistungsfähigkeit (§ 33 UVgO)

Im Rahmen der Eignungsprüfung können bei der Frage der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens umweltbezogene Aspekte eine Rolle spielen. Die in § 33 Abs. 1 UVgO genannten Bezugspunkte für die Eignungskriterien entsprechen denen der §§ 44 bis 46 VgV für den Oberschwellenbereich (siehe dazu Abschnitt 5.4.4).³³⁶ Auch im Unterschwellenbereich müssen die Anforderungen an die Unternehmen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 33 Abs. 1 S. 2 UVgO).

Das in § 33 Abs. 2 UVgO normierte Recht des Auftraggebers, entsprechende Nachweise der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung zu verlangen, entspricht dem Rechtsgedanken des § 44 VgV.

Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte darf gemäß § 31 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB bzw. § 16 Abs. 2 VOB/A 2016 ein bietendes Unternehmen im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen werden, wenn es nachweislich gegen Umweltvorschriften verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt.³³⁷

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen und -maßnahmen bei der Eignungsprüfung

Auch im Unterschwellenbereich können Anforderungen an die fachliche und technische Eignung des bietenden Unternehmens durch EMAS gefordert werden (siehe Abschnitt 5.4.4). Allerdings fehlt im Unterschwellenbereich eine dem § 49 Abs. 2 VgV entsprechende Regelung, wonach die öffentliche Beschaffungsstelle zum Nachweis für die Einhaltung von Normen des Umweltmanagements entweder eine EMAS-Registrierung oder andere UMS-Zertifikate verlangen kann. Die öffentlichen Beschaffungsstellen sind damit im Unterschwellenbereich freier in den Anforderungen zum Nachweis eines UMS. In der Regel empfiehlt sich aber eine entsprechende Anwendung des § 49 Abs. 2 VgV. Als Nachweis für die Einhaltung von Umweltmanagementmaßnahmen kann die öffentliche Beschaffungsstelle auch die EMAS-Umwelterklärung zulassen.

³³⁴ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 160.

³³⁵ In Entwurfsfassung der UVgO (UVgO-E) vom 31.8.2016 waren noch die Rechtsfolgen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB 2017 auch im Unterschwellenbereich gefordert. Siehe zur Kritik an der hohen Hürde im UVgO-E die Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 20.10.2016.

³³⁶ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 11.

³³⁷ Siehe zur Regelung oberhalb der EU-Schwellenwerte Abschnitt 5.4.

6.4 Angebotswertung / Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO)

Wie im Oberschwellenbereich ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (vgl. § 43 Abs. 1 UVgO, der inhaltlich dem alten §§ 18 VOL/A 2009 entspricht). Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots siehe die Ausführungen in Abschnitt 5.5.1.

Die Einbeziehung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien ist in § 43 Abs. 2 UVgO und § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 ausdrücklich geregelt. Der § 43 UVgO übernimmt dazu die Regelungen des § 58 VgV. Damit können Umwelteigenschaften in der Ausschreibung von Dienstleistungen und Bauleistungen vorgesehen werden und bei der Angebotswertung entsprechend einbezogen werden. Vorausgesetzt wird aber - wie im Oberschwellenbereich -, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies wird dann angenommen, „wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht“ (vgl. § 43 Abs. 3 S. 1 und S. 2 UVgO).

Ebenso wie im Oberschwellenbereich steht es im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle, ob sie ein Zuschlagskriterium „Kosten“ auf der Grundlage von Lebenszykluskosten in der Ausschreibung vorgibt. Entscheidet sie sich dafür, muss die Berechnung anhand der Vorgaben in § 59 VgV erfolgen (vgl. § 43 Abs. 4 UVgO).

