

Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

UMWELTFORSCHUNGSPLAN DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT,
NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT

Forschungskennzahl 3709 95 301

Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

von

Andreas Hermann
Öko-Institut e.V., Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

UMWELTBUNDESAMT

Diese Publikation ist ausschließlich als Download unter <http://www.uba.de/uba-info-medien/4314.html> verfügbar.

Die in der Studie geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit denen des Herausgebers übereinstimmen.

ISSN 1862-4804

Durchführung
der Studie: Öko-Institut e.V.
Novalisstraße 10
10115 Berlin

Abschlussdatum: April 2012

Herausgeber: Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel.: 0340/2103-0
Telefax: 0340/2103 2285
E-Mail: info@umweltbundesamt.de
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>
<http://fuer-mensch-und-umwelt.de/>

Redaktion: Fachgebiet III 1.3 Ökodesign, Umweltkennzeichnung, Umweltfreundliche Beschaffung

Rüdiger Weidlich, Dagmar Kase

Dessau-Roßlau, Juli 2012

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkung zur Aktualisierung	3
2	Einführung	4
3	Die relevanten Rechtsnormen	9
4	Die Reform des deutschen Vergaberechts.....	13
4.1	EU-Vergaberechtsmodernisierung	16
4.2	Umsetzung der Richtlinie Verteidigung und Sicherheit.....	17
5	Typischer Verlauf eines Vergabeverfahrens	19
5.1	Verfahren oberhalb der Schwellenwerte VOL/A und VOB/A.....	20
5.2	Vergabe von freiberuflichen Leistungen VOF	24
5.3	Verfahren unterhalb der Schwellenwerte.....	25
6	Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	29
6.1	Festlegung des Auftragsgegenstands	29
6.1.1	Einengung auf einen einzelnen Bieter durch die Wahl des Auftragsgegenstands.....	30
6.1.2	Anforderungen an die Festlegung des Auftragsgegenstands nach nationalem Recht.....	34
6.2	Erstellen der Verdingungsunterlagen	36
6.2.1	Leistungsbeschreibung	39
6.2.2	Umweltzeichen	42
6.2.3	Veröffentlichung der Ausschreibung und Versendung der Vergabeunterlagen ..	45
6.3	Auswahl der Bieter (Eignungsprüfung)	45
6.4	Angebotswertung	49
6.4.1	Allgemeine Regeln	49
6.4.2	Zuschlagskriterien	50
6.4.3	Lebenszykluskosten	52

6.4.4	Externe Kosten	53
6.4.5	Produktionsmethoden	55
6.4.6	Willkürverbot und Gewichtung der Kriterien	56
6.4.7	Diskriminierungsverbot und Einengung auf einen Bieter	57
6.5	Nebenangebote	60
6.6	Auftragsausführung	61
6.7	Berücksichtigung von Umweltaspekten des Transports	66
6.8	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung	67
6.9	Zusammenfassung	68
7	Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	71
7.1	Festlegung des Auftragsgegenstands	73
7.2	Leistungsbeschreibung	74
7.3	Auswahl der Bieter (Eignungsprüfung).....	75
7.4	Angebotswertung	75
7.5	Ausführungsklauseln	76
8	Umweltanforderungen bei Auftragsvergabe in den sog. Sektoren	77
9	Rechtsschutz	80
10	Zusammenfassung	85
11	Literatur	87
12	Entscheidungsverzeichnis	92

Abkürzungsverzeichnis

Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. 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	Bayrisches Oberlandesgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundshaushaltsordnung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
c.i.c.	culpa in contrahendo
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVA	Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
endg.	Endgültig
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Euwid	Europäischer Wirtschaftsdienst
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fn.	Fußnote
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
KoordRL	Koordinierungsrichtlinie
KOM	Europäische Kommission
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite, Satz
SektVO	Sektorenverordnung
Unterabs.	Unterabsatz
u.a.	unter anderem
v.	von, vom
Verg	Vergabe
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
WTO	Welthandelsorganisation
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

1 Vorbemerkung zur Aktualisierung

Im Jahr 2008 hat das Öko-Institut im Auftrag des Umweltbundesamtes zusammen mit Dr. Angela Dageförde von der Rechtsanwaltskanzlei Prof. Versteysl Rechtsanwälte in einem Rechtsgutachten die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht untersucht. Die zweite Stufe der Vergaberechtsreform war gerade abgeschlossen. Seit dem 11. Juni 2010 ist nunmehr die dritte Stufe der Vergaberechtsreform in Deutschland beendet. Zahlreiche Rechtsvorschriften wurden geändert, neu gefasst oder abgeschafft. Ziel der vorliegenden Aktualisierung des Rechtsgutachtens aus dem Jahr 2008 ist es, die wesentlichen Änderungen in Bezug auf eine umweltfreundliche Beschaffung aufzuzeigen. Zu beachten war dafür insbesondere die Neufassung der folgenden Rechtsvorschriften:

- Die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VGV)¹,
- Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO)²,
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)³,
- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL)⁴ und
- Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF)⁵.

¹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) vom 9.1.2001 in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Verordnung vom 9.5.2011 (BGBl. I 2011, S. 800).

² Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) in der Fassung vom 23.9.2009 (BGBl. I 2009, S. 3110) zuletzt geändert durch Verordnung vom 9.5.2011 (BGBl. I 2011, S. 800).

³ VOB/A – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen i.d.F. der Bekanntmachung v. 31.7.2009 (Bundesanzeiger Nr. 155 vom 15.10.2009), geändert durch Bekanntmachung vom 19.2.2010 (Bundesanzeiger Nr. 36 vom 5.3.2010, S. 940).

⁴ VOL/A – Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.11.2009 (Bundesanzeiger Nr. 196a vom 29.12.2009, berichtigt im Bundesanzeiger Nr. 32 vom 26.2.2010, S. 755).

⁵ VOF – Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen i.d.F. der Bekanntmachung v. 18.11.2009 (Bundesanzeiger Nr. 185a v. 8.12.2009).

2 Einführung

Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe hat in den letzten Jahren stetig an Bedeutung gewonnen. Das lässt sich an verschiedenen Indikatoren ablesen: die europaweiten Praxisbeispiele aus verschiedenen Ländern, Städten und Gemeinden die Zahl der Veröffentlichungen und Internetseiten zum Thema, aber auch die Gerichtsentscheidungen, die der Europäische Gerichtshof und nationale Gerichte zu der Frage der Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten im Vergaberecht gefällt haben. Das EU-Projekt „Green Public Procurement in Europe“ hat 2005 versucht, europaweit den Anteil der Vergabeverfahren, bei denen umweltbezogene Aspekte eine Rolle spielen, zu erfassen.⁶ Dieser Untersuchung zufolge wurden in Deutschland bereits bei 60 % aller öffentlichen Vergabeverfahren Umweltaspekte in die Vergabeentscheidung einbezogen.⁷ Allerdings sind in dieser Zahl auch alle Vergaben enthalten, bei denen nur ein bis drei umweltbezogene Aspekte einbezogen wurden. Auch wurden gerade für Produktgruppen, die sich besonders für die umweltfreundliche Beschaffung eignen, keine oder zu wenige umweltbezogene Aspekte aufgestellt.⁸

In Ihrer Mitteilung „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“ vom 16. Juli 2008⁹ formulierte die Europäische Kommission das Ziel, dass bis zum Jahr 2010 50 % 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 27 EU-Mitgliedstaaten¹⁰ konnte das 50 %-Ziel insgesamt nicht erreicht werden. 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*-

⁶ M. Bouwer, K. de Jong, M. Jonk, T. Berman, R. Bersani, H. Lusser, A. Nissinen, K. Parikka und P. Szuppinger, 2005, Green Public Procurement in Europe 2005 – Status overview, <http://www.gpp-europe.net> (so am 27.5.2011).

⁷ Ebenda, S. 43 - 44.

⁸ Ebenda, S. 44.

⁹ KOM(2008) 400, siehe: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:DE:PDF> (Stand 14.4.2012).

¹⁰ Centre for European Policy Studies (CEPS) und College of Europe, „The Uptake of Green Public Procurement in the EU27“, Brüssel 29. Februar 2012; siehe: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/CEPS-CoE-GPP%20MAIN%20REPORT.pdf> (Stand 14.4.2012).

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.

Kernkriterien¹² oder vergleichbare Umweltkriterien eingefordert wurden. In Deutschland entsprachen nur zwischen 20 und 40 % 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 Kok-Report, genannt wird.¹³ Die EU-Kommission hat den Mitgliedsstaaten empfohlen, Aktionspläne für eine umweltfreundliche Beschaffung aufzustellen,¹⁴ in denen quantitative Ziele für eine umweltfreundliche Beschaffung festgesetzt werden.¹⁵ Gleichzeitig sollen die Aktionspläne konkrete Ziele im Hinblick auf einzelne Produktgruppen und Organisationen sowie das Training von Beschaffern vorsehen. Der Empfehlung der Kommission sind inzwischen viele Mitgliedsstaaten nachgekommen.¹⁶

Die Bundesregierung unterstützt die Initiative der Europäischen Kommission, den umweltfreundlichen Einkauf durch die öffentliche Hand zu fördern.¹⁷ Gleichzeitig steht

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 (so am 14.4.2012).

¹³ Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe wird erwähnt unter anderem in Art. 3 Ziff. 6 des sechsten Umweltaktionsprogramms (Beschl. Nr. 1600/2002/EG des EP u. des Rates v. 22.7.2002 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 18.6.2003, 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. Juni 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. März 2005 und vom 23.-24. März 2006.

¹⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament v. 18.6.2003, 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.

¹⁵ European Commission, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8.

¹⁶ Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm (so am: 25.05.2011).

¹⁷ Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedsstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

die Bundesregierung der Aufstellung von Aktionsplänen für grüne Beschaffung bislang kritisch gegenüber, insbesondere soweit sie quantitative Ziele umfassen sollen. Dies wird zum einen damit begründet, dass ein nationaler Aktionsplan bereits aus staatsorganisatorischer Sicht kaum zu realisieren wäre, weil in einem föderalen Staat die Einbeziehung von Ländern und Kommunen sehr schwierig ist. Zum anderen sieht die Bundesregierung bislang einen Konflikt zwischen quantitativen Zielvorgaben für umweltfreundliche Beschaffung und dem vorrangigen Ziel des Vergaberechts, dem wirtschaftlichen Einkauf durch die öffentliche Hand.¹⁸

Das Thema „umweltfreundliche öffentliche Beschaffung“ hat in den letzten Jahren immer mehr Fahrt aufgenommen. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Strom- und Wärmeversorgung, der nachhaltigen Mobilität, der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie der Beleuchtung für Industrie und Kommunen.¹⁹

Entgegen der eher positiven Einschätzung 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.²⁰ Inzwischen kann an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in die öffentliche Auftragsvergabe nicht mehr gezweifelt werden, was vor allem auf die Entwicklung des Europarechts auf diesem Gebiet zurückzuführen ist. Während zunächst mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs²¹ sowie eine Interpretierende Mitteilung der Kommission²² zur Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe nach europäischem Recht positiv Stellung nahmen, sind die dort aufgestellten Grundsätze 2004 nunmehr in die Neufassung der europäischen Vergaberichtlinien eingeflossen.²³ Durch die

¹⁸ Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedsstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

¹⁹ Konferenzreport - Deutscher Industrie- und Handelskammertag Fachkonferenz „Grüne Beschaffung. Handlungsfelder und politische Rahmenbedingungen“ 16. Juni 2010.

²⁰ Siehe beispielsweise Ax/Schneider/Nette, Handbuch Vergaberecht, 2002, S. 200 unter dem Stichwort „Vergabefremde Kriterien“.

²¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17.9.2002 im Fall C-513/99 („Concordia Bus“) und Urteil vom 4.12.2003 im Fall C-448/01 („Wienstrom“).

²² Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001 KOM (2001) 274 endg. (im Folgenden: Interpretierende Mitteilung), (ABl. EG Nr. C 333 v. 28.11.2001), S. 4, vgl. zur Interpretierenden Mitteilung auch A. Dageförde, NZBau 2002, 597, und A. Fischer/R. Barth, NVwZ 2002, 1184.

²³ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (nachfolgend: Richtlinie 2004/18/EG); ABl. EG Nr. L 134/114 v. 30.4.2004; zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. der EG L 319 vom 2.12.2011, S. 43.

Verankerung von Regelungen, die sich auf Umweltaspekte in technischen Spezifikationen oder in Auftragsausführungsbedingungen beziehen sowie den Ausschluss von Teilnehmern, die Angebotswertung oder auch die Zulässigkeit von Umweltmanagementsystemen betreffen²⁴, sind viele bis dahin streitig diskutierte Fragen abschließend rechtlich verankert worden. Im Gesetzgebungsverfahren waren immer wieder auch die Umweltaspekte strittig.²⁵ In einigen Punkten wurde ein Kompromiss erzielt, der allerdings nicht über das hinausgeht, was bereits richterrechtlich für zulässig erklärt worden war.

Die Rechtswissenschaft hat sich in den letzten Jahren eingehend mit der Frage beschäftigt, ob es zulässig ist, Umweltaspekte im Rahmen der Erteilung öffentlicher Aufträge einzubeziehen.²⁶ Nach Auffassung der Verfasser war die Zulässigkeit der Einbeziehung von Umweltkriterien bereits vor der Reform der EU-Vergaberichtlinien durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abgesichert. Die Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stellte die Europäische Kommission schon in ihrer interpretierenden Mitteilung aus dem Jahr 2001 dar.²⁷

Die Fragen, die sich hinsichtlich einer Einbeziehung von Umweltaspekten im Verlauf des Vergabeverfahrens stellen, werden im Folgenden diskutiert. Festzuhalten ist, dass die erfolgte, explizite Verankerung von Umweltaspekten einen Fortschritt für den Umweltschutz bedeutet. Denn bei öffentlichen Auftraggebern herrschte in der Vergangenheit häufig Unsicherheit über die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine

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 134/1 v. 30.4.2004; zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. der EG L 319 vom 2.12.2011, S. 43.

²⁴ Dazu: A. Dageförde und M. Dross, Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, in: NVwZ 2005, S. 19.

²⁵ Siehe dazu unten unter „Verfahren unterhalb der Schwellenwerte“.

²⁶ Barth/Dross/Fischer, Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, in: Barth, Erdmenger, Günther (Hrsg.), Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, Heidelberg 2005; Dageförde, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, 2004; Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, Köln 2003; Losch, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, 2005; Mechel, Die Förderung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden 2006; Scharpenack, Sekundärzwecke im Vergaberecht, Frankfurt/Main 2005; Ziekow, Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien; in: Pitschas/Ziekow, (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Berlin 2006, S. 151 sowie zahlreiche Publikationen in Zeitschriften.

²⁷ 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.).

umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, die ihrerseits dazu beitrug, dass sie als schwierig und riskant wahrgenommen wurde.²⁸ Dieses Gutachten soll einen Beitrag dazu liefern, dass diese „Hürde“²⁹ der umweltfreundlichen Beschaffung abgebaut wird.

Das folgende Rechtsgutachten weicht in seinem Aufbau von dem in anderen Publikationen üblicherweise gewählten Gang der Untersuchung anhand der verschiedenen Rechtsgebiete Völkerrecht, europäisches Recht und deutsches Recht ab. Die rechtliche Untersuchung orientiert sich – nach einer Einführung der wesentlichen Rechtsquellen – vielmehr 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 diese noch nicht in das deutsche Recht umgesetzt worden sind, wenn neue Entwicklungen erfolgen oder wenn rechtliche Aspekte diskutiert werden, die sich aus dem europäischen Primärrecht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ergeben, oder wenn dies zur Verdeutlichung notwendig ist.

²⁸ Günther; L. Scheibe, The Hurdle Analysis. A Self-evaluation Tool for Municipalities to Identify, Analyse and Overcome Hurdles to Green Procurement. In: Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 13. Jg. (2006), Vol. 2, S. 61.

²⁹ Günther (2003): Hurdles in green purchasing: method, findings and discussion of the hurdle analysis. In: C. Erdmenger (Hrsg.) (2003): Buying into the environment. Experiences, opportunities and potential for eco-procurement. Sheffield (Greenleaf) 2003, S. 30-50. E. Günther; L. Scheibe, (peer reviewed), The hurdles analysis as an instrument for improving environmental value chain management. In: Progress in Industrial Ecology, Vol. 2 (2005), Nr. 1, S. 107-131; E. Günther; L. Scheibe, The Hurdle Analysis. A Self-evaluation Tool for Municipalities to Identify, Analyse and Overcome Hurdles to Green Procurement. In: Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 13. Jg. (2006), Vol. 2, S. 61-77.

3 Die relevanten Rechtsnormen

Im Folgenden soll vorab ein Überblick über die verschiedenen Ebenen der für die öffentliche Beschaffung relevanten rechtlichen Normen und ihr Zusammenspiel gegeben werden.

Unter Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der nationalen und internationalen Regeln und Vorschriften, die ein Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, die er zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.³⁰ Völkerrechtlich bildet das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994,³¹ das in der Welthandelsorganisation WTO im Rahmen der Uruguay-Runde abgeschlossen wurde, für die Mitgliedsstaaten als Teil des Gemeinschaftsrechts den verbindlichen Rahmen. Die Vorgaben des Übereinkommens sind in das geltende EU-Vergaberecht eingeflossen.³²

Die öffentliche Hand hat auf europäischer Ebene die Vorschriften des Europäischen Primärrechts zu beachten, insbesondere den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³³ sowie die Vergabekoordinierungsrichtlinien³⁴, soweit sie noch nicht umgesetzt und unmittelbar anwendbar sind.³⁵ Bei der Novelle der EU-

³⁰ BVerfG, Urteil v. 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), vgl. unten unter „Umweltanforderungen bei Auftragsvergabe in den sogenannten Sektoren“.

³¹ Government Procurement Agreement, in Kraft getreten am 1.1.1996, ABl. EG Nr. C 256, S. 1. Bei diesem Abkommen handelt es sich um eins der vier „plurilateralen Abkommen“ der Uruguay-Runde, die nicht automatisch für alle WTO-Mitgliedsstaaten gelten, sondern nur für die, die sie gesondert ratifiziert haben.

³² Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, Einführung, Rn. 20. Zu den Anforderungen des WTO-Rechts vgl. Tietje/Wolf, Das Welthandelsrecht als Grenze für Umweltbeihilfen und ökologisierte Auftragsvergabe, in: Schneider (Hrsg.) Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik, Osnabrück 2005, S. 85; Scharpenack, Sekundärzwecke im Vergaberecht, Frankfurt/Main 2004, S. 65 ff.

³³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABl. der EG Nr. C 115, S. 47, zuletzt geändert durch Art. 1 Änderungs-Beschluss 2011/199/EU vom 25.3. 2011, ABl. der EG Nr. L 91, S. 1.

³⁴ Richtlinie 2004/18/EG und Richtlinie 2004/17/EG, siehe Fn. 24.

³⁵ 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 der Europäischen Gerichtshofs voraus, dass die Richtlinie nicht innerhalb der Umsetzungsfrist in nationales Recht umgesetzt wurde, dass die entsprechende Richtlinien-Bestimmung hinreichend bestimmt und unbeding ist und den Bürger begünstigt. Die EU-Vergaberichtlinien wurden von der Bundesrepublik erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 31.1.2006 in deutsches Recht umgesetzt. Ein Teil der nicht fristgerecht umgesetzten Richtlinien war daher vorübergehend unmittelbar anwendbar, vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Rundschreiben zur Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 26. Januar 2006. Zu den Konsequenzen im Vergaberecht vgl.

Vergaberichtlinien, die im Jahr 2004 abgeschlossen worden ist, wurden auch Bestimmungen aufgenommen, die sich speziell auf die Berücksichtigung von Umweltaspekten im Vergabeverfahren beziehen.

Der nationale Rechtsrahmen ist auch nach der Vergaberechtsreform 2009 von einem Kaskadensystem geprägt. In diesem System kommt der Vergabeverordnung (VgV) eine „Scharnierfunktion“ zwischen dem europaweit harmonisierten Vergaberecht im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen³⁶ (§§ 97 ff. GWB) und den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL, VOB und VOF) zu. Die materiellen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen werden durch Verweisungen in der VgV oberhalb der EU-Schwellenwerte zu verbindlichem Außenrecht.³⁷

Die EU-Schwellenwerte betragen:

- für Bauaufträge gem. § 2 Nr. 3 VgV 5.000.000 Euro,
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge gem. § 2 Nr. 2 VgV 200.000 Euro,
- Sonderregeln gelten für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im sogenannten Sektorenbereich (400.000 Euro, § 1 Abs. 2 SektVO) sowie für Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberster oder oberer Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen gem. § 2 Nr. 1 VgV 130.000 Euro.

Die sogenannten Vergabe- und Vertragsordnungen VOB, VOL und VOF geben die Einzelheiten der Vergabeverfahren konkret vor. Bei ihnen handelt es sich nicht um Gesetze bzw. staatliche Normen³⁸; sie erhalten aber über die Verweisungen in der Vergabeordnung³⁹ in Teilen Rechtsnorm-, nämlich Verordnungscharakter.⁴⁰ Die Vergabe- und Vertragsordnungen selbst werden in den so genannten Vergabe- und Vertragsausschüssen erarbeitet.⁴¹

Ax/Telian/Terschüren, Welche Folgen drohen bei einer nicht rechtzeitigen Umsetzung der das deutsche Vergaberecht regelnden Richtlinie 2004/18/EG (KoordRL), ZfBR, 2006, 123.

³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 26.8.1998 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Artikel 13 Absatz 21 des Gesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102).

³⁷ Just/Sailer, NVwZ 2010, S. 937.

³⁸ Zum Zusammenwirken der gesetzlichen Grundlagen und Verdingungsordnungen in Form eines „mehrstufigen Rechtsgrundlagen-Mixes“ vgl. Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Einführung, Rn. 12.

³⁹ §§ 2 VgV.

⁴⁰ Dies betrifft die Abschnitte 2 ff. der Vergabe- und Vertragsordnungen, auf die §§ 4 ff. VgV verweisen.

⁴¹ Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), Vergabe- und Vertragsausschuss für Leistungen (DVAL), Hauptausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen.

Ferner muss die Vergabestelle haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen, insbesondere die Bundeshaushaltsordnung (BHO)⁴², die Landeshaushaltsordnungen bzw. die Gemeindehaushaltsverordnungen sowie eine Vielzahl von Verwaltungsvorschriften beachten.⁴³ 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.⁴⁴

Die unterschiedlichen Rechtsrahmen sind auch deshalb von Bedeutung, weil sie die verschiedenen Ziele, die mit dem Vergaberecht angestrebt werden, deutlich machen. Das deutsche Vergaberecht war ursprünglich ein spezieller Teil des Haushaltsrechts. Primär werden deshalb immer Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Ziele des "traditionellen" deutschen Vergaberechts genannt. Demgegenüber will das europäische Vergaberecht vor allem den europäischen Binnenmarkt verwirklichen. Die erlassenen Richtlinien dienen deshalb der Marktöffnung zwischen den Mitgliedsstaaten. Dieses Ziel verfolgen auch die europäischen Grundfreiheiten, die immer, d.h. bei der Vergabe von Aufträgen ober- und unterhalb der Schwellenwerte, beachtet werden müssen. Das deutsche Vergaberecht kann schon deshalb nicht mehr allein unter dem Blickwinkel der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit betrachtet werden, weil diese ursprünglichen Ziele durch die mit den EU-Vergaberichtlinien verfolgten Ziele überlagert wurden, was insbesondere dadurch deutlich wurde, dass sich der deutsche Gesetzgeber 1998 für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte dafür entschieden hat, das Vergaberecht nunmehr im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu regeln, um so der neuen Zielsetzung des Vergaberechts Rechnung zu tragen. Abgesehen davon ist auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte in den Vergabe- und Vertragsordnungen bestimmt, dass die Vergabe im Wettbewerb und ohne Diskriminierung erfolgen soll (§ 2 Abs. 1 und 2 VOB/A, § 2 Abs. 1 VOL/A). Durch die Aufnahme von umweltbezogenen Aspekten in die EU-Vergaberichtlinien und daher nunmehr auch in die Vergabe- und Vertragsordnungen ist der Umweltschutz explizit als ein Ziel staatlichen Handelns⁴⁵ in das Vergaberecht aufgenommen worden. Es ist damit nicht mehr zeitgemäß, Umweltaspekte unter dem Stichwort „vergabefremde

⁴² Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19.8.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 9.12.2010, BGBl. I S. 1885.

⁴³ Dazu zählt auch eine Vielzahl von Landesgesetzen und Verwaltungsvorschriften, darunter auch solche, die die der Förderung bestimmter Regionen, Personengruppen oder Technologien bezwecken, siehe dazu umfangreiche Nachweise bei Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, Fn. 13-30.

⁴⁴ Siehe dazu Kapitel 7 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

⁴⁵ In Artikel 20a Grundgesetz wurde der Umweltschutz als Staatszielbestimmung aufgenommen; er lautet: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

Kriterien“ zu diskutieren. Im Folgenden wird auf diesen ohnehin im Vergaberecht einen anderen Tatbestand bezeichnenden Ausdruck⁴⁶ verzichtet.

⁴⁶ § 16 Nr. 2 VOL/A a.F. nannte als unzulässige vergabefremde Zwecke eines Vergabeverfahrens beispielhaft die Ertragsberechnung, Vergleichsanschläge und Markterkundung. § 16 VOB/A a.F. nannte ebenfalls explizit Ertragsberechnungen als untersagten vergabefremden Zweck.

4 Die Reform des deutschen Vergaberechts

Das im deutschen Vergaberecht anzutreffende komplizierte „Kaskadenprinzip“⁴⁷ steht bereits seit längerer Zeit in der Kritik. Auch die EU-Kommission drängte auf die Vereinfachung des deutschen Vergaberechts.⁴⁸ Auf der Basis eines Eckpunktepapiers des Bundeswirtschaftsministeriums vom 18.8.2004⁴⁹ war geplant, das Vergaberecht deutlich zu vereinfachen. Bereits im März 2005 lagen Referentenentwürfe zur Änderung des GWB und der Vergabeverordnung vor.⁵⁰ Die neu zu erlassende Rechtsverordnung („Vergabeverordnung“) sollte einheitlich die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte regeln.⁵¹ Anders als für den Sektorenbereich die Sektorenverordnung⁵² verweist die neue Vergabeverordnung bzgl. der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der Schwellenwerte weiterhin auf die Vergabe- und Vertragsordnungen (ehemals Verdingungsordnungen).⁵³ Unterhalb der EU-Schwellenwerte bleibt es bei den haushaltsrechtlichen Regeln.

Im Rahmen der zweiten Stufe der Vergaberechtsreform legte die Bundesregierung am 28. Juni 2006 ein Eckpunktepapier vor, das einen Gesetzesentwurf „zur Vereinfachung und Modernisierung des deutschen Vergaberechts im bestehenden Rechtssystem“ vorsieht.⁵⁴ „Im bestehenden Rechtssystem“ soll dabei bedeuten, dass die deutsche Kaskadenstruktur und insbesondere auch die Erarbeitung der Verdingungsordnungen

⁴⁷ Vgl. Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Einführung, Rn. 25.

⁴⁸ Brüssel für Vereinfachung des deutschen Vergaberechts, Europäischer Wirtschaftsdienst (Euwid) vom 19.12.2006, S. 28. Vgl. auch Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 2004.

⁴⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Aufzeichnung über Eckpunkte für eine Reform des Vergaberechts, BMWA IB3-26 05 00/25. Siehe dazu auch Pukall, Der Stand der Umsetzung in das deutsche Recht und die Verschlinkung des deutschen Vergaberechts, in: Pitschas/Ziekow, (Hrsg.); Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin, 2006.

⁵⁰ Entwurf eines Gesetz zur Neuregelung des Vergaberechts (Stand: 29. März 2005); Entwurf einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Stand: 18. März 2005).

⁵¹ Entwurf der Begründung des Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts (Stand: 29. März 2005).

⁵² Mit der am 29.9.2009 in Kraft getretenen Sektorenverordnung wurden die Abschnitte 3 und 4 der VOL/A und VOB/A ersatzlos gestrichen und inhaltsgleich übernommen. Die Verordnung regelt nunmehr einheitlich die Vergabe im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung („Sektoren“ – näheres dazu in Kapitel 7 dieses Gutachtens).

⁵³ Siehe §§ 4 ff. VgV.

⁵⁴ Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.6.2006.

in den Verdingungsausschüssen nicht angetastet werden sollen.⁵⁵ Allerdings sollten die Verdingungsordnungen „substanziell vereinfacht“ werden.⁵⁶

Die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien im Hinblick auf Umweltaspekte sind größtenteils bereits durch die im Jahr 2006 durchgeführten Änderungen der VOB/A 2006, der VOL/A 2006 sowie der VOF 2006 ins deutsche Recht übernommen worden.⁵⁷ Zuvor wurden Umweltaspekte in den Verdingungsordnungen nicht ausdrücklich erwähnt. Lediglich in den Erläuterungen des DVAL-Hauptausschusses von 1984 zu § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A wurde wie folgt ausgeführt: „[...] Unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit sind an die gewünschten Leistungen nur solche Anforderungen zu stellen, die zur Aufgabenerfüllung unbedingt notwendig sind. In diesem Rahmen sind z.B. auch Gesichtspunkte des Umweltschutzes zu berücksichtigen.“⁵⁸

Mit der Vergaberechtsreform 2009 wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 nunmehr Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG⁵⁹ in deutsches Recht umgesetzt, der die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte als zusätzliche Bedingungen der Auftragsausführung ermöglicht. Die Umsetzung erfolgte in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, der lautet

„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.“

Damit wurde auch der Umweltschutz als ein bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu berücksichtigendes Ziel in Deutschland gesetzlich verankert und das staatliche Interesse an der umweltfreundlichen Auftragsvergabe unterstrichen. Die deutsche Regelung geht insofern über Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG hinaus, als dass explizit auch „innovative Aspekte“ Berücksichtigung finden können.

⁵⁵ Zur Frage der Transparenz der Rechtssetzung vgl. Dreher, Vergaberecht im Wandel: Die Sicht der Wissenschaft, in: Pitschas/Ziekow, Vergaberecht im Wandel (Hrsg.), 2006, S. 25.

⁵⁶ Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.6.2006, S. 2.

⁵⁷ Es waren dies die folgenden Regelungen der VOL/A 2006 und VOB/A 2006 mit Bezug auf Umweltaspekt: § 8 VOL/A bzw. § 9 Nr. 9 VOB/A (Technische Anforderungen: Umweltzeichen); § 7a Nr. 5 Abs. 2 VOL/A bzw. § 8a Nr. 11 Abs. 1 VOB/A (Umweltmanagementverfahren); § 25a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A bzw. § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (Zuschlagskriterien).

⁵⁸ Vgl. Zdziebło, in: Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl. 2000, § 8 Rn. 60 m.w.N.

⁵⁹ Art. 26 regelt die „Bedingungen für die Auftragsausführung“ und lautet: „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

Die bislang geltenden Verdingungsordnungen VOL, VOB und VOF aus dem Jahr 2006 wurden durch die neuen Vergabe- und Vertragsordnungen aus dem Jahr 2009 ersetzt. Mit dem Inkrafttreten der Vergabeverordnung am 11.6.2010 haben öffentliche Auftraggeber für alle Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte nunmehr den jeweils zweiten Abschnitt der VOB/A (2009), der VOL/A (2009) sowie die VOF (2009) anzuwenden.

Insgesamt war es erklärtes Ziel der Vergaberechtsreform, die neuen Richtlinien „1:1“ umzusetzen, d.h. materiell nicht über die europarechtlichen Vorgaben hinauszugehen. Dies wurde jedoch nicht für alle europarechtlichen Vorgaben realisiert.

So besteht auch nach der 3. Stufe der Vergaberechtsreform die Hierarchie zwischen dem offenen und dem nicht offenen Vergabeverfahren fort, wonach das offene Vergabeverfahren grundsätzlich vorrangig auszuwählen ist (§ 101 Abs. 7 GWB). Die Regelungen des Gemeinschaftsrechts sehen hingegen in Art. 28 Richtlinie 2004/18/EG eine Aufhebung der Hierarchie zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren vor.

Ferner ist die grundsätzliche Beibehaltung der Kaskadenstruktur überwiegend kritisch zu sehen.⁶⁰ Die Erarbeitung der Vergabe- und Vertragsordnungen in den jeweiligen Ausschüssen wird als nicht hinreichend demokratisch legitimiert betrachtet. Zudem sehen Kritiker in der Verweisteknik in §§ 4 ff. VgV einen Verstoß gegen das europarechtliche Transparenzgebot.⁶¹ Letztlich werden auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den fehlenden Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte immer wieder laut.⁶²

Unter dem Blickwinkel der Förderung des Umweltschutzes durch Vergabeverfahren erscheinen die genannten Kritikpunkte zunächst nicht relevant. Diese Sichtweise greift jedoch zu kurz. Erstens kann ein einheitliches und transparentes Vergaberecht wesentlich dazu beitragen, die Arbeit der Vergabestellen einfacher zu gestalten. Wenn weniger (rechtliche) Unsicherheiten bei der ordnungsgemäßen Durchführung der öffentlichen Auftragsvergabe bestehen, erhöht dies auch die Bereitschaft, Umweltaspekte verstärkt einzubeziehen. Zweitens verhindert der fehlende Primärrechtsschutz, dass unterhalb der Schwellenwerte die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien gerichtlich durchgesetzt werden kann.

⁶⁰ Roth, Rudolf, VergabeR 2009, 404, 413.

⁶¹ Malmendier, DVBl. 2000, S. 967.

⁶² Niestadt, Marian; Franz Josef Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3680.

4.1 EU-Vergaberechtsmodernisierung

Im Januar 2011 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Grünbuch zur Modernisierung des EU-Vergaberechts.⁶³ 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 2020⁶⁴ zu leisten. Insbesondere könne eine starke Nachfrage der Behörden nach umweltfreundlicheren und innovativeren Gütern und Dienstleistungen dazu beitragen, Produktions- und Konsumtrends der nächsten Jahre mitbestimmen.⁶⁵

Im Dezember 2011 hat die Kommission zwei Revisionsvorschläge für die bisherigen Vergaberichtlinien⁶⁶ und einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie über Konzessionsvergaben angenommen.⁶⁷ Insbesondere die Revisionsvorschläge enthalten Neuerungen im Sinne einer umweltfreundlicheren Ausrichtung des öffentlichen Auftragswesens. Besonders hervorzuheben ist die vorgeschlagene Neuregelung zur Verwendung von Umweltzeichen.⁶⁸ So soll es öffentlichen Auftraggebern künftig gestattet sein, „Gütezeichen“⁶⁹ – wozu auch Umweltzeichen zählen – direkt einzufordern oder auf deren detaillierte technischen Anforderungen zu verweisen, sofern diese den vergaberechtlichen Mindestanforderungen⁷⁰ entsprechen.⁷¹

⁶³ Grünbuch über die Modernisierung der Europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, vom 27.1.2011, KOM(2011) 15 endg.

⁶⁴ Siehe Mitteilung der Kommission vom 3. März 2010 – KOM(2010) 2020.

⁶⁵ Siehe KOM(2011) 15, S. 38 f.

⁶⁶ RL 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) und RL 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie).

⁶⁷ Siehe:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals_de.htm (so am 17.4.2012)

⁶⁸ Siehe den 28. Erwägungsgrund und Art. 41 des Revisionsvorschlags zur RL 2004/18/EG sowie Art. 55 des Revisionsvorschlags zur RL 2004/17/EG.

⁶⁹ Der Begriff „Gütezeichen“ erscheint missverständlich, da auf nationaler Ebene zwischen Güte- und Umweltzeichen unterschieden wird (vgl. <http://www.ral.de/> (so am Stand 17.4.2012)). Besser wäre der Begriff „Kennzeichnung“ in Anlehnung an den englischen Wortlaut des RL-Entwurfs „label“.

⁷⁰ Vgl. Art. 41 Abs. 1 lit. a bis e des Revisionsvorschlags zur RL 2004/18/EG.

⁷¹ Nach der aktuellen Regelung darf nur auf die im Anhang VI zur RL 2004/18/EG genannten (vordefinierten) technischen Spezifikationen verwiesen werden. Umweltzeichen zählen nicht dazu. Erlaubt ist lediglich, dass Spezifikationen aus Umweltzeichen „verwendet“ werden (vgl. Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG). Hieraus folgt, dass Beschaffer die technischen Spezifikationen aus Umweltzeichen explizit in die Leistungsbeschreibung aufnehmen müssen. Eine abweichende Auslegung der Bestimmungen erscheint für den Oberschwellenbereich kaum vertretbar. Die Vorgabe erweist sich bislang in der Vergabepaxis als schwer umsetzbar. Die Umweltanforderungen aus Umweltzeichen sind für die Beschaffer i.d.R. zu komplex. Einen zumindest für zentrale Beschaffungsstellen gangbaren Weg bieten Ausschreibungsempfehlungen,

Die Kommissionsvorschläge wurden dem Rat und dem Europäischen Parlament übermittelt, um das Legislativverfahren zu lancieren. Die Annahme der neuen Richtlinien soll noch vor Ende 2012 erfolgen.⁷²

4.2 Umsetzung der Richtlinie Verteidigung und Sicherheit

Die Richtlinie über öffentliche Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vom 13. Juli 2009 (RL 2009/81/EG)⁷³ war bis zum 21. August 2011 in nationales Recht umzusetzen.⁷⁴ Zum Inhalt der Regelungen und aktuellen Umsetzungsstand heißt es auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft wie folgt:

„Mit Inkrafttreten der EU-Richtlinie für die öffentliche Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit am 21. August 2009 wurde eine Richtlinie geschaffen, die die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich Sicherheit und Verteidigung regelt. Schwerpunkte sind die Flexibilisierung der Vergabeverfahren (insbesondere Stärkung des Verhandlungsverfahrens), Mechanismen zur Gewährleistung von Informations- und Versorgungssicherheit, spezifische Ausnahmen zum Schutz nationaler Sicherheitsinteressen und Ausnahmen im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung, Vergaberegeln für die Auftragsvergabe an Unterauftragsnehmer sowie der Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich.“

„Zur Umsetzung dieser Richtlinie in das deutsche Recht war eine Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich. Das Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit ist am 14. Dezember 2011 in Kraft getreten. Die Einzelheiten des Vergabeverfahrens werden in der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit geregelt werden, die voraussichtlich im Sommer 2012 in Kraft treten wird. Ein vorläufiges Rundschreiben des BMWi vom 26.7.2011 soll als Orientierung für eine richtlinienkonforme Auftragsvergabe bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis Inkrafttreten der nationalen Regelungen dienen. Für die Vergabe von Bauleistungen gilt der Erlass des BMVBS. Auf die Rechtslage nach

die Umweltzeichenkriterien für die öffentliche Beschaffung anpassen (z.B. Ausschreibungsempfehlungen des UBA unter www.beschaffung-info.de).

⁷² Quelle:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1580&format=HTML&aged=0&language=DE&language=en> (Stand 17.4.2012).

⁷³ 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. Nr. L 216 vom 20.8.2009, S. 76.

⁷⁴ Art. 72 Abs. 1 RL 2009/81/EG.

Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts hat das BMWi für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge klarstellend in einem weiteren Rundschreiben hingewiesen. Ein entsprechender Erlass des BMVBS für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bauaufträge folgt in Kürze.⁷⁵

⁷⁵ Siehe: <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.did=190884.html> (so am 17.4.2012).

5 Typischer Verlauf eines Vergabeverfahrens

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

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 von 5 Millionen Euro für Bauaufträge bzw. 200.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge dargestellt werden. Bei einem öffentlichen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte unterscheidet man gem. § 101 Abs. 1 GWB das offene Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB), das nicht offene Verfahren (§ 101 Abs. 3 GWB), das Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 5 GWB) sowie den wettbewerblichen Dialog (§ 101 Abs. 4 GWB). Grundsätzlich muss das offene Verfahren Anwendung finden, es sei denn, die Anwendung eines anderen – weniger wettbewerblichen – Vergabeverfahrens ist ausnahmsweise gestattet (§ 101 Abs. 7 GWB). Das bedeutet, dass die Verfahrensarten nicht wahlweise nebeneinander stehen, sondern in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten jeweils das Verfahren vorzuziehen ist, das den größtmöglichen Wettbewerb gewährleistet.⁷⁶

Um zu entscheiden, ob ein Auftrag EU-weit ausgeschrieben werden muss, hat der öffentliche Auftraggeber zunächst, d.h. vor Beginn des Vergabeverfahrens, zu prüfen, ob der für den Auftrag einschlägige Schwellenwert erreicht bzw. überschritten wird. Zu diesem Zweck muss der Auftraggeber das Auftragsvolumen ohne Umsatzsteuer "vernünftig" und nicht in der Absicht, das Vergaberecht zu umgehen,⁷⁷ schätzen. Hierbei bietet es sich an, auf Erfahrungen in vorangegangenen ähnlichen oder gar identischen Ausschreibungen zurückzugreifen. Liegen diese nicht vor, kann und darf der Auftraggeber eine Markterkundung durchführen. Maßgeblich ist bei der Schätzung das Gesamtauftragsvolumen. Detaillierte Regelungen zur Schätzung enthält § 3 VgV, wobei nunmehr gem. dem neu in § 3 VgV aufgenommenen Absatz 1, Satz 2 bei der Schätzung auch „alle Optionen oder etwaigen Verlängerungen zu berücksichtigen“ sind.

⁷⁶ Werner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2005, § 101 GWB, Rn. 688, 690 (zu § 101 Abs. 5 S. 1 GWB a.F.).

⁷⁷ Vgl. § 3 Abs. 2 VgV.

5.1 Verfahren oberhalb der Schwellenwerte VOL/A und VOB/A

Bei der VOB/A 2009 sind für Auftragsvergaben oberhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 2 der VOB/A 2009 von öffentlichen Auftraggebern anzuwenden. Bei der VOL/A gelten für Auftragsvergaben oberhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 2 der VOL/A 2009 (sog. VOL/A-EG).⁷⁸

In den Bereich der VOL/A gehören gemäß § 1 EG VOL/A 2009 alle Lieferungen und Leistungen, ausgenommen Bauleistungen, die unter die VOB/A fallen, sowie Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind und die deshalb unter die VOF fallen.

Nach § 99 Abs. 2 GWB umfasst der Begriff der Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, einschließlich Ratenkauf, Leasing sowie Miet- und Pachtverhältnisse. Bauaufträge werden in § 99 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 (§ 99 Abs. 4 GWB).

Wird ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag vergeben, soll im *offenen Verfahren* zunächst ein möglichst großer Kreis von potenziellen Bietern von dem Auftrag informiert werden. Deshalb kann der Auftrag zu Beginn des Haushaltsjahres im Wege der Vorabinformation europaweit im Amtsblatt der EU und im Inland bekannt gemacht werden. Sobald der konkrete Auftrag erteilt werden soll, muss dieser wiederum nach einem EU-weit einheitlichen Muster⁷⁹ im Amtsblatt veröffentlicht werden.⁸⁰ Die Bekanntmachung muss umfangreiche Angaben enthalten u.a. über das angewandte Vergabeverfahren, Art, Umfang und Ort der Leistung, Angebotsfrist und die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen (insb. Eignungsnachweise).⁸¹ Die Bieter fordern daraufhin vom Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen innerhalb der vom Auftraggeber festgelegten Frist an. Der Auftraggeber ist wiederum verpflichtet, die Unterlagen innerhalb einer kurzen Frist zu übersenden.⁸² Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die eigentliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und die sogenannten Verdingungsunterlagen (Leistungsbeschreibung, Allgemeine Vertragsbedingungen sowie unter Umständen weitere Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen,

⁷⁸ Im novellierten Abschnitt 2 der VOL/A findet keine Einteilung mehr in Basisparagrafen und a-Paragrafen statt.

⁷⁹ VO (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7.9.2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG Nr. L 257 v. 1.10.2005, S. 1.

⁸⁰ § 15 EG VOL/A 2009.

⁸¹ § 15 EG VOL/A 2009.

⁸² § 12 Abs. 7 EG VOL/A 2009.

ggfs. Nachunternehmererklärung, Tariftreueerklärung u. ä.). Den Kern der Ausschreibungsunterlagen stellt die Leistungsbeschreibung oder das Leistungsverzeichnis dar. Die Verdingungsunterlagen müssen sämtliche vom Auftraggeber für die Angebotswertung vorgesehenen Zuschlagskriterien wie beispielsweise Preis, Qualität und geforderte Umwelteigenschaften einschließlich deren Gewichtung enthalten.⁸³ Dem Bieter steht dann eine Frist von mindestens 52 Tagen zur Verfügung, um sein Angebot zu erstellen.⁸⁴

Nach Abschluss der Angebotsphase erfolgt die Angebotsprüfung und -wertung durch den Auftraggeber.⁸⁵ Diese Prüfung muss nach einem streng formalisierten Verfahren erfolgen, um eine faire, diskriminierungsfreie Zuschlagserteilung zu gewährleisten. Innerhalb der Prüfungs- und Wertungsphase ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt in den folgenden Schritten:⁸⁶

1. Ausschluss von Angeboten wegen formeller Mängel,
2. Eignungsprüfung (Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bieter in finanzieller und wirtschaftlicher sowie in fachlicher und technischer Hinsicht),
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 die der Auftraggeber gewichten muss).

Enthält das Angebot formelle Fehler, kann es direkt vom Auftraggeber ausgeschlossen werden. Formell fehlerhafte Angebote sind beispielsweise solche, die verspätet eingegangen oder nicht unterschrieben sind oder bei denen der Bieter Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen hat (vgl. § 19 Abs. 3 EG VOL/A 2009). Allerdings wurde mit Novellierung der VOL nunmehr dem Auftraggeber grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt, Erklärungen und Nachweise bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachzufordern, wenn diese bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden (§ 19 Abs. 2 EG VOL/A 2009).

Bei der Eignungsprüfung wird überprüft, ob der Bieter die erforderliche Leistungsfähigkeit in finanzieller und wirtschaftlicher sowie in fachlicher und technischer Hinsicht besitzt. Die Leistungsfähigkeit wird in Deutschland traditionell anhand der Eignungskriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beurteilt (vgl. § 97 Abs. 4 GWB). Die Fachkunde beurteilt sich aufgrund der

⁸³ § 9 Abs. 1 lit. b EG VOL/A 2009.

⁸⁴ Die Frist beginnt allerdings schon am Tag nach der Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EG, § 12 Abs. 2 EG VOL/A 2009.

⁸⁵ Die Öffnung der schriftlich eingegangenen verschlossenen Angebote muss protokolliert werden, damit später nachgewiesen werden kann, dass kein Angebot vorzeitig geöffnet worden ist.

⁸⁶ § 19 EG VOL/A 2009.

Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten des Bieters. Zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit kommt es vor allem darauf an, ob der Bieter über ausreichend personelle und maschinelle Ausstattung zur Erfüllung des Auftrags verfügt. Zuverlässig ist der Bieter, wenn er die gesetzlichen Vorschriften einhält und eine einwandfreie Ausführung des Auftrags erwarten lässt.⁸⁷ Die Eignungsprüfung hat mit einem klaren "JA" oder "NEIN" zu enden, d.h. die Eignung eines Bieters ist entweder zu bejahen oder zu verneinen. Als ungeeignet eingestufte Bieter werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen⁸⁸, während die Angebote der als geeignet eingestuften Bieter 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 hohen oder niedrigen Preis sind auszuschließen. Die Regelungen des § 19 Abs. 6 EG VOL/A 2009 dienen in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Der Auftraggeber läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt.⁸⁹

Unter den schließlich im Vergabeverfahren verbliebenen Angeboten wird sodann das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt. Dabei handelt es sich nicht zwingend um das Angebot mit dem niedrigsten Preis, sondern um dasjenige, das die vorher festgelegten Kriterien am besten erfüllt. Der Auftraggeber darf nämlich bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien berücksichtigen, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Lebenszykluskosten⁹⁰, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist (§ 19 Abs. 9 EG VOL/A 2009). Der Auftraggeber hat die Kriterien bereits in den Verdingungsunterlagen zu gewichten. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Kann nach Ansicht des Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so legt der Auftraggeber die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung fest. Nachdem der Auftraggeber die Vergabeentscheidung getroffen hat, muss er vor Erteilung des Zuschlags alle unterlegenen Bieter über den Namen des Bieters, dem der Zuschlag erteilt werden soll, informieren (§ 22 EG VOL/A 2009, 101a Abs. 1 GWB). Der Zuschlag darf frühestens

⁸⁷ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 243.

⁸⁸ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 234.

⁸⁹ OLG Koblenz, Beschl. v. 26.10.2005, Az.: 1 Verg 4/05; BayObLG, Beschl. v. 18.9.2003, Az. Verg 12/03; VK Düsseldorf, Beschl. v. 2.5.2006, Az. VK-17/2006; 1. VK Bund, Beschluss vom 20.4.2005, Az. VK 1-23/05.

⁹⁰ Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten wurde mit der Novellierung in die VOL/A 2009 neu aufgenommen.

15 Kalendertage nach Absendung dieser Mitteilung erfolgen, weil mit dem Zuschlag ein Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande kommt, der von den unterlegenen Bietern nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁹¹ Auch die Erteilung des Zuschlags muss im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden.⁹² Das gesamte Vergabeverfahren muss in einem Vergabevermerk festgehalten werden.⁹³ 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.

Das *nichtoffene* Verfahren ähnelt zwar dem offenen Verfahren, ist aber weniger wettbewerblich ausgestaltet, weil ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird. Der Auftraggeber fordert in diesem die interessierten Unternehmen zunächst nicht zur Abgabe von Angeboten, sondern nur dazu auf, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben. Unter den eingegangenen Bewerbungen wählt der Auftraggeber sodann die Unternehmen aus, die er zur Angebotsabgabe auffordert. Die Eignungsprüfung wird also vorgezogen. Das nichtoffene Verfahren hat deshalb einen weniger wettbewerblichen Charakter, weil der Auftraggeber den Bieterkreis von vornherein einengt, indem er nach pflichtgemäßem Ermessen geeignete Unternehmer auswählt, denen er die Leistungsbeschreibung zuschickt und sie zur Angebotsabgabe auffordert. Die Bewerber haben keinen Anspruch darauf, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden. Aufgrund dieser Einschränkung des Wettbewerbs soll ein nichtoffenes Verfahren nur in den abschließend geregelten Fällen der § 3 Abs. 2 EG VOL/A 2009, § 3 a Abs. 4 i.V.m. § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A 2009 stattfinden. Dazu gehören beispielsweise die Fälle, dass die Leistung nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmern ausgeführt werden kann, dass die Ausschreibung einen Aufwand verursachen würde, der zu dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde, dass eine zuvor durchgeführte öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder dass die Ausschreibung aus anderen Gründen, wie Geheimhaltung oder Dringlichkeit, unzweckmäßig ist.

Das in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten unten rangierende *Verhandlungsverfahren* ist nur unter noch engeren Voraussetzungen zulässig wie das nichtoffene Verfahren. Diese sind in § 3 Absätze 3 und 4 EG VOL/A 2009 definiert. Bei dem Verhandlungsverfahren kann unter Umständen sogar der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb entfallen. Der Auftraggeber darf mit den von ihm ausgewählten Bietern über die Auftragsbedingungen verhandeln.⁹⁴ Weil hier der Wettbewerb in der Praxis deutlich eingeschränkt ist – obwohl auch die im Verhandlungsverfahren Grundsätze

⁹¹ Erfolgt die Zuschlagerteilung vor Ablauf der 15-tägigen Wartefrist, ist der Vertrag nichtig gem. § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB.

⁹² § 23 EG VOL/A 2009.

⁹³ § 24 EG VOL/A 2009.

⁹⁴ § 101 Abs. 4 GWB.

des Wettbewerbs und der Transparenz Anwendung finden – ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb begrenzt auf Vergaben, bei denen die besondere Eigenart der Leistung (etwa aufgrund von Patentschutz, Dringlichkeit oder Geheimhaltungserfordernissen) dieses erfordert (§ 3 Abs. 4 EG VOL/A 2009). Die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) an diese Ausnahmefälle gestellt hat, sind sehr streng.⁹⁵

Schließlich ist noch eine Vergabe im *wettbewerblichen Dialog* möglich.⁹⁶ Dieser kommt in Frage, wenn der Auftraggeber 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, m.a.W. wenn er selbst nicht das Know-how hat, die zu beschaffende Leistung zu beschreiben oder er noch nicht weiß, ob er 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 des Auftraggebers am besten entsprochen werden kann. In diesem Prozess müssen alle Bieter gleichbehandelt werden und insbesondere die gleichen Informationen erhalten. Diese Form der Vergabe kommt nur für besonders komplexe Aufträge in Frage, die mit vielen unklaren Punkten hinsichtlich der Ausführung verbunden sind. Als Beispiel werden in diesem Zusammenhang insbesondere die öffentlich-privaten Partnerschaften, die sog. Public Private Partnerships, genannt.

5.2 Vergabe von freiberuflichen Leistungen VOF

Während die Verfahren zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und zur Vergabe von Bauaufträgen weitgehend identisch ablaufen, bestehen hinsichtlich der Vergabe von freiberuflichen Leistungen erhebliche Unterschiede. Freiberufliche Leistungen, die nicht eindeutig und erschöpfend vorab beschrieben werden können, werden nach einer eigenen Vergabeordnung, der VOF 2009, die nur Geltung oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts von 200.000 Euro entfaltet, vergeben. Dort ist das Regelverfahren das Verhandlungsverfahren und nicht die Ausschreibung. Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich vom offenen bzw. nichtoffenen Verfahren dadurch, dass sowohl der Leistungsgegenstand nicht bereits in der Ausschrei-

⁹⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-318/94, Slg. I-1949.