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien erfordert, dass diese ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind (§ 43 Abs. 6 S. 1 UVgO).³³⁸ Zudem muss die öffentliche Beschaffungsstelle in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nunmehr die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien angeben (§ 43 Abs. 6 S. 1 UVgO). Die noch jüngst vom BGH getroffene Entscheidung (Beschluss vom 10. Mai 2016 Az. X ZR 66/15)³³⁹ dürfte aufgrund des neuen § 43 Abs. 6 UVgO in den meisten Fällen überholt sein.³⁴⁰ Der BGH entschied – noch zur Rechtslage vor Einführung der UVgO –, dass die öffentliche Beschaffungsstelle bei Vergaben im Unterschwellenbereich die Zuschlagskriterien nicht bekanntgeben muss, wenn für die Bieter „auf der Hand“ liegt, welche der im Gesetz genannten Zuschlagskriterien „nach den gesamten Umständen insbesondere nach Art des zu beschaffenden Gegenstands in Betracht kommen“.³⁴¹

Auch zum Nachweis der Zuschlagskriterien kann die öffentliche Beschaffungsstelle von den Unternehmen einen Nachweis durch Gütezeichen fordern, gem. §§ 43 Abs. 7 i.V.m. 24 UVgO (siehe zu den Anforderungen an das Gütezeichen in Abschnitt 6.2.2).³⁴²

Eine verbindliche Regelung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten – die auch unterhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung findet – enthält die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) in Artikeln 1 und 2 Abs. 3. Danach sind Dienststellen des Bundes dazu verpflichtet, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes das Lebenszykluskostenprinzip anzuwenden.³⁴³

³³⁸ Noch zur alten Rechtslage: BayObLG, Beschl. vom 03.07.2002 – Verg 13/02, NZBau 2003, S. 105 (108).

³³⁹ Herunterzuladen unter: <https://openjur.de/u/893202.html> (so am 31.1.2018).

³⁴⁰ Soudry, Daniel, Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2.

³⁴¹ Soudry, Daniel, Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2.

³⁴² Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 218.

³⁴³ Siehe oben Abschnitt 5.5.3.2 „Lebenszykluskosten“.

Exkurs: Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien und Nachweis

Die Verwendung von Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien ist auch im Unterschwellenbereich möglich. Auch hier ist zwischen den materiellen Anforderungen an die Zuschlagskriterien und dem Nachweis durch eine EMAS-Umwelterklärung zu unterscheiden (siehe dazu die Ausführungen oben in Abschnitt 5.5.5).

6.5 Ausführungsbedingungen (§ 45 UVgO)

Nach § 45 Abs. 2 S. 3 UVgO können die Ausführungsbedingungen auch im Unterschwellenbereich umweltbezogene Belange umfassen.³⁴⁴ Ebenso wie im Oberschwellenbereich (siehe Abschnitt 5.6) ist Voraussetzung, dass die Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in entsprechender Anwendung des § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen (§ 45 Abs. 2 S. 1 UVgO).³⁴⁵ Schreiben die öffentlichen Beschaffungsstellen Ausführungsbedingungen vor, müssen sie diese in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nennen (§ 45 Abs. 2 S. 2 UVgO).

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zum Nachweis, dass die Ausführungsbedingungen eingehalten werden, von den bietenden Unternehmen die Vorlage von Gütezeichen (bzw. gleichwertigen Gütezeichen) verlangen (§ 45 Abs. 3 UVgO der § 24 UVgO für entsprechend anwendbar erklärt). Die Bescheinigung von Konformitätsbewertungsstellen als Nachweis, kann – im Gegensatz zur Oberschwellenregelung in § 61 VgV – nicht verlangt werden.³⁴⁶

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) als Ausführungsbedingung

Bei der Auftragsausführung im Unterschwellenbereich können Umweltmanagementsysteme wie EMAS unter den gleichen Voraussetzungen wie im Oberschwellenbereich gefordert werden (siehe dazu Abschnitt 5.6.1). So verweist § 45 Abs. 2 UVgO auf § 127 Abs. 3 GWB.

³⁴⁴ § 45 Abs. 2 UVgO entspricht dem § 128 Abs. 2 GWB. Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 13.