⁹⁶ § 10 EG VOL/A 2009.

bung in allen Einzelheiten festgeschrieben ist, als auch dass Angebote abgeändert werden können, nachdem sie abgegeben worden sind. Nach Ablauf der Angebotsfrist sind die Angebote nicht wie beim offenen und nichtoffenen Verfahren nach einem für alle Angebote einheitlichen Maßstab zu bewerten; es beginnt vielmehr ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf Nachfrage- als auch auf Angebotsseite Veränderungen ergeben können. Diese dürfen nur nicht dazu führen, dass letztlich andere Leistungen beschafft werden, als angekündigt. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potentielle 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 grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird. Ein Vertrag wird am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem Unternehmen geschlossen, das bis zum Schluss übrig geblieben ist. Dabei kann der Verhandlungsprozess in Stadien 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 wettbewerbsfreier Raum. Auch im Verhandlungsverfahren unterliegt der Auftraggeber wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts. Das gilt namentlich für die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.⁹⁷

5.3 Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

Wenn Aufträge unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden, unterscheiden sich die rechtlichen Vorgaben erheblich von denen der gemeinschaftsweiten Verfahren. Bei der VOL/A 2009 sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 1 der VOL/A 2009 von öffentlichen Auftraggebern anzuwenden. Bei der VOB/A 2009 sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 1 der VOB/A 2009 (Basisparagrafen) von öffentlichen Auftraggebern anzuwenden.

Grundsätzlich unterliegt ein Verfahren unterhalb der Schwellenwerte dem traditionellen Haushalts- und damit „Innenrecht“. Dies spiegelt sich in der Verankerung des Vergaberechts in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie den kommunalen Haushaltsverordnungen wider.⁹⁸ Das hat auch weitreichende Konsequenzen für den Ablauf des Verfahrens, der in den sogenannten Basisparagrafen der Vergabe- und Vertragsordnungen, den Abschnitten 1 der VOB/A und VOL/A geregelt ist, insbesondere für seine Überprüfbarkeit.

⁹⁷ So bspw. VK Bund, Beschluss vom 25.05.2004 – VK 1-51/04.

⁹⁸ Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, Einführung, Rn. 76.

In einem *nationalen Vergabeverfahren* muss die öffentliche Ausschreibung nicht im Supplement zum Amtsblatt der EG veröffentlicht werden, und auch die nationale Veröffentlichung in Zeitschriften oder amtlichen Blättern kann regional beschränkt werden.⁹⁹ Die Verfahrensarten werden als öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung (unter Umständen nach Teilnahmewettbewerb) und freihändige Vergabe bezeichnet.¹⁰⁰ Die Angebots- und Bewerbungsfristen müssen nicht wie bei der europaweiten Ausschreibung einen festgelegten Mindestzeitraum (z.B. 52 Tage Angebotsfrist beim offenen Verfahren) betragen, sondern nur „ausreichend“ bemessen sein.¹⁰¹ In den Vergabeunterlagen kann darauf verzichtet werden, wie bei der europaweiten Ausschreibung bereits die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung aufzuführen (vgl. § 8 VOL/A 2009). Das heißt, dass über die Vergabe des Auftrags unter Umständen auch solche Kriterien entscheiden können, die nicht in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen genannt waren. Vergibt der öffentliche Auftraggeber im beschränkten Verfahren, muss keine öffentliche Teilnahmeaufforderung ergehen. Die Vergabestelle kann also – mit Einschränkungen, die sich aus dem Europarecht ergeben, siehe sogleich – von vornherein eine beschränkte Anzahl von Unternehmen auswählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. In nationalen Verfahren hat der Auftraggeber den nichtberücksichtigten Bietern – entsprechend den Regelungen im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte – spätestens 15 Tage nach Eingang eines entsprechenden Antrags u.a. die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters mitzuteilen (§ 19 Abs. 1 VOL/A 2009). Schließlich muss die Erteilung des Zuschlags nicht veröffentlicht werden. Ausnahmen gelten bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und bei freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb ab einem Auftragswert von 25.000 Euro; diese müssen die Auftraggeber auf Internetportalen oder ihren Internetseiten veröffentlichen (§ 19 Abs. 2 VOL/A 2009).

Das nationale Verfahren zeichnet sich im Ergebnis durch weniger Transparenz aus. Es gibt nach wie vor in Deutschland keinen Primärrechtsschutz, der auf die Verhinderung des Zuschlags gerichtet ist, da das spezielle vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, das im Hinblick auf den Zuschlag aufschiebende Wirkung entfaltet, nur für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte zur Anwendung gelangt (§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 1, 2 VgV). Der sich benachteiligt fühlende Bieter kann die Vergabe des Auftrags an den erfolgreichen Konkurrenten mithin nicht vor einer Vergabekammer verhindern, da die §§ 97 ff. GWB für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht gelten. Diese Unterschiede im Rechtsschutzsystem

⁹⁹ § 12 Abs. 1 VOL/A 2009.

¹⁰⁰ § 3 VOL/A 2009.

¹⁰¹ § 10 Abs. 1 VOL/A. Bei Bauleistungen darf die Frist nicht weniger als 15 Tage betragen, siehe § 18 Nr. 1 VOL/B 2009.

sind kürzlich vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden.¹⁰² Teilnehmer an Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte können daher nur auf die allgemeinen Rechtsschutzinstrumente wie die formlose Rüge oder (Dienst- oder Fach-) Aufsichtsbeschwerde an die übergeordnete Behörde des Auftraggebers 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. Bei der Anfechtung von Vergabeverfahren, deren Auftragsvolumina unterhalb der Schwellenwerte liegen, bestand bis vor kurzem eine in den Bundesländern unterschiedliche Rechtspraxis. So wurde in den Ländern Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg bejaht, während die Oberverwaltungsgerichte in Baden-Württemberg, Berlin-Brandenburg und Niedersachsen die unterlegenen Bieter auf den Zivilrechtsweg verweisen. Das BVerwG hat mit Beschluss vom 2.5.2007 nunmehr den Verwaltungsrechtsweg höchstrichterlich für unzulässig erklärt und Rechtsschutz suchende Bieter im Bereich unterhalb der Schwellenwerte damit endgültig an die Zivilgerichte verwiesen.¹⁰³

Der Gestaltungsspielraum für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte wird zunehmend auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eingeschränkt. Durch eine Reihe von Urteilen hat der EuGH präzisiert, welche Anforderungen das Primärrecht an jegliche Vergabe stellt, auch wenn die Vergaberichtlinien nicht anwendbar sind. Diese werden im Einzelnen unten in Kapitel 7 dargestellt.

Die Europäische Kommission hat in einer „Mitteilung vom 24.7.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ die Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgelegt und erläutert.¹⁰⁴ Gegen diese Mitteilung hat die Bundesregierung am 14. September 2006 Nichtigkeitsklage gemäß Art. 30 Abs. 1, 2 EGV vor dem Gericht erster Instanz erhoben. Nach Auffassung der Bundesregierung erfolgt durch die Mitteilung eine faktische – in ihren Augen rechtswidrige – Setzung von Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte. Insbesondere wendet sich die Klage aber gegen die in der Mitteilung vertretene Auffassung, für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte sei ein vergleichbarer Rechtsschutz erforderlich. Diese Einschätzung in der Mitteilung wird als Kompetenzüberschreitung der EU-Kommission gewertet.¹⁰⁵ Das Gericht erster Instanz hat die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland zu Vergaben unterhalb der Schwellenwerte und weiteren, nicht umfassend von den Vergaberichtlinien erfassten

¹⁰² Siehe dazu unten Kapitel 9 „Rechtsschutz“.

¹⁰³ BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Az. 6 B 10.07.

¹⁰⁴ ABI. EG Nr. C 179, S. 2.

¹⁰⁵ Auftragsberatungsstelle Brandenburg, Auftragswesen aktuell, Dezember 2006, S. 3.

Aufträgen, zurückgewiesen.¹⁰⁶ Nach Auffassung des Gerichts war die Klage bereits unzulässig, da die Mitteilung kein mit einer Nichtigkeitsklage angreifbarer Akt der Rechtsetzung sei. Denn die Mitteilung habe keine spezifischen oder neuen Verpflichtungen festgelegt, sondern enthalte lediglich eine zutreffende Beschreibung der geltenden Rechtslage. Das Gericht hat damit die in der Mitteilung dargestellten, aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleiteten Vorgaben der EU-Kommission bestätigt.

¹⁰⁶ EuG, Urteil vom 20.05.2010, T-258/06.

6 Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Im Folgenden soll die Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in den einzelnen Schritten des Vergabeverfahrens geprüft werden. Dabei wird zunächst von einem europaweiten Verfahren ausgegangen, also der Vergabe eines Auftrags, dessen geschätztes Volumen oberhalb der Schwellenwerte liegt. Die Regeln unterhalb der Schwellenwerte werden in Kapitel 7 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“ dargestellt.

6.1 Festlegung des Auftragsgegenstands

Bevor das Vergabeverfahren im engeren Sinne beginnt, muss die Vergabestelle zunächst entscheiden, was sie kaufen oder bauen will bzw. welche Dienstleistung sie benötigt. Dazu muss sie den Bedarf ermitteln und feststellen, ob und in welcher Form das Produkt oder die Dienstleistung auf dem Markt verfügbar ist. Erst danach kann sie festlegen, was beschafft werden soll.

Diese Phase des Vergabeverfahrens ist 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. Oberhalb der Schwellenwerte hat der Auftraggeber jedenfalls keine Möglichkeit, nachträglich, d.h. nach Bekanntmachung bzw. Versendung der Verdingungsunterlagen zu entscheiden, dass Umweltaspekte einbezogen werden sollen. Besonders wichtig ist deshalb bereits die *Auswahl des Auftragsgegenstands*.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission wird die Definition des Auftragsgegenstands noch nicht von den europäischen Vergaberichtlinien erfasst.¹⁰⁷ 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 der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung erstellt. Daher besitzt der Auftraggeber in diesem Stadium der Vorbereitung die Möglichkeit, den Auftragsgegenstand in einem umweltfreundlichen Sinn zu definieren.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!, S. 14; 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.

¹⁰⁸ Vgl. dazu die Interpretierende Mitteilung der Europäischen Kommission v. 4.7.2001 über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht u. die Möglichkeiten zur Berücksichtigung

Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.¹⁰⁹ Vielmehr kann die Vergabestelle nach einem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17.2.2010 den Auftragsgegenstand auch von vornherein so wählen, dass nur bestimmte Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden können, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe für diese Festlegung sprechen.¹¹⁰ In diesem Fall ist die Vergabestelle insbesondere nicht gezwungen, erst Markterforschungen oder Marktanalysen durchzuführen oder zu überprüfen, ob sie ihr Ziel auch mit einer produktneutralen oder technikoffenen Ausschreibung erreichen lässt.¹¹¹ Mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf weicht das Gericht von seiner bisherigen Rechtsprechung¹¹² ab, wonach die Entscheidung des Auftraggebers für ein bestimmtes Produkt oder Verfahren sachlich richtig oder nachvollziehbar sein muss. Damit erweitert das Gericht die Spielräume für öffentliche Auftraggeber, denn es reicht nunmehr aus, dass der Auftraggeber auftrags- und sachbezogene Gründe darlegen kann; die sachliche Vertretbarkeit wird vom Gericht hingegen nicht mehr geprüft.¹¹³ Unternehmen können damit eigene – andere – Vorstellungen über den Auftragsgegenstand nicht über ein Nachprüfungsverfahren erzwingen.¹¹⁴ Damit der Auftraggeber die sachlichen Gründe für die Entscheidung auch im einen Streitfall belegen kann, sollten diese sorgfältig in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

6.1.1 Einengung auf einen einzelnen Bieter durch die Wahl des Auftragsgegenstands

Das EU-Primärrecht muss allerdings beachtet werden, vor allem dürfen Anbieter aus anderen EU-Mitgliedsstaaten nicht diskriminiert werden. Das europäische Diskriminierungsverbot kann durchaus eine Einschränkung der Wahlfreiheit des Auftraggebers bei der Festlegung des Auftragsgegenstands zur Folge haben. Problematisch könnte beispielsweise die Entscheidung sein, eine Ware oder Dienstleistung zu beschaffen, die nur in einem, etwa dem eigenen Mitgliedsstaat produziert oder erbracht wird, oder Anforderungen zu stellen, die nur von sehr wenigen oder gar nur einem einzigen Bieter

v. Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 274 endg., ABI. EG Nr. C 2001, 3 unter I, Wahl des Auftragsgegenstandes. Diese Einschätzung bleibt auch nach Verabschiedung der neuen Vergaberichtlinien bestehen, weil diese den Anwendungsbereich der Richtlinien nicht nach vorne hin ausgedehnt haben.

¹⁰⁹ VK Münster, Beschluss vom 20.4.2005, Az. VK 6/05.

¹¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – VII-Verg 37/09; OLG München, Beschluss vom 2.3.2009 – Verg 01/09.

¹¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.

¹¹² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.4.2005 – VII-Verg 93/04.

¹¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.2009 – VII Verg 37/09.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.3.2009 – VII-Verg 67/08.

erfüllt werden können. Problematisch könnte auch die Auswahl eines Auftragsgegenstands sein, der so eng beschrieben ist, dass es sich eigentlich um eine vorweggenommene technische Spezifikation handelt.

Die Definition des Auftragsgegenstands kann einen Verstoß gegen das Primärrecht darstellen, wenn die Leistungsbeschreibung so eng gefasst wird, dass ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vorliegt, z.B. wenn Bieter diskriminiert werden. In Betracht kommt ein Verstoß gegen den freien Warenverkehr, Art. 34, 36 AEUV¹¹⁵, die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV oder das allgemeine Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV. Diese sind grundsätzlich unmittelbar neben den Vergaberichtlinien anwendbar.¹¹⁶ In der Phase des Vergabeverfahrens, in dem der Auftragsgegenstand festgelegt wird, und die noch nicht den Vergaberichtlinien unterliegt, bedarf dieser Befund ohnehin keiner weiteren Erläuterung.

Die Art. 34, 56 AEUV verbieten grundsätzlich¹¹⁷ alle offenen Diskriminierungen von Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedsstaaten, bei denen der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich einheimische Waren oder Dienstleistungen bevorzugt.¹¹⁸ 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 Mitgliedsstaaten zu behindern.¹¹⁹ Gerade Umweltauflagen fallen häufig unter diese unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften. Beispiele dafür können sein: das Verbot von Einweggetränkverpackungen,¹²⁰ die Festsetzung von Höchstwerten für Abgasemissionen von Fahrzeugen¹²¹ oder die Recyclbarkeit von Inhaltsstoffen oder Verpackungen.

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 Bieter bevorzugen können, beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall konnte die Vorgabe in den Verdingungsunterlagen, dass eine bestimmte irische Norm

¹¹⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

¹¹⁶ Siehe dazu Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 63.

¹¹⁷ Eine Diskriminierung kann unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, sofern sie nicht willkürlich erfolgt, vgl. Art. 36 AEUV.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 20.3.1990, Rs. C-21/1988, Slg. 1990, I-889 (Du Pont).

¹¹⁹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urte. v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 („Cassis de Dijon“).

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 20.9.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607, („Dänische Pfandflaschen“).

¹²¹ EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilinen („Concordia Bus“).

einzuhalten sei, nur von einem einzigen irischen Unternehmen erfüllt werden.¹²² Der EuGH 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 es der Gerichtshof dahingestellt sein, was eine gleichwertige Anforderung hätte sein können, sondern stellte nur darauf ab, dass andere Bieter tatsächlich nicht zum Zug kommen konnten. Der Gerichtshof äußerte sich aber nicht explizit dazu, ob die Einengung auf nur einen Bieter überhaupt rechtlich zulässig gewesen wäre.

Zu der Frage der primärrechtlichen Anforderungen an die Festlegung des Auftragsgegenstands wird auch das sogenannte UNIX-Urteil des Europäischen Gerichtshofs zitiert.¹²³ In dieser Entscheidung ging es darum, dass eine niederländische Vergabebehörde, das Nederlands Inkoopcentrum NV, einen Auftrag für die Lieferung und Instandhaltung einer Wetterwarte vergeben wollte. Der Auftrag wurde im Amtsblatt der EG bekanntgemacht. Im Pflichtenheft der niederländischen Behörde war vorgegeben, dass als Betriebssystem das „UNIX-System“ verwendet werden müsse. Die Kommission sah in der Bezugnahme auf ein bestimmtes Erzeugnis einen Verstoß gegen die Lieferkoordinierungs-Richtlinie 77/62/EWG¹²⁴ sowie gegen Art. 30 des EWG-Vertrags, weil es die Vergabebehörde unterlassen hatte, nach der Nennung des UNIX-Systems die Angabe „oder gleichwertiger Art“ anzubringen. Der Gerichtshof stimmte der Kommission zu. Er war der Meinung, dass es sich bei der Bezeichnung des geforderten Betriebssystems nicht um eine Normung handelt, sondern um das Warenzeichen eines bestimmten Erzeugnisses. Die Verwendung von Warenzeichen untersagte Art. 7 der Lieferkoordinierungsrichtlinie. Außerdem sah der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 30 EWG,¹²⁵ weil Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten daran gehindert werden könnten, an der Ausschreibung teilzunehmen, obwohl sie ein vergleichbares System verwenden. Der Gerichtshof sah es aber ausdrücklich als zulässig an, den Auftragsgegenstand *„durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen“* zu beschreiben. Aus dem UNIX-Urteil lässt sich daher zunächst nicht folgern, dass die Einengung auf ein einzelnes Produkt/eine Dienstleistung, die sich aus den gestellten Anforderungen ergibt, unzulässig ist. Unzulässig ist danach zunächst nur, in der Ausschreibung eine bestimmte Marke oder

¹²² EuGH, Urteil vom 22.9.1988, Rs. 45/87 Kommission/Irland, Slg. 1988 I-4929.

¹²³ EuGH, Urteil vom 24.1.1995, Rs. C-359/93; Europäische Kommission/Königreich der Niederlande („Unix“).

¹²⁴ Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. EG Nr. L 199/1 v. 9.8.1993 (Lieferkoordinierungsrichtlinie).

¹²⁵ Heute Art. 34 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

ein Warenzeichen zu verlangen, ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ zu verwenden.

Aus dem Urteil folgt somit, dass eine Einengung des Beschaffungsgegenstands auf nur ein bestimmtes Erzeugnis, das auch entsprechend benannt wird, unzulässig ist. 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 Dienstleistungen bereits bei der Auswahl des Vergabegegenstandes eine Verletzung der europarechtlichen Grundfreiheiten darstellen können. Auch im Schrifttum wird diese Frage regelmäßig offen gelassen.¹²⁶

Krohn weist darauf hin, dass es zu kurz greift, nur auf das in den Grundfreiheiten enthaltene rechtliche und faktische Diskriminierungsverbot abzustellen.¹²⁷ Er entwickelt einen differenzierten Ansatz, der auf die beiden wesentlichen Aspekte des Beschaffungsmarktes abstellt.¹²⁸ Der eine Aspekt ist die „*Teilnahme des Auftraggebers am wirtschaftlichen Austauschprozess*“ im Sinne einer autonomen Festlegung des Beschaffungsbedarfs und der maßgeblichen Nutzungsfunktionen. Den anderen Aspekt stellt das „*Ordnungskonzept des Binnenmarktes*“ dar, das Nichtdiskriminierung, Verwirklichung der Marktfreiheiten und einheitliche Wettbewerbsbedingungen beinhaltet. In Abwägung dieser beiden Prinzipien kommt er zu einer Formel, die auf die Aufgabenerfüllung des öffentlichen Auftraggebers abstellt. Danach dürfen „*Produktanforderungen nicht restriktiver sein, als es zur Erfüllung der vom Auftraggeber festgelegten Aufgaben erforderlich ist.*“¹²⁹ Im Sinne eines an der Aufgabendefinition des Auftraggebers ausgerichteten Willkürverbots bedeutet dies, dass alle Angebote, die im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung des Auftraggebers gleich gut geeignet sind, auch gleich behandelt werden müssen. Wenn Angebote nicht gleich behandelt werden müssen, muss dies durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein. In diesem Fall liegt die Beweislast beim Auftraggeber, der im Streitfall gegenüber der Vergabekammer objektive und nachvollziehbare Gründe darlegen muss, warum er die eine Technik gegenüber der anderen bevorzugt. Zu diesen Aufgaben können auch Umweltschutzziele zählen. Das bedeutet, dass Umweltschutzanforderungen auf der Ebene der Festlegung des Auftragsgegenstands, die inländische und ausländische Waren und Dienstleistungen gleichermaßen betreffen, grundsätzlich zulässig sind, auch wenn sie dazu führen, dass nur wenige Bieter den Anforderungen genügen können. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall, dass alle Angebote zugelassen werden, die materiell gleichwertig sind. Tatsächlich diskriminierende oder handels-

¹²⁶ Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 77.

¹²⁷ Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 84 ff.

¹²⁸ Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 85 ff.

¹²⁹ Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 88.

behindernde Umweltauflagen können nach der Cassis-Rechtsprechung des Gerichtshofs als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein¹³⁰.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es durchaus zulässig sein kann, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen Auftragsgegenstand so (eng) definiert, dass faktisch nur wenige oder sogar nur ein einzelner Bieter die (Umwelt-)Anforderungen erfüllen kann, wenn und soweit diese Anforderungen zur Erfüllung der vom Auftraggeber festgelegten Aufgaben erforderlich sind.¹³¹ Wenn also beispielsweise ein öffentlicher Auftraggeber für den öffentlichen Nahverkehr Busse beschaffen will, die strenge Grenzwerte einhalten¹³², so könnte er bereits bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes die Einhaltung der Grenzwerte zwingend fordern, indem er eben nur „Busse, die die Euronorm 4/5 einhalten“ ausschreibt und nicht allgemein „Busse“. Wenn er aber zum Beispiel in der Leistungsbeschreibung eine bestimmte Technologie fordert, um dieses Ziel zu verwirklichen, müssen alle "gleichwertigen" Angebote, die das Ziel, wenn auch mit anderer Technik, erreichen, ebenfalls zugelassen werden.

6.1.2 Anforderungen an die Festlegung des Auftragsgegenstands nach nationalem Recht

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob sich Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung des Auftragsgegenstands auch aus dem nationalen Vergaberecht ergeben können. Die häufig anzutreffende Aussage, das deutsche Vergaberecht verfolge „*allein das Ziel [...], die ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern, d.h. den Etat zu schützen*“¹³³, 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 Variante auszuwählen. Dafür spricht der in den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung verankerte Grundsatz, dass „Lieferungen und Leistungen öffentlich auszuschreiben sind, damit die verfügbaren Haushaltsmittel im Rahmen des Wettbewerbs wirtschaftlich und sparsam verwendet werden“.¹³⁴ 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 Auftraggeber bei der Angebotswertung ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises anwenden.¹³⁵ Stattdessen soll in Deutschland das

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 20.9.1988, Rs. 302/86 [Kommission/Dänemark], Slg. 1988, 4607 (4630).

¹³¹ So auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.

¹³² Beispielsweise solche Grenzwerte, die gegenwärtig für die sogenannten Umweltzonen festgeschrieben werden.

¹³³ Ute Jasper, Friedhelm Marx, Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 9. Auflage 2006, S. XII.

¹³⁴ Vorläufige Verwaltungsvorschrift – BHO zu § 55.

¹³⁵ Art. 26 RL 93/36/EWG, ABl. EG Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 1.

„wirtschaftlichste Angebot“ den Zuschlag erhalten.¹³⁶ Ob ein Angebot wirtschaftlich ist, wird danach beurteilt, ob es die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen geforderten Kriterien – die Richtlinie 2004/18/EG nennt beispielhaft u.a. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften und den Preis¹³⁷ – 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 Auftragsgegenstands 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.¹³⁸ 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 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 Auftragsgegenstands. 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.

¹³⁶ Vgl. § 97 Abs. 5 GWB; § 21 EG VOL/A 2009; § 16 Abs. 6 VOB/A 2009.

¹³⁷ Art. 53 RL 2004/18/EG.

¹³⁸ Zum Wirtschaftlichkeitsbegriff grundsätzlich vgl. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988; A. Peters, Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749; Gaentzsch, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung der Verwaltung DÖV 1998, S. 952.

Beispiel für die Festlegung des Auftragsgegenstands

Die Vergabestelle kann sich von vornherein darauf beschränken, „Ökostrom“ oder „Recyclingpapier“ auszuschreiben. Die Ausschreibung von Ökostrom schließt nicht aus, dass der angebotene Strom nur anteilig, z.B. zu 50 % 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 beispielweise festgelegt, welche konkreten Anforderungen an die Stromproduktion gestellt werden. Bei der Leistungsbeschreibung für den Auftragsgegenstand Recyclingpapier kann der Auftraggeber z.B. festlegen, dass das Papier ungebleicht sein muss.

6.2 Erstellen der Verdingungsunterlagen

Nachdem der Auftraggeber entschieden hat, was er beschaffen will, erstellt er die Vergabeunterlagen. Diese bestehen aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben) und den Verdingungsunterlagen. Die Verdingungsunterlagen setzen sich wiederum zusammen aus der Leistungsbeschreibung/dem Leistungsverzeichnis, den Bewerbungs- und etwaigen Vertragsbedingungen. Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu vereinfachen, sollte der Auftraggeber Formulare vorgeben, die der Bieter verwenden muss, um sein Angebot abzugeben.

Bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen hat die Vergabestelle die Möglichkeit, an verschiedenen Punkten umweltbezogene Aspekte einzubeziehen:

- *Eignungskriterien* dienen der Prüfung des Auftraggebers, ob der Bieter grundsätzlich geeignet und in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen.
- Die *Leistungsbeschreibung* umfasst sämtliche Anforderungen an die zu erbringende Leistung, die von allen Bietern beachtet werden müssen, und ist so eindeutig zu formulieren, dass die abgegebenen Angebote vergleichbar sind.
- Anhand der *Zuschlagskriterien* erfolgt die Wertung der Angebote im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis. Der Auftraggeber wählt die Zuschlagskriterien für den Einzelfall unter sämtlichen in Betracht kommenden Gesichtspunkten aus.
- *Auftragsausführungsbedingungen* sind Bedingungen, die der Bieter bei der Durchführung des Auftrags (nach Erteilung des Zuschlags) beachten muss.

Auf der Ebene der Eignungskriterien werden Anforderungen an den Bieter formuliert. Dazu zählt beispielsweise die Frage, ob er finanziell und personell sowie technisch leistungsfähig ist. Zum Nachweis dieser Anforderungen werden in der Regel Eignungsnachweise verlangt. Die Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten Kataloge, in denen festgelegt ist, welche Eignungsnachweise von den Bietern verlangt werden dürfen und können (§ 7 EG VOL/A 2009, § 17 Abs. 2 VOB/A 2009). Eignungskriterien sind Mindestbedingungen, mit der Konsequenz, dass Bieter, die die entsprechende Eignung nicht nachweisen können, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

In der Leistungsbeschreibung legt der öffentliche Auftraggeber fest, was er genau beschaffen will. Grundsätzlich gilt, dass die Leistung nach § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009 eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen, und die Angebote miteinander verglichen werden können. In der Leistungsbeschreibung sind alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände festzustellen und anzugeben. Das bedeutet, dass die Leistungsbeschreibung präzise formuliert sein muss, um ihrer doppelten Funktion gerecht zu werden: Einerseits soll sie den Bietern dazu dienen, die vom Auftraggeber gewünschte Leistung anzubieten, andererseits soll sie die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen und damit dafür sorgen, dass der faire Wettbewerb im Rahmen des Verfahrens gewahrt wird.

Die VOL/A und VOB/A enthalten in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 bzw. § 7 Abs. 7 VOB/A 2009 eine ausdrückliche Bezugnahme auf Umwelteigenschaften. In der Leistungsbeschreibung können daher Umwelteigenschaften genannt werden, die die zu beschaffende Ware/Dienstleistung erfüllen müssen.

Eine wichtige Flexibilisierung des Vergaberechts wird durch die Möglichkeit der Funktions- und Leistungsanforderungen ermöglicht. Die Funktions- und Leistungsanforderungen sind in § 8 EG Abs. 2 Nr. 2 VOL/A 2009 geregelt. Die Verwendung von Funktions- und Leistungsanforderungen kann auch und gerade im Bereich der umweltschutzorientierten Beschaffung verwendet werden, um bestimmte Vorgaben hinsichtlich des zu erreichenden Ziels zu machen, dem Bieter 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.¹³⁹ Mithin erwies sich die Nichtzulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen als Hindernis für die Innovationskraft öffentlicher Beschaffung.

Exkurs: Nutzung von Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Ausschreibungen

Ausschreibungen in Form von Rahmenvereinbarungen können genutzt werden, um die umweltfreundliche Beschaffung zu erleichtern. So hat zum Beispiel der Umweltverband Vorarlberg in Österreich als „Netzwerk 96“, dem verschiedene kleinere Gemeinden angehören, einen „ÖkoBeschaffungsservice Vorarlberg“ gegründet, der für die Mitgliedsgemeinden Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Produkte abschließt.

Die Richtlinie 2004/18/EG sieht ausdrücklich vor, dass verschiedene öffentliche Auftraggeber ihren Bedarf bündeln und hierfür gemeinsame Rahmenvereinbarungen ausschreiben können.¹⁴⁰ Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist in § 4 EG VOL/A 2009 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen 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 nicht schon exakt festgelegt werden.¹⁴¹ Dieses ermöglicht es beispielsweise einer zentralen Beschaffungsstelle wie dem „ÖkoBeschaffungsservice Vorarlberg“ auf der Basis einer Anfrage bei ihren Mitgliedsgemeinden einen Bedarf zu schätzen und eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen. Die Mitgliedsgemeinden können dann die konkret benötigten Mengen abrufen („Abrufberechtigte“). Dabei sollte allerdings gewährleistet sein, dass eine bestimmte Mindestmenge abgerufen wird, weil sog. „Nullmengen-Verträge“ rechtlichen Bedenken begegnen.¹⁴² Hinzuweisen ist auch auf kartellrechtliche Einschränkungen, die sich gerade dann ergeben können, wenn es sich um Beschaffungsgegenstände

¹³⁹ Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge v. 30.8.2000 KOM (2000) 275, 9f., Rn. 5.1.

¹⁴⁰ Vgl. Erwägungsgrund 15 und Art. 1 Abs. 5 Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴¹ Graef, Rahmenvereinbarungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen de lege lata und de lege ferenda, NZBau 2005, S. 561, 562 m. w. N.

¹⁴² Siehe die Rechtsprechung des BGH zu Einkaufskooperationen bei der Beschaffung von Feuerwehrausrüstung, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01. Dazu Graef, Rahmenvereinbarungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen de lege lata und de lege ferenda, NZBau 2005, S. 561, 562 m.w.N.

handelt, die typischerweise nur von der öffentlichen Hand nachgefragt werden und für die deshalb von vornherein kein großer Markt besteht.¹⁴³

Rahmenvereinbarungen haben unter Umweltgesichtspunkten mehrere Vorteile:

- Wenn die Beschaffung gebündelt wird, können umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen kostengünstiger eingekauft werden. Dadurch wird die umweltfreundliche Auftragsvergabe für die Beschaffungsstellen möglich, die aufgrund von finanziellen Restriktionen sonst nicht die „grüne“ Variante gewählt hätten. 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 Auftraggeber in einer Rahmenvereinbarung die Nachfragemacht gestärkt und Umwelanforderungen der Auftraggeber können dadurch gegenüber der Anbieterseite besser durchgesetzt werden.

6.2.1 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung dient dazu, die vom Auftraggeber gewünschte Leistung so genau zu beschreiben, dass er das gewünschte Produkt/die Dienstleistung erhält, das/die auf seine Bedürfnisse zugeschnitten ist. Zudem sollen alle Anbieter von den gleichen Voraussetzungen ausgehen, damit die Angebote untereinander vergleichbar sind. Im Sinne eines fairen Wettbewerbs müssen den Bietern alle zur Erfüllung des Vertragszwecks notwendigen Informationen gleichermaßen zur Verfügung gestellt werden. Um eine richtige Preisermittlung zu ermöglichen, sollen alle den Preis beeinflussenden Faktoren in den Verdingungsunterlagen angegeben werden.

In § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 bzw. § 7 Abs. 7 VOB/A 2009 wird es ausdrücklich zugelassen, Umwelteigenschaften von Produkten oder Dienstleistungen in die Leistungsbeschreibung einzubeziehen (siehe dazu sogleich im nächsten Abschnitt unter „Umweltzeichen“). Zudem wurde die Vertragsfreiheit der Auftraggeber gestärkt, weil der § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A 2006 gestrichen wurde, in dem es hieß „an die Beschaffen-

¹⁴³ BGH, Urteil vom 12.11.2002, Az. KZR 11/01. Nach anderer Meinung unterfallen Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand von vornherein nicht dem Kartellverbot, weil diese regelmäßig nicht einkaufen, um Güter und Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, vgl. Graef, Rahmenvereinbarungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen de lege lata und de lege ferenda, NZBau 2005, S. 561, 567 – 568 m. w. N.

heit der Leistung sind ungewöhnliche Anforderungen nur so weit zu stellen, wie es unbedingt notwendig ist.“

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft, bestimmte Marken, Patenten, Typen oder ein besondere Produktion verwiesen werden, wenn dies bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausschließt (§ 8 EG Abs. 7, Satz 1 VOL/A 2009 bzw. § 7 Abs. 8 VOB/A 2009). Gleichwohl dürfen nach § 8 EG Abs. 7, S. 2 VOL/A 2009 bzw. § 7 Abs. 8 VOB/A 2009 die zuvor genannten Hinweise ausnahmsweise verwendet werden, „wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann.“ Dann ist diesem Verweis aber hinzuzufügen „oder gleichwertig“.

Zulässig ist es zudem, genaue Anforderungen – auch ökologischer Art – an die Ware oder Dienstleistung zu stellen. Dafür gibt es eine unüberschaubare Vielzahl an Beispielen. So kann der Auftraggeber beispielsweise verlangen, dass ein Produkt aus einem bestimmten Material (z.B. Holz statt Plastik) besteht oder bestimmte Inhaltsstoffe nicht enthält (z.B. bestimmte Chemikalien). Teilweise wird die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte im Rahmen der Leistungsbeschreibung bereits verbindlich geregelt:

Gem. § 4 Abs. 4 f. VgV sollen bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen bei denen solche Waren, Geräte oder Ausrüstungen zum Einsatz kommen im Hinblick auf die Energieeffizienz

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

Gemäß dem gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁴ 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.

Eine weitere verbindliche Regelung enthält § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG).¹⁴⁵ Danach sind Bundesbehörden insbesondere dazu verpflichtet, bei der Beschaffung zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können,

- 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.¹⁴⁶

Auch bestimmte Produktionsverfahren dürfen gefordert werden, wenn sie dazu beitragen, das Produkt zu charakterisieren. Dabei kann es sich um sichtbare oder unsichtbare Charakteristika handeln.¹⁴⁷ So ist von der Europäischen Kommission¹⁴⁸ wie vom Europäischen Gerichtshof¹⁴⁹ anerkannt, dass es zulässig ist, Strom aus erneuerbaren Energien auszuschreiben und auch Anforderungen hinsichtlich der genauen Art der Produktion 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.

Unzulässig sind demgegenüber Anforderungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Produkt stehen, wie es beispielsweise Vorgaben wären, die die Unternehmensführung des Auftragnehmers im Allgemeinen betreffen.¹⁵⁰

Festzuhalten ist, dass die Möglichkeiten, Produktionsverfahren einzubeziehen, gerade unter Umweltaspekten relevant sind.

¹⁴⁵ Das Kreislaufwirtschaftsgesetz ist am 29. Februar 2012 im Bundesgesetzblatt verkündet worden (BGBl. I S. 212) und tritt am 1. Juni 2012 in Kraft. Es löst das bis dahin geltende Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) ab.

¹⁴⁶ Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 KrWG.

¹⁴⁷ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001 KOM (2001) 274 endg., S. 12.

¹⁴⁸ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001 KOM (2001) 274 endg., S. 13.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“).

¹⁵⁰ 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 17.8.2008, Bundesanzeiger Nr. 12 vom 23.1.2008, S. 12.

Ein weiterer Aspekt im Rahmen der Erstellung der Leistungsbeschreibung ist die mittelbare Berücksichtigung von Lebenszykluskosten (unmittelbar kommen die Lebenszykluskosten erst auf der Stufe der Angebotswertung zum Tragen¹⁵¹). Dabei handelt es sich um die Summe aller Kosten, die während des gesamten Lebenszyklus eines Produkts (d.h. während Herstellung, Nutzung und Entsorgung) von einem oder mehreren Akteuren getragen werden. 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 sehr umweltrelevant, andererseits haben sie auch große Auswirkungen auf die Kosten, die der Auftraggeber zu tragen hat, wenn er das Produkt oder die Dienstleistung verwendet bzw. in Anspruch nimmt. Sie stellen also nicht nur eine Umweltaforderung, 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 dass Gebäude so gebaut werden, dass sie bestimmte Standards, etwa im Hinblick auf Wärmeschutz, Raumheizung oder Klimatisierung einhalten.