³⁴⁵ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 226 ff.

³⁴⁶ Nach dem klaren Wortlaut von § 45 Abs. 3 UVgO, der § 24 UVgO für entsprechend anwendbar erklärt, sind nur Gütezeichen als Nachweis zugelassen. Hingegen könnten nach der Erläuterung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte auf S. 13, auch Bescheinigungen der Konformitätsbewertungsstellen i.S.d. § 34 VgV zulässig sein. So sollen den Erläuterungen zu Folge die Regelung des § 45 Abs. 3 UVgO im Wesentlichen dem § 61 VgV entsprechen. Dieser nimmt aber sowohl auf Bescheinigungen der Konformitätsbewertungsstellen (§ 33 VgV) als auch Gütezeichen (§ 34 VgV) Bezug.

6.6 Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung

Mit Einführung der UVgO sind die öffentlichen Beschaffungsstellen im Unterschwellenbereich gem. § 6 Abs. 1 UVgO verpflichtet das Vergabeverfahren von Beginn an in Textform zu dokumentieren. Eine entsprechende Anforderung bestand für Liefer- und Dienstleistungen bereits in § 20 VOL/A 2009. Der § 6 UVgO ist dem § 8 VgV sowie dem § 20 VOL/A 2009 nachgebildet. Gegenüber dem Oberschwellenbereich finden sich aber deutliche Vereinfachungen. So muss kein förmlicher Vergabevermerk angefertigt werden, sondern es reicht (lediglich) eine Dokumentation und – wie bisher – sind die einzelnen zu dokumentierenden Daten nicht vorgeschrieben.³⁴⁷ Vom BMWi wird aber die Dokumentation der folgenden Daten empfohlen³⁴⁸:

- ▶ die Gründe für die Anwendung der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe,
- ▶ die Gründe für den Verzicht auf die Vergabe von Teil- und Fachlosen,
- ▶ die Gründe, warum der Gegenstand des Auftrags die Vorlage von Eignungsnachweisen erfordert und ggf. warum in diesen Fällen Nachweise verlangt werden müssen, die über die Eignenerklärungen hinausgehen,
- ▶ die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
- ▶ die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung,
- ▶ den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes,
- ▶ ggf. die Gründe, aus denen der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags oder einer Rahmenvereinbarung verzichtet hat.

³⁴⁷ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 2.

³⁴⁸ Ebenda.

7 Zusammenfassung

Der Berücksichtigung von qualitativen, sozialen, umweltbezogenen und/oder innovativen Aspekten in der öffentlichen Beschaffung kommt der Rang von Grundsätzen zu. Die Verfolgung dieser strategischen Ziele wurde durch die Umsetzung der europäischen Vorgaben insbesondere aus der Richtlinie 2014/25/EU in § 97 Abs. 3 GWB gestärkt. Öffentlichen Beschaffungsstellen dürfen – wie auch schon vor der Gesetzesnovellierung im Jahr 2016 – oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte Umweltaspekte in der Beschaffung berücksichtigen. Darüber hinaus sind alle öffentlichen Beschaffungsstellen bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Waren, Geräten und Ausrüstungen sowie von Straßenfahrzeugen verpflichtet, Umweltaspekte zu berücksichtigen, wenn die Auftragswerte **über dem EU-Schwellenwert** liegen.

Die öffentlichen Beschaffungsstellen haben folgende Möglichkeiten, Umweltaspekte in Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte einzubeziehen:

1. Bei der Bedarfsermittlung und der Auswahl des Auftragsgegenstandes hat die öffentliche Beschaffungsstelle die Möglichkeit, von vornherein einen umweltfreundlichen Beschaffungsgegenstand zu wählen. Das europäische Primärrecht gebietet dabei, den Auftragsgegenstand so zu definieren, dass die Produkthanforderungen nicht weiter gehen, als es zur Erfüllung der festgelegten Aufgaben der öffentlichen Beschaffungsstelle – zu denen auch der Umweltschutz gehören kann – erforderlich ist. Die Ausschreibung darf nicht auf bestimmte Erzeugnisse eingeengt werden, ohne gleichwertige Erzeugnisse ebenfalls zuzulassen.
2. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann Umweltanforderungen an das Produkt oder die Bau- bzw. Dienstleistung in die Leistungsbeschreibung einbeziehen. Zulässig ist es, bestimmte umweltfreundliche Produktionsverfahren zu fordern, wenn sie dazu beitragen, das Produkt in seinen Merkmalen (sichtbar) oder unsichtbar zu charakterisieren. So kann z. B. bei der Beschaffung von Strom gefordert werden, dass der gelieferte Strom ganz oder zu einem gewissen Anteil aus erneuerbaren Energien stammt. Entsprechend können auch andere Produktionsverfahren dazu beitragen, das Produkt (auch „unsichtbar“) zu charakterisieren, wie z. B. auch die Einhaltung der IAÖ-Kernarbeitsnormen. Auch Lebenszykluskosten, z. B. Verbrauch von Strom und Wasser etc., können in die Leistungsbeschreibung einfließen. Lebenszykluskosten haben neben den Umweltauswirkungen auch unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen.
3. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer (Bau-)Leistung oder Ware pauschal auf Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV verweisen gem. § 31 VgV i.V.m. § 34 VgV, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird. Ferner darf sie zum Nachweis, dass die Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (die technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen betreffend) eingehalten sind, verlangen, dass die Produkte mit einem bestimmten Gütezeichen versehen sind. In den Vergabeunterlagen muss sie allerdings auch ausdrücklich den Nachweis durch gleichwertige Gütezeichen zulassen. Im Ergebnis bringt die ab 2016 gültige Rechtslage den öffentlichen Beschaffungsstellen für die Beschreibung der Anforderungen in der Leistungsbeschreibung und ihrem Nachweis damit erhebliche Erleichterungen.
4. Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für die öffentliche Beschaffungsstelle, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Bei Auftragswerten oberhalb

der EU-Schwellenwerte sind Nebenangebote allerdings nur dann zulässig, wenn die öffentliche Beschaffungsstelle sie ausdrücklich zugelassen hat. Zudem muss die öffentliche Beschaffungsstelle in diesem Fall die Mindestanforderungen an die Prüfung und Wertung der von ihm zugelassenen Nebenangebote in den Vergabeunterlagen benennen, was sich in der Praxis als problematisch oder zumindest als Hemmnis für innovative technische Varianten erweisen kann, da die öffentliche Beschaffungsstelle die Nebenangebote gewissermaßen antizipieren muss, obwohl sie in der Regel über ein geringeres technisches Know-how verfügt als die anbietenden Unternehmen.

5. Bei der Eignungsprüfung ist die öffentliche Beschaffungsstelle verpflichtet, Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen. Er kann zudem Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Neu ist, dass die öffentliche Beschaffungsstelle nicht nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Lieferaufträge zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens ein Umweltmanagementsystem im Unternehmen verlangen kann (vgl. § 49 VgV), wenn diese für die Ausführung des Auftrags wichtig sind. Als Nachweis kann eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangt werden. Gleichwertige Nachweise müssen akzeptiert werden.
6. Bei der Angebotswertung ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 GWB). Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten gehören können. Alle Zuschlagskriterien müssen in der Ausschreibung genannt und gewichtet werden. Bei der Wertung der Angebote dürfen keine Kriterien, die vorher nicht genannt wurden, herangezogen werden. Umweltbezogene Aspekte sind zulässig, wenn sie in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, der öffentlichen Beschaffungsstelle nicht erlauben, eine willkürliche Auswahl zu treffen, den Unternehmen bekannt gemacht worden sind und nicht gegen europäisches Primärrecht (insbesondere Diskriminierungsverbot) verstoßen.
7. Eine Bevorzugung inländischer Bewerber oder solcher, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, ist sowohl nach nationalen Normen als auch nach europäischem Recht unzulässig.
8. Bei der Ausführung des Auftrags darf die öffentliche Beschaffungsstelle von den Unternehmen fordern, dass sie Umweltgesichtspunkte einbeziehen. Es muss sich aber um Bedingungen handeln, die sich gerade auf die Erfüllung des Vertrages bzw. die Auftragsausführung beziehen, d. h. nicht ganz allgemein das (sonstige) Verhalten des bietenden Unternehmens betreffen. Zudem sind die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts zu beachten. Zulässig sind regelmäßig Anforderungen an die Lieferung von Waren und ihre Verpackung, die Rücknahme von Abfall oder die Durchführung von Bau- oder Dienstleistungen sowie die Art der Durchführung oder die Schulung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Grundsätzlich nicht zulässig hingegen sind Ausführungsklauseln, die bietenden Unternehmen aufgrund von Anforderungen an den Transport der Waren oder Materialien diskriminieren. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Diskriminierung im Einzelfall aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist (siehe Abschnitt 5.6).