6.2.2 Umweltzeichen

Die Verwendung von Umweltzeichen wird in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 und § 7 Abs. 7 VOB/A 2009 genau geregelt.¹⁵² Umweltzeichen sind Kennzeichen/Label, mit denen eine oder mehrere bestimmte Umwelteigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung belegt werden sollen, und die auf freiwilliger Basis verliehen werden. Beispiele sind das in Deutschland sehr bekannte Umweltzeichen „Blauer Engel“¹⁵³ oder das europäische Umweltzeichen.¹⁵⁴ Die Bestimmung des § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 und des § 7 Abs. 7 VOB/A 2009 ist auch deshalb so detailliert, weil Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG, auf dem diese Regelungen beruhen, im EU-Rechtssetzungsverfahren relativ umstritten war. § 8 Abs. 5 VOL/A 2009 lautet nunmehr:

"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*

¹⁵¹ Vgl. § 19 EG Abs. 9 VOL/A.

¹⁵² Für die VOB 2009 ist Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG für Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich umgesetzt, um einheitliche Leistungsbeschreibungen bei nationalen und EU-weiten Ausschreibungen zu gewährleisten.

¹⁵³ Siehe: www.blauer-engel.de (so am 25.5.2011).

¹⁵⁴ Siehe: http://ec.europa.eu/environment/ecolabel/index_en.htm (so am 25.5.2011).

*d) das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.
Der Auftraggeber kann 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. Der Auftraggeber muss jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren."*

Damit wird dem Auftraggeber untersagt, in der Leistungsbeschreibung lediglich ein bestimmtes Umweltzeichen zu verlangen. Er muss vielmehr auf die Voraussetzungen für die Erlangung bzw. die Erteilung eines Umweltzeichens zurückgreifen. Dabei werden an die Verwendung von Kriterien, auf deren Basis ein Umweltzeichen vergeben wird, hohe Ansprüche gestellt. Die Umweltzeichen bzw. die darin definierten Umwelteigenschaften müssen geeignet, wissenschaftlich begründet, transparent erarbeitet und allgemein zugänglich sein. Diese engen Vorgaben sind zunächst nachvollziehbar, weil sie verhindern sollen, dass Bieter diskriminiert werden, indem beispielsweise ein nationales Umweltzeichen bevorzugt an Hersteller aus dem eigenen Land vergeben wird. Denn auch wenn nur die Kriterien für die Erteilung eines Umweltzeichens in der Ausschreibung verwendet werden dürfen, so kann doch nach § 8 EG Abs. 5 vorletzter Satz VOL/A 2009 vermutet werden, dass der Bieter, dessen Produkt das Umweltzeichen trägt, die Kriterien erfüllt. Damit hätte der Bieter, dessen Produkt über das Umweltzeichen verfügt, einen deutlichen Vorteil gegenüber dem Bieter, der nach § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 letzter Satz die Kriterien selbst nachweisen muss.

§ 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 sagt ebenso wie Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich, dass die in Umweltzeichen definierten Spezifikationen verwendet werden dürfen. Nicht ausreichend ist es daher, pauschal auf die Anforderungen des jeweiligen Umweltzeichens zu verweisen und es dem Bieter selbst zu überlassen, herauszufinden, welches die Spezifikationen im Einzelnen sind. Der Auftraggeber muss sich daher die Mühe machen, die Anforderungen, die das Umweltzeichen aufstellt, und die er übernehmen möchte, in der Leistungsbeschreibung zu benennen. Dies ergibt sich aus Art. 23 Abs. 3 lit. b) der Richtlinie 2004/18/EG, der bestimmt, dass technische Spezifikationen, die in der Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen erfolgen, so genau zu fassen sind, dass sie den Bietern ein klares Bild von dem Auftragsgegenstand vermitteln. Dies ergibt sich auch aus § 8 EG Abs. 1 VOL/A 2009, der bestimmt, dass die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinn verstehen müssen, und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Fraglich ist, ob sich der Auftraggeber darauf beschränken kann, von Bietern, deren Produkte kein Umweltzeichen oder im Fall des Erfordernisses eines Umweltmanagementsystems (UMS)¹⁵⁵ keine Bescheinigung einer unabhängigen Stelle haben, eine entsprechende Eigenerklärung zu verlangen. Grundsätzlich könnte darin eine Ungleichbehandlung liegen, weil bei dem Bieter, der lediglich eine Eigenerklärung

¹⁵⁵ Siehe dazu unten unter Auswahl von Bietern.

abgibt, weniger Zeit und Kosten anfallen, als bei dem Bieter, der das Vorliegen der Anforderungen tatsächlich nachweist. Es ist daher davon auszugehen, dass von dem Bieter ohne Umweltzeichen oder UMS verlangt werden kann, zumindest gleichwertige Nachweise vorzulegen. Nach dem Wortlaut von § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 muss der Auftraggeber jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen (also Dritter!), akzeptieren. Die Beispiele machen deutlich, dass nicht davon auszugehen ist, dass eine Eigenerklärung ein ebenso geeignetes Beweismittel darstellt.¹⁵⁶

Beispiel für umweltbezogene Aspekte, auf deren Basis ein Umweltzeichen vergeben wird

Der Blaue Engel wird nur an Arbeitsplatzcomputer verliehen, die bestimmten Umweltanforderungen genügen. Im Fokus stehen die Vermeidung von Schadstoffen, Emissionen und Abfall und ein möglichst geringer Energiebedarf während der Nutzung sowie die Verwertung gebrauchter Produkte. Hierdurch soll ein Beitrag zur Ressourcenschonung geleistet und Schadstoffeinträge in die Umwelt vermieden werden. Es sollen Geräte mit niedrigem Energiebedarf ausgezeichnet werden, die außerdem geräuscharm arbeiten.

Gefordert ist deshalb z.B., dass die maximal zulässigen Leistungsaufnahmen der Systemeinheiten und der tragbaren Computer in energiesparenden Zuständen vorgegeben werden ebenso wie die zulässigen Aktivierungszeiten dafür, die sich zudem vom Nutzer verringern lassen müssen. Der Ein-Aus-Schalter muss sich an der Gerätevorderseite befinden und zumindest einen Schein-Aus-Zustand ermöglichen.

Kriterien, die die Basis von Umweltzeichen bilden, eignen sich in der Regel gut für die umweltfreundliche Beschaffung. Wie von § 8 EG VOL/A 2009 gefordert, sind sie nämlich tatsächlich oft wissenschaftlich fundiert, mit den Betroffenen diskutiert und weit verbreitet. In der Ausschreibung muss zwingend darauf geachtet werden, dass neben dem Nachweis durch das Umweltzeichen auch ausdrücklich der Nachweis durch jedes andere geeignete Beweismittel zugelassen wird. Eine Formulierung in einer Ausschreibung könnte daher lauten: „Der Nachweis der Umweltanforderungen kann durch das Umweltzeichen XY oder durch andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, erfolgen.“ Nicht zulässig ist es dagegen, lediglich das Umweltzeichen ohne den genannten Zusatz zu fordern. Vor dieser Vorgehensweise ist vielmehr ausdrücklich zu warnen. Wenn nationale Label ohne den Zusatz „oder durch andere geeignete Beweismittel“ gefordert würden, würde dies im Übrigen auch gegen europäisches Primärrecht verstoßen.

¹⁵⁶ So auch Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, S. 265, 266.

6.2.3 Veröffentlichung der Ausschreibung und Versendung der Vergabeunterlagen

Da es sich um eine Ausschreibung oberhalb der EU-Schwellenwerte handelt, muss diese nunmehr europaweit im dazu bestimmten Veröffentlichungsmedium, dem Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt gemacht werden. Damit beginnt das Vergabeverfahren im formellen Sinne. Die europäischen Vorgaben für die Bekanntmachung sind stark formalisiert und sollen dazu dienen, dass alle Bieter den Inhalt der ausgeschriebenen Leistung gleich verstehen können. Die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 gibt in Anhang II das Muster einer Auftragsbekanntmachung vor.¹⁵⁷ Im Inland muss die Ausschreibung in geeigneten Medien veröffentlicht werden (Tageszeitungen etc.).

Auf Anforderung der interessierten Unternehmen werden diesen sodann die Vergabeunterlagen übersandt. Wenn ein Unternehmen zu einzelnen Punkten der Ausschreibung Nachfragen hat, muss darauf geachtet werden, dass alle anderen Unternehmen, die ebenfalls die Verdingungsunterlagen angefordert haben, zeitgleich durch ein Biiterrundschreiben über die Antworten auf die gestellten Fragen informiert werden. Die Bieter haben dann die Möglichkeit innerhalb einer Frist, die mindestens 52 Tage betragen muss, ihre Angebote zu übersenden.

6.3 Auswahl der Bieter (Eignungsprüfung)

In einem formalisierten Verfahren werden die eingegangenen Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet. Diese Phase des Verfahrens wird als Prüfungs- und Wertungsphase bezeichnet. Innerhalb dieser Phase ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt wie oben dargelegt in vier Schritten. Während in der Überprüfung der formellen Anforderungen umweltbezogene Aspekte keine Rolle spielen, können diese beim zweiten Schritt, der Eignungsprüfung, relevant werden.

Bei der Eignungsprüfung werden Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzmäßigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter geprüft (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB n.F.). Dazu kann die Vergabestelle unter anderem Nachweise über den Umsatz des Unternehmens, die Ausführung von Leistungen in der Vergangenheit, die Anzahl und Qualifikation der Arbeitnehmer und die technische Ausrüstung sowie über Eintragungen in das Berufsregister verlangen.¹⁵⁸ Bei der Eignungsprüfung schreibt §§ 7 EG, 19 EG Abs. 5 VOL/A 2009 vor: *„Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen.“* Neu ist

¹⁵⁷ Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 der Kommission vom 19. August 2011 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005.

¹⁵⁸ Diese Aufzählung ist nicht abschließend, dies ergibt sich daraus, dass auch andere insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise verlangt werden können.

zunehmend, dass der Auftraggeber nach § 7 EG Abs. 1 VOL/A 2009 die Eignung vorrangig durch Eigenerklärungen und Präqualifizierung zu überprüfen hat. Fordert er Eignungsnachweise, muss er dies begründen. Dazu muss der Auftraggeber die von ihm verlangten Erklärungen/Nachweise schon in der Bekanntmachung angeben (§ 12 Abs. 2 lit. I VOL/A 2009).

Ob und inwieweit ein Verstoß gegen Umweltvorschriften im Rahmen der Eignungsprüfung zum Ausschluss eines Angebotes führen kann, wird in der Literatur differenziert bewertet.

Nach einer Auffassung¹⁵⁹ kann gem. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB jeder Verstoß gegen ein Gesetz und damit auch jeder Verstoß gegen ein Umweltgesetz zur Nichteignung des Bieters führen, wenn die Vorschrift im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit des Bieters hätte beachtet werden müssen.¹⁶⁰ Begründet wird dies mit dem durch den Gesetzgeber in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB neu eingefügten Begriff der Gesetzestreue und der dazugehörigen Gesetzesbegründung: *„Es geht um alle Regeln, an die sich alle Unternehmen, die eine entsprechende Tätigkeit ausüben, halten müssen.“*¹⁶¹

Eine andere in der Literatur vertretene Ansicht¹⁶² knüpft primär an § 6 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG an, wonach Bieter von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden können, *„[...] die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt, [...]“*. Danach kann ein Verstoß gegen Umweltvorschriften zum Ausschluss eines Bieters führen, wenn es sich um eine schwere Verfehlung handelt, die die Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt.¹⁶³

Trotz dieser unterschiedlichen Argumentationsansätze unterscheiden sich beide Auffassungen im Ergebnis nur geringfügig. Mit einem Verstoß gegen ein Umweltgesetz ist i.d.R. auch eine schwere Verfehlung gegeben,¹⁶⁴ die, wenn das Gesetz vom Bieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit hätte beachtet werden müssen, auch dessen Zuverlässigkeit in Frage stellt. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, wie die zweite Ansicht, primär auf § 6 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG abzustellen, da der nachträglich in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB eingefügte Begriff „gesetzestreue“ lediglich klarstellende Wirkung hat¹⁶⁵ und das Merkmal der Gesetzestreue seit jeher bei der Prüfung der Zuverlässigkeit zu berücksichtigen war.¹⁶⁶ § 6 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG enthält hierzu die untergesetzliche Konkretisierung und ist damit die einschlägige Norm.

¹⁵⁹ Altus / Ley / Wankmüller: Handbuch für die umweltfreundliche Beschaffung, Altus / Ley / Wankmüller (Hrsg.), Heidelberg, Stand. Februar 2012.

¹⁶⁰ Altus / Ley / Wankmüller a.a.O., Teil B 4, S. 5 f..

¹⁶¹ Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 16(9)1328 vom 16. Dezember 2008, beschlossen am 19.12.2008, zitiert in Altus / Ley / Wankmüller a.a.O. S. 6.

¹⁶² Dageförde, Angela: Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Berlin 2012.

¹⁶³ Dageförde a.a.O. S. 126, Rn. 289.

¹⁶⁴ Als schwere Verfehlungen gelten nach der zweiten Ansicht insbesondere schuldhaft begangene Verstöße gegen strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Vorschriften mit erheblichen Auswirkungen, Dageförde a.a.O. S. 124 f. Rn. 284.

¹⁶⁵ So auch Altus / Ley / Wankmüller a.a.O. S. 6: *„[...] Vor dem Hintergrund der Begründung, „dass der Begriff ‚gesetzestreue‘ klarer macht, was gemeint ist“ wird deutlich, dass die Ergänzung lediglich eine gesetzliche Klarstellung bisher schon geltender Eignungsanforderungen bedeutet. [...]“*.

¹⁶⁶ Dageförde a.a.O. S. 126, Rn. 290.

Relevant werden umweltbezogene Aspekte in der Eignungsprüfung auch bei der Frage der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter. Grundsätzlich erlauben es die Vergabe- und Vertragsordnungen dem Bieter, seine technische Leistungsfähigkeit durch Bescheinigungen von anderen Auftraggebern, durch eine Beschreibung der zur Verfügung stehenden Ausrüstung und Unternehmensleitung sowie durch Muster und Beschreibungen nachzuweisen. Das kann natürlich auch umweltrelevantes Know-how und Ausrüstung betreffen, wenn dieses speziell in dem Vergabeverfahren von Interesse ist. Das gilt zum Beispiel für Aufträge, die den geschulten Umgang mit Umweltmedien erfordern.

Nach § 7 EG Abs. 11 VOL/A 2009 kann bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems im Unternehmen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters verlangt werden.¹⁶⁷ Dabei kann es sich beispielsweise um den Nachweis der Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS¹⁶⁸ handeln oder um das internationale privatwirtschaftliche System DIN EN ISO 14001.¹⁶⁹

Die Vergaberichtlinien haben die Frage, wie dies nachzuweisen ist, dahingehend beantwortet, dass die Auftraggeber nur in einem sehr beschränkten Umfang fordern dürfen, dass ein Bieter eine Zertifizierung nach einem Umweltmanagementsystem nachweist. Art. 48 Abs. 2 lit. f) der Richtlinie 2004/18/EG lautet:

„(2) Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen wie folgt erbracht werden:

f) bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen, und zwar nur in den entsprechenden Fällen durch Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung des Auftrags gegebenenfalls anwenden will.“

Auch diese Frage war im Gesetzgebungsverfahren strittig. Die Ausschüsse des Europäischen Parlaments sprachen sich überwiegend dafür aus, Umweltmanagementsysteme als Eignungskriterium einbeziehen zu können. Demgegenüber meinte die Europäische Kommission, das Bestehen eines Umweltmanagementsystems in einem Unternehmen sei nicht geeignet, etwas über die Qualität eines Produkts auszusagen, das ein Unternehmen herstellt. Im Ergebnis wurde die Möglichkeit des Nachweises der Eignung durch ein Umweltmanagementsystem auf Bau- und Dienstleistungsaufträge beschränkt.

In welcher Form der Nachweis erfolgen kann, wurde weiter in Art. 50 der Richtlinie 2004/18/EG präzisiert, der in § 7 EG Abs. 11 VOL/A 2009 umgesetzt worden ist:

¹⁶⁷ Für eine sehr weitgehende Einbeziehbarkeit der EMAS-Zertifizierung sprechen sich Leifer/Mißling aus, Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 266; vgl. auch Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, S. 243 ff.

¹⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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. Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

¹⁶⁹ Siehe: <http://www.14001news.de/> (so am 25.5.2011).

„Verlangen bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, dass die Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllen, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so nehmen sie auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) oder auf Normen für das Umweltmanagement Bezug, die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von entsprechenden Stellen zertifiziert sind, die dem europäischen Gemeinschaftsrecht oder europäischen oder internationalen Zertifizierungsnormen entsprechen. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedsstaaten sind anzuerkennen. Die Auftraggeber erkennen auch andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen an, die von den Unternehmen vorgelegt werden.“

Diese Regelung soll vor allem sicherstellen, dass ausländische – unter Umständen auch außereuropäische – Bieter nicht diskriminiert werden, indem der Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangt wird, an dem sich solche Bieter gar nicht beteiligen können. Dies erläutert auch der § 7 EG Abs. 11 S. 3 VOL/A 2009:

„Die Auftraggeber erkennen auch andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen an, die von Unternehmen vorgelegt werden.“

Selbstverständlich bedeutet es für einen Bieter einen erheblichen Aufwand, nachzuweisen, dass sein Betrieb ohne Umweltmanagementsystem dasselbe Umweltschutzniveau gewährleistet wie der Betrieb eines Konkurrenten, der nach einem Umweltmanagementsystem zertifiziert ist. Eine Eigenerklärung des Bieters dürfte jedoch kein ausreichender Nachweis sein. Diesbezüglich bietet sich ein Vergleich zur Rechtslage bei der Forderung nach einem Qualitätsmanagementsystem an. Art. 33 der (nicht mehr gültigen) Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG traf dazu die Aussage, dass für den Fall, dass der Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Dienstleistungserbringer bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen von unabhängigen Qualitätsstellen verlangt, diese auf Qualitätsnachweisverfahren auf der Grundlage der einschlägigen Normen aus der Serie EN 29 000 und auf Bescheinigungen durch Stellen Bezug nehmen müssen, die nach der Normserie EN 45 000 zertifiziert sind. Um „Konformitätserklärungen“ im Sinne dieser Vorschrift handelt es sich dabei allein in dem Fall, dass nach seinem Satz 2 *„gleichwertige Bescheinigungen von Stellen aus anderen Mitgliedsstaaten [...] anerkannt werden [müssen]“*. Eine Eigenerklärung erfüllt diese Voraussetzungen nicht und stellt daher auch keinen Nachweis der Erfüllung dieser Forderung durch den Bieter dar.¹⁷⁰ Art. 49 der Richtlinie 2004/18/EG spricht zwar nicht mehr von entsprechenden Normen aus der Serie EN 29 000 o. ä., fordert aber weiterhin die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so dass auch nach neuem Recht Eigenerklärungen im Bereich des Qualitätsmanagements für nicht zulässig gehalten werden.¹⁷¹ Da Art. 50 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 7 EG Abs. 11 S. 1 VOL/A 2009 für Umweltmanagement ebenfalls die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangt, dürfte auch hier eine Eigenerklärung nicht ausreichen.