9. Das Vergabeverfahren muss die öffentliche Beschaffungsstelle von Beginn an in Textform dokumentieren und einen Vergabevermerk erstellen, in dem der Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, unter anderem damit die öffentliche Beschaffungsstelle später nachweisen kann, dass umweltbezogene Aspekte nicht missbräuchlich verwendet worden sind.
10. Auch bei Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte ist eine umweltfreundliche Beschaffung rechtlich unproblematisch zulässig. Durch die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) werden die Anforderungen im Unterschwellenbereich weitestgehend dem Oberschwellenbereich angepasst.

8 Quellenverzeichnis

Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Nette, Alexander (2002): Handbuch Vergaberecht. München.

Energierechtskanzlei AssmannPeiffer (2017): Beschaffung von Ökostrom - Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom im offenen Verfahren, herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/beschaffung-von-oekostrom-arbeitshilfe-fuer-eine-0>.

Barth, Regine/Fischer, Almuth (2002): Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz: Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, S. 1184 ff.

Beckmann, Martin (2004), Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2004, S. 600.

Burgi, Martin, Vergaberecht (2016) : Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, München, 2016.

Burgi, Martin / Dreher, Meinrad (2017): Beck'scher Vergaberechtskommentar, München, 3. Auflage, 2017.

Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016): Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, VBIBW vom 1.6.2016, S. 221.

BMWi (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 7.01.2015; herunterzuladen unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>.

BRAK (2016): Stellungnahme Nr. 35/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vom Oktober 2016 zum Entwurf des BMWi zur UVgO.

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände (2016): Stellungnahme zum Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), 20.10.2016.

Burgi, Martin (2015): Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597.

Dageförde, Angela/Dross, Miriam (2005): Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, S. 19.

Dageförde, Angela (2013): Einführung in das Vergaberecht, 2. Auflage.

Dageförde, Angela (2012): Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren.

Dageförde-Reuter, Angela (2004): Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Dissertation, Berliner Umweltrechtliche Schriften, Berlin 2004.

Dageförde, Angela (2002): Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2002, S. 597.

Dross, Miriam/Dageförde, Angela/Acker, Hendrik (2008): Rechtsgutachten Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien. UBA Texte 41/2008. Dessau-Roßlau. Herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/3661.pdf>.

Europäische Kommission (2016a): Public Procurement Indicators 2014 DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, February 2, 2016, Brüssel.

Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, Brüssel; herunterzuladen unter: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_de.pdf.

Europäische Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung! Brüssel, herunterzuladen unter: http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_2011_de.pdf.

Europäische Kommission (2008): Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen vom 16.7.2008, KOM 2008 (400) endgültig.

Europäische Kommission (2001): Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg, Abl. der EG Nr. C 2001.

European Commission (2016): Buying green! A handbook on green public procurement, 3. Aufl. 2016.