¹⁷⁰ VK Thüringen, Beschluss v. 16.1.2006, Az.: 360-4004.2B-025/05-ARN.

¹⁷¹ Weyand, in *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 2.1.2007, § 97 GWB, Rn. 542 f.

Auch wenn das Eignungskriterium Umweltmanagementsystem auf bestimmte Verträge beschränkt wurde, ist daher davon auszugehen, dass die Zertifizierung mehr als in der Vergangenheit Unternehmen Vorteile verschaffen kann – wenn die öffentliche Hand dieses Kriterium in geeigneten Fällen nutzt.¹⁷²

Zusammenfassend können in der Phase der Eignungsprüfung Umweltaspekte in diverser Hinsicht eine Rolle spielen.

6.4 Angebotswertung

6.4.1 Allgemeine Regeln

Wenn die Phase der Eignungsprüfung abgeschlossen ist, werden die verbleibenden Angebote gewertet. Den Zuschlag erhält das Angebot, das die vorher aufgestellten Kriterien am besten erfüllt. § 97 Abs. 5 GWB regelt: *„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“* Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Vergabe- und Vertragsordnungen. So regelt § 21 EG Abs. 1 VOL/A 2009: *„Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“*

Auch § 19 EG Abs. 9 VOL/A 2009 macht deutlich, dass nicht der Preis allein entscheidend sein soll: *„Bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen die Auftraggeber verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Lebenszykluskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.“*

Ebenso § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A 2009: *„In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die [...] Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“*

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 Bietern 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

¹⁷² Ausführlich zur Frage der Einbeziehung von Umweltmanagementsystemen ins Vergabeverfahren: Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, S. 243 – 293.

Leistung und den dafür einzusetzenden Finanzmitteln ankommt.¹⁷³ Der Preis ist ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Kriterium.

Vielmehr können unterschiedlichste Kriterien herangezogen werden, wie die zitierte Aufzählung in § 19 EG Abs. 9 VOL/A 2009 deutlich macht, die unter anderem Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- und Ausführungsfrist nennt. Überholt, wenn auch schon früher unzutreffend, ist damit die Argumentation, die Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in das Vergabeverfahren wäre nach deutschem Recht unzulässig.

6.4.2 Zuschlagskriterien

Die Bestimmung des § 19 EG VOL/A 2009 basiert auf Art. 53 „Zuschlagskriterien“ der Richtlinie 2004/18/EG. In Art. 53 heißt es allerdings *„verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“*. 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 *„direktem 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 den Auftraggeber 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.

Diese Auffassung wird durch die 1. Erwägung, Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG gestützt:

„Die vorliegende Richtlinie gründet sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen, sofern derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen,

¹⁷³ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2005, § 97 Rn. 261; Opitz, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12 ff.

ausdrücklich erwähnt sind und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien entsprechen.“

Für die Richtlinie heißt das, dass die Formulierung „*verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien*“ dahingehend auszulegen ist, dass die Auftraggeber ökologische Kriterien einbeziehen können, wenn diese einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben, nicht diskriminierend sind, in der Leistungsbeschreibung genannt wurden und den Auftraggebern nicht ermöglichen, willkürlich ein Angebot anderen Angeboten vorzuziehen.

Bei der Umsetzung in die deutschen Verdingungsordnungen wurde allerdings, statt die Formulierung der Richtlinie zu übernehmen, die Formulierung der „*durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte(n) Kriterien*“ gewählt. Fraglich ist, ob die deutsche Regelung mit dieser Formulierung inhaltlich über die Bestimmung der Richtlinie hinausgeht, und ob dies vom deutschen Gesetzgeber so beabsichtigt war. Es scheint nämlich, als könnten auch Kriterien, die nicht unmittelbar mit dem Auftrag zusammenhängen, durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein. Allerdings wird man wohl in der Praxis feststellen, dass die Differenzen zwischen den beiden gewählten Formulierungen nicht sehr groß sind. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts ist vor allem zu vermeiden, dass Bieter diskriminiert werden. Daher sollten Kriterien bei der europaweiten Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte grundsätzlich immer so gewählt werden, dass sie Bietern aus anderen Mitgliedsstaaten die gleiche Chance bieten, ein Angebot abzugeben.

Festzuhalten ist also, dass Zuschlagskriterien zulässig sind, die:

- im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen,
- dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen
- ausdrücklich in den Verdingungsunterlagen genannt sind und
- den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien und Grundsätzen entsprechen. Zu diesen gehören der Grundsatz des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie die davon abgeleiteten Grundsätze wie z.B. die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sowie die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb.¹⁷⁴

Zuschlagskriterien sind durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt, wenn sie (objektiv) einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen. Dieser Zusammenhang ist jedenfalls gegeben, wenn es sich um Eigenschaften handelt, die dem Produkt oder der Dienstleistung unmittelbar anhaften. Das ist der Fall, wenn die Zuschlagskriterien beispielsweise den Energie- oder Kraftstoffverbrauch des Produkts betreffen.

¹⁷⁴ Zu den allgemeinen Grundsätzen vgl. Spiegel, Die Vergabekoordinierungsrichtlinie im Überblick, in: Pitschas/Ziekow, Vergaberecht im Wandel (Hrsg.), 2006, S. 9, 11.

6.4.3 Lebenszykluskosten

Zulässig ist sowohl nach dieser Definition als auch nach dem Wortlaut von § 19 EG Abs. 9 VOL/A¹⁷⁵ die Einbeziehung von Lebenszykluskosten. Diese haben eine unmittelbare Auswirkung auf die Wirtschaftlichkeit des Angebots und nicht nur auf seine Umweltfreundlichkeit.

Lebenszykluskosten bezeichnen die Summe aller Kosten, die während des gesamten Lebenszyklus eines Produkts (d.h. während Herstellung, Nutzung und Entsorgung) von einem oder mehreren Akteuren getragen werden. Dazu zählen wie unter dem Punkt „Leistungsbeschreibung“ ausgeführt beispielsweise der Energie- und Wasserverbrauch, die Lebensdauer, Reparaturkosten oder die Kosten für den Verbrauch von Hilfs- und Betriebsstoffen.

Für die Beschaffung bestimmter Waren oberhalb der EU-Schwellenwerte wird die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten bereits verpflichtend vorgegeben. Dies gilt z.B. für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, bei denen von den Bietern in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder die Ergebnisse einer vergleichbaren Methode einzufordern ist.¹⁷⁶ Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen wird sogar eine detaillierte Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten verbindlich vorgegeben.¹⁷⁷

Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten, die sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt, beinhaltet die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff).¹⁷⁸ Nach Art. 1, 2 Abs. 4 AVV-EnEff sind Bundesdienststellen bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter¹⁷⁹ Produkte und Dienstleistungen dazu verpflichtet, für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes *„neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer – vor allem die Kosten für den Energieverbrauch der zu beschaffenden Geräte – sowie die Abschreibungs- und Entsorgungskosten zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip)“*.

Diese können in die Gesamtgewichtung des Angebots einbezogen werden.

¹⁷⁵ Danach kann der Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung neben weiteren Kriterien auch die Lebenszykluskosten berücksichtigen.

¹⁷⁶ Vgl. § 4 Abs. 4, 6 Nr. 2 VgV.

¹⁷⁷ Vgl. § 4 Abs. 7 ff. i.V.m. Anlage 2 VgV und § 7 Abs. 5 f. i.V.m. Anhang 4 SektVO.

¹⁷⁸ Die AVV gilt bis zum 24. Januar 2013 (Art. 4 AVV-EnEff).

¹⁷⁹ Der Wortlaut von Art. 1 AVV-EnEff ist insoweit missverständlich, als der Eindruck entstehen könnte, die Ausführungen würden nur für die Beschaffung „energieeffizienter“ Produkte und Dienstleistungen gelten. Das kann jedoch nicht gewollt sein, da dem Ordnungsgeber nicht daran gelegen sein kann, die Beschaffung energieineffizienter Produkte und Dienstleistungen zu privilegieren.

6.4.4 Externe Kosten

Eine andere Frage die sich in diesem Zusammenhang stellt, betrifft die Berücksichtigung externer Kosten¹⁸⁰ im Rahmen der Zuschlagserteilung. Ob und wieweit der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Einsparungen zulässt, ist umstritten. Wie oben bereits dargestellt, ist es nicht erforderlich, dass die Kriterien dem Auftraggeber einen betriebswirtschaftlichen Vorteil bringen. Probleme ergeben sich aber insbesondere angesichts von methodischen Unsicherheiten bei der Quantifizierung oder finanziellen Bewertung externer Kosten.

Unter Zugrundelegung der allgemeinen Kriterien der Zulässigkeit von Zuschlagskriterien, kommt man grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass eine Einbeziehung externer Kosten immer dann möglich ist, wenn diese im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, und darüber hinaus auch den Grundsätzen der Transparenz und Objektivität ausreichend Rechnung getragen wird. Letzteres setzt u. E. voraus, dass für die Quantifizierung der mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden externen Kosten eine anerkannte Methode zur Verfügung steht, die im Rahmen der Verdingungsunterlagen auch in Bezug genommen wird.

Ein Beispiel dafür ist die jüngst im Bereich der öffentlichen Verkehrsdienste von der Europäischen Kommission erlassene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge.¹⁸¹ Der Gesetzgeber hat die Richtlinie in § 4 Abs. 7 ff. i.V.m. Anlage 2 VgV und in § 7 Abs. 5 f. i.V.m. Anhang 4 SektVO in nationales Recht umgesetzt.¹⁸²

Danach sind als Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, der technischen Spezifikationen und/oder als Zuschlagskriterien der Energieverbrauch, die CO₂-Emissionen und die Schadstoffemissionen zu berücksichtigen.¹⁸³ Dies kann optional im Wege der Lebenszykluskostenanalyse erfolgen. Hierfür wird eine detaillierte Methodik zur finanziellen Bewertung und Berechnung der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen in der Richtlinie festgelegt.

¹⁸⁰ Externe Kosten sind solche, die nicht vom Verursacher sondern von der Allgemeinheit getragen werden, z.B. als Folge von Schadstoffemissionen.

¹⁸¹ Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. der EU L 120 vom 15.5.2009, S. 5.

¹⁸² Die Richtlinie 2009/33/EG war von den Mitgliedstaaten bis zum 4.12.2010 in nationales Recht umzusetzen (Art. 11 Abs. 1). In Deutschland wurde sie durch inhaltlich identische Änderungen der Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung umgesetzt, die am 12.5.2011 in Kraft getreten sind (siehe die Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung sowie der Sektorenverordnung vom 9.5.2011, BGBl. I 2011 Nr. 21 vom 11.5.2011, S. 800).

¹⁸³ Während die Energiekosten als Lebenszykluskosten beim Auftraggeber 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).

Nach § 4 Abs. 7 VgV bzw. § 7 Abs. 5 SektVO müssen öffentliche Auftraggeber „zumindest“ folgende Energie- und Umweltauswirkungen berücksichtigen:

- Energieverbrauch,
- Kohlendioxid-Emissionen,
- Stickoxid-Emissionen,
- Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
- partikelförmige Abgasbestandteile.¹⁸⁴

Die Vergabestelle hat dabei die Wahl wie sie den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen berücksichtigen will:

- 1) als Vorgabe in der Leistungsbeschreibung oder in den technischen Spezifikationen nach § 8 EG VOL/A¹⁸⁵ oder
- 2) als Zuschlagskriterium nach § 19 EG VOL/A¹⁸⁶.

Eine kumulative Anwendung der beiden Fälle ist auch möglich. So kann in der Leistungsbeschreibung ein Mindeststandard festgelegt und in den Zuschlagskriterien die Erfüllung strengerer Standards honoriert werden.¹⁸⁷ 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.“*¹⁸⁸

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.¹⁸⁹

Existieren solche rechtlich verbindlichen Vorgaben zur Einbeziehung von Energieverbräuchen oder Umweltauswirkungen hingegen nicht, wird eine solche Arbeit von einzelnen Vergabestellen in der Regel kaum zu leisten sein. Die Einbeziehung externer

¹⁸⁴ 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 Auftraggebern gemacht werden. Von der Möglichkeit weitere Faktoren in der VgV bzw. SektVO zu benennen, hat der deutsche Gesetzgeber allerdings keinen Gebrauch gemacht und insoweit eine 1:1-Umsetzung vorgenommen.

¹⁸⁵ Entsprechende Regelung in der SektVO nach § 7 Absätze 5 und 6.

¹⁸⁶ Entsprechende Regelung in der SektVO nach § 29 Absatz 2.

¹⁸⁷ Siehe die Gesetzesbegründung zu § 4 Absatz 8 VgV, Bundesrat-Drucksache 70/11, S. 22.

¹⁸⁸ Vgl. den 21. und 28. Erwägungsgrund der Richtlinie.

¹⁸⁹ Arbeitshilfen zur Berechnung findet sich unter: www.cleanvehicle.eu (so am 27.5.2011).

Kosten mag daher zwar rechtlich möglich sein, begegnet in ihrer Umsetzung jedoch praktischen Hürden, die nicht unterschätzt werden sollten.¹⁹⁰

6.4.5 Produktionsmethoden

Generell ist es allerdings nicht erforderlich, dass die Kriterien dem Auftraggeber einen (betriebs-)wirtschaftlichen Vorteil bringen. Dies hat der Europäische Gerichtshof wiederholt entschieden.¹⁹¹ Unzutreffend ist damit die Auffassung, die Kriterien müssten eine Werterhöhung zur Folge haben, die dem Auftraggeber zugute kommt.¹⁹² Der Auftraggeber kann daher auch Kriterien wählen, die die Produktionsphase des Auftragsgegenstandes betreffen (Anforderungen hinsichtlich sogenannter Prozess- und Produktionsmethoden, englisch PPMs), wenn ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht. Das bedeutet, dass der Auftraggeber beispielsweise fordern kann, dass das Holz, aus dem Büromöbel sein sollen, aus „*nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen*“ sollen. Gemäß dem gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten¹⁹³ sind Bundesdienststellen hierzu sogar verpflichtet. Zulässig sind auch Zuschlagskriterien, 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 % gewichtet werden.¹⁹⁴ Zurückgewiesen hat der EuGH jedoch in derselben Entscheidung ein weiteres von dem Auftraggeber angewandtes Kriterium, durch das nicht das Leistungsvermögen der Bieter im Hinblick auf den Auftraggeber, sondern im Hinblick auf Dritte bewertet

¹⁹⁰ Weitergehende Ausführungen zur Einbeziehung externer Kosten finden sich im 40. Erwägungsgrund des Vorschlags der EU-Kommission für eine neue Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011 KOM(2011) 896 end. (so: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:DE:PDF>). Dort heißt es klarstellend: „[...] Bei der Lebenszykluskostenrechnung werden sämtliche über den gesamten Lebenszyklus von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen anfallenden Kosten, und zwar sowohl interne Kosten (wie Kosten für Entwicklung, Produktion, Nutzung, Wartung und Entsorgung) als auch externe Kosten, berücksichtigt, soweit sie monetarisierbar und kontrollierbar sind. [...]“.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussillikenne („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.

¹⁹² 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 Leistungen zusammenhängen, sich auf den Wert der Leistung auswirken und die Werterhöhung unmittelbar dem Auftraggeber zugutekommt.“

¹⁹³ Siehe oben, Abschnitt 6.2.1 „Leistungsbeschreibung“.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 40 - 42.

wurde.¹⁹⁵ 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 „Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen.“ Der Energielieferant sollte sich verpflichten, Energie aus erneuerbaren Energieträgern zu liefern. Allerdings verzichtete der Auftraggeber auf den konkreten Nachweis der Bezugsquelle, weil seiner Meinung nach kein Lieferant garantieren könne, dass der Strom tatsächlich aus erneuerbaren Energien stamme. Diesen Verzicht hielt der EuGH für unzulässig, weil der Auftraggeber kein Kriterium aufstellen dürfe, von dem er von vornherein erklärt habe, es nicht überprüfen zu wollen.¹⁹⁶

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.*“¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

Nicht zulässig sind dagegen Kriterien, bei denen kein Zusammenhang mehr mit dem Auftragsgegenstand besteht, etwa weil sie sich ausschließlich auf das allgemeine Umweltverhalten des Bieters beziehen, das von seinen Produkten oder Leistungen unabhängig ist. Beispiele dafür wären der Verzicht auf die Verwendung von Einweggeschirr in der Werkskantine¹⁹⁹ oder die Verwendung von Recyclingpapier in den Büros des Bieters.

6.4.6 Willkürverbot und Gewichtung der Kriterien

Die gewählten umweltbezogenen Aspekte dürfen dem Auftraggeber schließlich keine unbegrenzte Wahlfreiheit einräumen. Damit soll verhindert werden, dass sich der Auftraggeber durch die Auswahl von Kriterien die Möglichkeit eröffnet, willkürlich zwischen Bietern entscheiden zu können und damit das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen. Des Weiteren dürfen Kriterien nicht so gewählt werden, dass unklar bleibt, nach welchen Maßstäben der Auftraggeber entscheiden will, denn damit würde er gegen das Transparenzgebot verstoßen. Aus diesem Grund fordert § 9 EG Abs. 2 VOL/A 2009 die Gewichtung der vom Auftraggeber gewählten Kriterien. Die Gewichtung kann nach Satz 2 auch durch Angabe einer angemessenen Marge

¹⁹⁵ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 67.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 51.