Gabriel, Marc / Krohn, Wolfram / Neun, Andreas (2017): Handbuch Vergaberecht, Gesamtdarstellung und Kommentierung zu Vergaben nach GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VOB/A, UVgO, VOL/A, VO(EG) 1370, SGB V, AEUV, München, 2. Auflage, 2017.

Gabriel, Marc / Mertens, Susanne / Prieß, Hans-Joachim / Stein, Roland (2017): Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 4. Auflage 31.07.2017.

Halstenberg, Michael / Klein, Benjamin (2017): Neues zu den Anforderungen bei der Verwendung von Normen, Zertifikaten und Gütezeichen in Vergabeverfahren, NZBau 2017, S. 469.

Hermann, Andreas (2012): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 35/2012. Dessau-Roßlau.

Heyne, Karolin (2011): Die Verfolgung von Umweltschutzziele im öffentlichen Beschaffungswesen – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Unionszielbestimmung zum Umweltschutz, ZUR 2011, S. 578.

Huber, Peter/ Wollenschläger, Ferdinand (2005): EMAS und Vergaberecht – Berücksichtigung ökologischer Belange bei öffentlichen Aufträgen, WiVerw 2005, S. 212 ff.

Jasper, Ute/Marx, Friedhelm (2006): Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 9. Auflage 2006.

Kloepfer, Michael (2015): Das Beschaffungs- und Vergabewesen als Instrument des Umweltschutzes, EurUP 2015, S. 214.

Kompass Nachhaltigkeit: Öffentliche Beschaffung, Konformitätsprüfung mit § 34 Abs.2 Nr.2-5 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV). Herunterzuladen unter https://www.kompass-nachhaltigkeit.de/fileadmin/user_upload/Doks_fuer_Guetezeichen-Finder/Konformitaetspruefung_Guetezeichen_mit___34_Abs.2_VgV_.pdf.

Krönke, Christoph (2016): Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Marx, Friedhelm/ Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim: Kommentar zur VgV, Neuwied, 2016.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/ /Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (2016): Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied, 4. Aufl. 2016.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Marx, Friedhelm/ Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (2014): Kommentar zur VOB/A, Neuwied, 2014.

Kühl, André (2016): Was erwartet uns mit der Unterschwellenvergabeverordnung?

Lausen, Irene (2017): Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, NZBau, 2017, S. 3.

Leifer / Mißling (2004): Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 256.

Lell, Otmar (2003): Umweltbezogene Produktkennzeichnungen im deutschen, europäischen und internationalen Recht. Berlin.

- Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael (2017): Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017) – Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (vormals VOL/A Abschnitt I), Bonn/Koblenz, 2017.
- Müller-Wrede, Malte (2017): VgV/UVgO einschließlich VergStatVO, Köln, 2017.
- Reidt, Olaf / Stickler, Thomas / Glahs, Heike (2017): Vergaberecht Kommentar, Köln, 4. Auflage, 2017.
- Müller-Wrede, Malte (2005): Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32.
- Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014. Dessau-Roßlau.
- Schneiders, Ralf (2007): Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.
- Solbach, Thomas (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, in: Pünder, Hermann/Prieß, Joachim, Vergaberecht im Umbruch II- Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung.
- Soudry, Daniel (2017): Der letzte Schliff der UVgO – Rolle rückwärts oder das Beste zum Schluss?, Vergabeblog.de vom 9.2.2017, Nr. 29138; herunterladen unter <https://www.vergabeblog.de/2017-02-09/der-letzte-schliff-der-uvgo-rolle-rueckwaerts-oder-das-beste-zum-schluss>.
- Soudry, Daniel (2017): Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 1/2, Vergabeblog.de vom 9.2.2017, Nr. 29138; herunterladen unter <http://www.vergabeblog.de/2016-12-01/das-wichtigste-zur-neuen-unterschwellenvergabeordnung-uvgo-teil-12>.
- Soudry, Daniel (2017): Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2, Vergabeblog.de vom 11.12.2016, Nr. 28201; herunterladen unter <https://www.vergabeblog.de/2016-12-11/das-wichtigste-zur-neuen-unterschwellenvergabeordnung-uvgo-teil-22>.
- Trautner, Wolfgang (2016): Vergaberecht – die permanente Reform, NZBau 2016, S. 721.
- Umweltbundesamt (2014): Umweltfreundliche Beschaffung: Schulungsskript 3 - Einführung in die Verwendung von Produktkriterien aus Umweltzeichen; herunterladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung-schulungsskript-3>.
- Umweltbundesamt (Hrsg.) (2008): Umweltfreundliche Beschaffung, ökologische & wirtschaftliche Potenziale rechtlich zulässig nutzen. Dessau-Roßlau. Abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung>.
- Voppel, Reinhard / Osenbrück, Wolf / Bubert, Klaus (2018): VgV Kommentar, München, 4. Auflage, 2018.
- Willenbruch, Klaus / Wiedekind, Kristina (2018): Kompaktkommentar Vergaberecht, Köln, 4. Auflage, 2017.
- Wollenschläger, Ferdinand (2007): Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388.
- Zdzieblo, Wolfgang, in: Daub, Walter/Eberstein, Hans (2000): VOL/A, 5. Aufl. Hannover, 2000.
- Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201.
- Zeiss, Christopher (2010): Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte. Köln.
- Ziekow, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen. Bonn, revidierte Neuauflage 2013.
- Ziekow, Jan/ Völlink, Uwe-Carsten (2018): Vergaberecht, Kommentar. 3. Auflage München, 2018.
- Ziekow, Jan/ Völlink, Uwe-Carsten (2013): Vergaberecht, Kommentar. 2. Auflage München, 2013.

9 Entscheidungsverzeichnis

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 3.07.2002, Verg 13/02; NZBau 2003, S. 105.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10. Mai 2016 Az. X ZR 66/15, herunterzuladen unter: <https://open-jur.de/u/893202.html>.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.12.2011, Az. VII ZR 67/11

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2006, 1 BVL 4/00, herunterzuladen unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/07/ls20060711_1bvl000400.html.

EuGH, Urteil vom 10.05.2012, C 368/10 (Max HAVELAAR)

EuGH, Urteil vom 20.05.2010, T-258/06.

EuGH, Urteil vom 21.07.2005, C-231/03.

EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03.

EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03.

EuGH, Urteil vom 04.12.2003, C-448/01.

EuGH, Urteil vom 10.04.2003, C-20/01 und C-28/01.

EuGH, Urteil vom 24.07.2003, C-280/00.

EuGH, Urteil vom 17.09.2012, C-513/99.

EuGH, Urteil vom 03.12.2001, C-59/00.

EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-324/98.

EuGH, Urteil vom 28.10.1999, C-328/96.

EuGH, Urteil vom 16.09.1999, C-27/98.

EuGH, Urteil vom 24.01.1995, C-359/93.

EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87.

LG München I, Beschluss vom 18.04.2012, Az.: 11 O 7897/12.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2014, VII-Verg 30/14.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012, VII Verg. 82/11.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012, VII Verg. 82/11.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.2009, VII Verg 37/09.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.03.2009, Verg VII 67/08 – NZBau 2009,334.

OLG München, Beschluss vom 02.03.2009, Verg 01/09.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005, VII-Verg 93/04.

OLG Rostock, Beschluss vom 30.05.2005, 17 Verg 4/05.

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.04.2005, 6 Verg 1/05, ZfBR 2005, 616.

OLG Schleswig, Beschluss vom 09.01.2005, VK-St 37/04.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29. April 2014 – 1 S 1458/12 –, juris

Vergabekammer Baden-Württemberg beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2003, 1 VK 25/03.

2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.04.2002, VK2-10/02, <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2002/VK2-10-02.html>.

3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 10.05.2010, VK3-42/10, <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2010/VK3-42-10.html>.

Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 02.07.2008 - 21.VK-3194-29/08.

Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.01.2005, VK-SH 37/04.