¹⁹⁷ 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.4.2002, VK 2- 10/02, S. 3.

¹⁹⁸ 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.4.2002, VK 2- 10/02, S. 18.

¹⁹⁹ Krohn, S. 313.

erfolgen und nach Satz 3 nur ausnahmsweise „aus nachvollziehbaren Gründen“ unterbleiben. In diesem Fall müssen allerdings die Kriterien in absteigender Reihenfolge genannt werden. Erforderlich ist also vor allem die Nennung und Gewichtung der Umweltaspekte als Zuschlagskriterien.

6.4.7 Diskriminierungsverbot und Einengung auf einen Bieter

Der öffentliche Auftraggeber soll durch die Auswahl der Zuschlagskriterien Bieter nicht diskriminieren. Dies könnte der Fall sein, wenn durch die Auswahl eine unzulässige Einengung des Bieterkreises erreicht wird. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob Zuschlagskriterien aus Umweltschutzgründen zulässig sind, die zu einer Einengung der Bieterkreises auf wenige oder einen einzelnen Bieter führen.

Im Urteil „Concordia Bus“ hat der EuGH 2002 über die Zulässigkeit von Umweltschutzkriterien entschieden.²⁰⁰ In dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt 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.²⁰¹ Das vorliegende 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 Verfahren trug die im Vergabeverfahren unterlegene Bieterin, die Firma Concordia Bus, vor, dass ihr Konkurrent HKL der einzige Bieter gewesen sei, der tatsächlich in der Lage gewesen sei, Busse mit den geforderten Normen anzubieten.²⁰² 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 Bieter in der Lage waren, die vom Auftraggeber aufgestellten Kriterien zu erfüllen, stellte für den EuGH überdies noch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Die Richter kamen zu dem Ergebnis, dass *„der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung derartiger Kriterien nicht allein deshalb 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.“*²⁰³ Der Gerichtshof stützte dieses Ergebnis nicht auf eine einzelne

²⁰⁰ EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“).

²⁰¹ EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99, Rn. 26.

²⁰² EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99, Rn. 72.

²⁰³ EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99, 2. Leitsatz.

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 [...]“.²⁰⁴

Zu der Frage, welche Konsequenzen zu ziehen sind, wenn nach Durchführung der Eignungsprüfung nur noch ein Bieter im Verfahren übrig bleibt, nahm der Gerichtshof im Urteil „Fracasso und Leitschutz“ Stellung.²⁰⁵ Es ging um ein Vergabeverfahren für die Errichtung einer Mittelstreifenabsicherung auf einer österreichischen Autobahn. In diesem Verfahren blieb nach dem Ausscheiden von drei Mitbietern nur ein Bieter übrig. Die Vergabestelle widerrief die Ausschreibung. Vor dem EuGH war streitig, ob die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG²⁰⁶ die Vergabestelle verpflichtete, den Zuschlag dem einzigen verbliebenen Bieter zu erteilen. Diese Frage verneinte der EuGH. Er äußerte sich allerdings nicht ausdrücklich zu der Frage, ob ein solcher Zuschlag überdies *unzulässig* gewesen wäre. Allerdings kann man der Argumentation des Gerichtshofs entnehmen, dass er der Auffassung ist, ein Vergabeverfahren, an dem lediglich ein Bieter beteiligt ist, bietet keinen hinreichenden Wettbewerb mehr. Der EuGH stützt diese Ansicht auf den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie sowie die Art. 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 sah 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 Absatz 1 der Richtlinie beispielhaft aufgezählten das günstigste Angebot zu wählen.“²⁰⁷

Daraus lässt sich folgern, dass der EuGH die Auffassung vertritt, dass ein Vergabeverfahren, das so gestaltet ist, dass durch die Auswahl der Eignungs- oder Zuschlagskriterien notwendig nur noch ein Unternehmen den Zuschlag erhalten kann, ein wirksamer Wettbewerb nicht mehr gegeben ist. Zugleich erachtet er aber die Tatsache, dass nur wenige Bieter die Zuschlagskriterien erfüllen können, als zulässig.

²⁰⁴ EuGH, Urteil v. 17.9.2002, Rs. C-513/99, Rn. 81.

²⁰⁵ EuGH, Urteil 16.9.1999 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“)

²⁰⁶ RL 93/37/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 199/54 v. 9.8.1993.

²⁰⁷ EuGH, Urteil 16.9.1999 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“), Rn. 33.

Exkurs: (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung

Häufig wird von Seiten der Politik oder der Kommunen gewünscht, Waren oder Erzeugnisse aus regionaler Produktion zu beziehen oder die Bau- oder Dienstleistungen durch ortansässige Anbieter im Beschaffungsprozess durchführen lassen zu können. So nachvollziehbar dieser Wunsch sein mag, verstößt er doch gegen das Diskriminierungsverbot in § 97 Abs. 2 GWB bzw. gegen europäisches Recht (Artikel 12, 28, 43, 49 EG) sowie gegen die Vergabe- und Vertragsordnungen.²⁰⁸

§ 2 EG Absatz 1, S. 2 VOL/A 2009 regelt ausdrücklich das Diskriminierungsverbot: „Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.“

Europarechtlich stellt eine Bevorzugung regionaler Bieter einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Dieses verpflichtet den Auftraggeber zur Gleichbehandlung der Teilnehmer des Vergabeverfahrens. Die Vergabestelle darf weder Angebote ausländischer Unternehmen anders behandeln als die Angebote deutscher Bieter noch den Wettbewerb regional oder lokal beschränken. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung gehört zu den Grundprinzipien des nationalen und europäischen Vergaberechts,²⁰⁹ seine Anwendung ist nicht beschränkt auf eine Vergabe oberhalb der Schwellenwerte.²¹⁰ Das Diskriminierungsverbot bezieht sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens.

Eine Diskriminierung ist nicht nur gegeben, wenn regionale Produkte (oder Bau- oder Dienstleistungen) beschafft werden sollen. Eine – dann mittelbare – Diskriminierung kann auch dann vorliegen, wenn beispielsweise in der Ausschreibung vorgegeben wird, dass Bieter mit kurzen Transportwegen bevorzugt werden sollen.

So nachvollziehbar es erscheint, dass Politik und Verwaltung die regionale Produktion fördern möchten, so sollte doch auf eine Förderung durch die öffentliche Auftragsvergabe unbedingt verzichtet werden. Der öffentliche Auftraggeber ist seinerseits 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 Auftraggeber können spezifizieren, dass Lebensmittel beschafft werden sollen, die nicht in Gewächshäusern gezogen worden sind.

²⁰⁸ Siehe dazu Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32 ff.

²⁰⁹ Boesen, GWB § 97, Rn. 30.

²¹⁰ Siehe dazu unten Kapitel 7 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

6.5 Nebenangebote

Nebenangebote bieten eine gute Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, umweltfreundliche Alternativen bei den Bietern abzufragen. Bieter können z.B. neueste umwelttechnische Varianten anbieten, über die der Auftraggeber 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 bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen regelt § 9 EG Abs. 5 VOL/A 2009.²¹¹ Danach müssen Nebenangebote ausdrücklich zugelassen werden. Dazu geben die öffentlichen Auftraggeber in der Bekanntmachung an, ob Nebenangebote zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Nebenangebote zugelassen. Sofern öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung Nebenangebote wünschen, ausdrücklich zulassen oder ausschließen wollen, so ist dies anzugeben, ebenso ob Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Der Bieter muss im Nebenangebot eine Leistung anbieten, die den im Angebot genannten (Mindest-)Anforderungen an Ausführung und Beschaffenheit entsprechen. Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Nebenangebote können berücksichtigt werden.

Aus der Regelung ergibt sich also auch, dass Bieter nur dann Nebenangebote über eine umweltfreundlichere Variante abgeben können, wenn Nebenangebote vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurden, und der Auftraggeber überdies in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutert hat, die diese Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Denn nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten ist. Hat der Auftraggeber entgegen Art. 24 Abs. 3 der RL 2004/18/EG keine Angaben zu Mindestanforderungen gemacht, kann folglich ein Nebenangebot selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn es, wie in Art. 24 Abs. 2 vorgesehen, in der Bekanntmachung für zulässig erklärt worden ist.²¹² Der allgemeine Hinweis des Auftraggebers auf das Erfordernis einer Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Hauptangebot genügt nicht.²¹³ In der Praxis führt dies zu Problemen, weil die Auftraggeber Mindestanforderungen an Nebenangebote formulieren müssen, obwohl sie die Nebenangebote naturgemäß noch nicht kennen. Gerade im Bereich innovativer

²¹¹ Dies entspricht dem § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A 2009.

²¹² EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-421/01; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.3.2006, Az. Verg 77/05; Beschl. v. 27.4.2005, Az. Verg 23/05.

²¹³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.3.2006, Az. Verg 77/05.

(Umwelt-)Techniken wird diese Rechtsprechung als ein Hindernis für Nebenangebote angesehen.

§ 24 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A 2006 erlaubte, dass bei einem Nebenangebot oder bei einem Angebot aufgrund funktionaler Leistungsbeschreibung ausnahmsweise mit dem Bieter über notwendige technische Änderungen geringen Umfangs im Rahmen der geforderten Leistung verhandelt werden darf, wenn dessen Angebot als das wirtschaftlichste gewertet wurde. Nach § 18 EG und § 15 VOL/A 2009 besteht diese Möglichkeit nicht mehr.²¹⁴

6.6 Auftragsausführung

Umweltaspekte können auch bei der Ausführung von Verträgen, die die öffentliche Hand abschließt, eine Rolle spielen. Dazu gehören Anforderungen an die Lieferung von Waren und ihre Verpackung, z.B. die Recycelbarkeit von Verpackungsmaterial, die Rücknahme von Abfall oder nicht mehr brauchbaren Produkten. Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen kommen Anforderungen an die Art der Leistungserbringung wie etwa die Dosierung von Putzmitteln bei der Reinigung öffentlicher Gebäude, der Transport von Produkten und Werkzeugen zum Ort der Auftragsausführung, die Verwendung wiederverwendbarer Behälter für den Transport oder auch die Schulung der Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte in Betracht.²¹⁵

Bei Warenlieferungsaufträgen können zusätzlich relevant sein: die Lieferung des Produkts in angemessener Menge, zu bestimmten Zeiten sowie die Rücknahme von Verpackungsmaterial. Hier ist darauf hinzuweisen, dass die sogenannten Auftragsausführungsklauseln durchaus zu Abgrenzungsfragen führen können.

Die Zulässigkeit von Auftragsausführungsklauseln ist in Deutschland in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB geregelt. Danach gilt:

„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.“

Es handelt sich bei den drei Bedingungen um Anforderungen an die Auftragsausführung und nicht hingegen um technische Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung, Eignungsanforderungen oder Zuschlagskriterien.²¹⁶ Diese Bedingungen stellen eine eigene, vierte Kategorie dar – neben Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit – was der Gesetzgeber durch die Verwendung

²¹⁴ § 18 EG und § 15 VOL/A n.F. lauten: „Im offenen und im nicht offenen Verfahren dürfen die Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärungen über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Verhandlungen sind unzulässig.“

²¹⁵ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38 - 39.

²¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 5.5.2008 VII Verg 5/08.

des Begriffs „zusätzlich“ zum Ausdruck bringen wollte.²¹⁷ § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB beruht auf Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG, einer Bestimmung, die im europäischen Rechtssetzungsprozess Gegenstand von Diskussionen zwischen Europäischem Parlament und Rat war.²¹⁸ Sie geht zurück auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen „Beentjes“²¹⁹ und „Nord-Pas-de-Calais“.²²⁰ Die vor allem dogmatisch höchst umstrittenen Entscheidungen befassten sich mit der Einbeziehung von sozialen Kriterien in die Auftragsvergabe. In beiden Fällen verknüpfte die Vergabestelle die Auftragsvergabe mit einem zusätzlichen Kriterium, das der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit dienen sollte. Im Fall „Beentjes“ hatte das niederländische Ministerium für Landwirtschaft und Fischerei die Vergabe eines Bauauftrags mit der Bedingung verknüpft, dass der Bewerber in der Lage sein müsse, Langzeitarbeitslose einzustellen. Der Gerichtshof erklärte ein solches Kriterium nur unter der Bedingung für zulässig, dass alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sowie die Verfahrensvorschriften der Vergaberichtlinien beachtet werden. Diese Entscheidung stieß in der deutschen Rechtswissenschaft auf heftige Kritik.²²¹

Im Urteil „Nord-Pas-de-Calais“ bestätigte der Gerichtshof seine Auffassung zu den sogenannten „zusätzlichen“ Kriterien und ordnete diese überdies (unzutreffend) als Zuschlagskriterien ein. Diese Einordnung fand wiederum keine Zustimmung.²²² Die Europäische Kommission war hinsichtlich der „zusätzlichen Kriterien“ anderer Auffassung. Sie argumentierte, dass Auftragsausführungsbedingungen, solange es sich nicht um verdeckte technische Spezifikationen, Auswahlkriterien oder Zuschlagskriterien handelt, nicht unter die Vergaberichtlinien fallen, sondern nur am Primärrecht zu messen sind.²²³

Diese Auffassung scheint sich auch in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG wiederzufinden. Die Kommission sieht Auftragsausführungsklauseln zwar als bindend

²¹⁷ Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 117.

²¹⁸ Zum Rechtssetzungsprozess siehe: Dageförde, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, 2004, S. 104 ff.

²¹⁹ EuGH, Urteil vom 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeder Beentjes BV/Königreich der Niederlande („Beentjes“).

²²⁰ EuGH, Urteil vom 26.9.2000, Rs. C-225/98, Europäische Kommission/Frankreich („Nord-Pas-de-Calais“).

²²¹ Seidel, Zur Implementierung von Sekundärzielen, ZVgR 2000, S. 197; Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 1999, S. 174; Ders., Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621; Rittner, Die „sozialen“ Belange i. S. d. EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677, Kling, Zur Zulässigkeit vergabefremder Regelungen im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000.

²²² So wurde die Entscheidung von Dreher als „groteskes Fehlurteil“ kritisiert, Urteilsanmerkung zu EuGH Rs. C-225/98, JZ 2001, S. 138, 140.

²²³ Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung über auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg. ABl. EG 2001 Nr. C 333/12, Tz. 4.

an, weil alle Auftragnehmer verpflichtet seien, sie zu befolgen.²²⁴ Andererseits sollen sie aber keine Rolle bei der Zuschlagserteilung spielen. Das bedeutet, dass jeder Bieter in der Lage sein muss, sie einzuhalten.²²⁵ Die Kommission bezeichnet die Auftragsausführungsklauseln als „außerhalb des Auftragsvergabeverfahrens liegend.“²²⁶ Trotzdem müssen die zusätzlichen Bedingungen aus Gründen der Transparenz in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig dargelegt werden. Dem Bieter „sollten nämlich alle mit dem Auftrag verbundenen Verpflichtungen bekannt sein, damit diese in ihren Angebotspreis einfließen können.“²²⁷ Dementsprechend finden sich die zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung des Auftrags (Art. 26) in dem Kapitel der Richtlinie, das die Bestimmungen für die Verdingungs- und Auftragsunterlagen enthält. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG enthält damit hinsichtlich der Auftragsausführungsbedingungen eine deutliche Korrektur der EuGH-Rechtsprechung.²²⁸ Der EuGH hatte noch in Nord-Pas-de-Calais die Auffassung zurückgewiesen, es handele sich bei den Bedingungen des Auftraggebers um Ausführungsbedingungen, sondern diese als Zuschlagskriterien eingeordnet. Ziekow weist darauf hin, dass die Einordnung „massive Folgen für die Zulässigkeit der zusätzlichen Bedingungen“ habe.²²⁹ Nach seiner Auffassung sollen nur solche Ausführungen zulässig sein, die sich unmittelbar auf die Ausführung des Auftrags beziehen. Diese sehr restriktive Auslegung erscheint allerdings nicht zwingend. Der Einschätzung, dass es sich jedenfalls nicht um Zuschlagskriterien handeln darf, ist aber zuzustimmen.²³⁰

Nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gilt:

„Andere oder weitergehende Anforderungen [als die in Satz 2 genannten Anforderungen] dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

Diese mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) im Jahr 1999 in Kraft getretene Regelung ermöglicht, dass landesrechtliche Anforderungen an Bieter weiter zulässig bleiben sollten, allerdings nur solche, die in Gesetzesform ergehen.²³¹ Zuvor hatte es sich nämlich als problematisch erwiesen, dass eine große Anzahl solcher Anforderungen, beispielsweise im Hinblick auf Tariftreueerklärungen, Mindestlöhne, Ausbildung von Lehrlingen, Frauenförderung oder die Bekämpfung von Scientology, nur - von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich - in Verwaltungsvorschriften

²²⁴ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Ein Handbuch für umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38.

²²⁵ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Ein Handbuch für umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38.

²²⁶ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Ein Handbuch für umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38.

²²⁷ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Ein Handbuch für umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005, S. 38.

²²⁸ Ziekow, Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien, in: Pitschas/Ziekow, Vergaberecht im Wandel (Hrsg.), 2006, S. 151, 167.

²²⁹ Ziekow, Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien, in: Pitschas/Ziekow, Vergaberecht im Wandel (Hrsg.), 2006, S. 151, 167.

²³⁰ Unzutreffend daher: Mader, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, S. 425, 428.

²³¹ Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rn. 248.

niedergelegt und damit für die Bieter kaum erkennbar bzw. vorhersehbar waren.²³² Allerdings befasst sich § 97 Abs. 4 GWB ersichtlich nur mit Anforderungen, die die Eignung der Bieter betreffen, denn bei den Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit handelt es sich um die seit jeher im deutschen Vergaberecht zur Anwendung kommenden Eignungskriterien. Ob die nun bestehende Verankerung umweltbezogener Aspekte mit Blick auf die Auftragsausführung in § 97 Abs. 4 GWB die beste Verortung darstellt ist daher zumindest fraglich. Festzuhalten ist jedoch, dass die Vorschrift des § 97 GWB, die die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts und politische Forderungen wie das Gebot der Mittelstandsfreundlichkeit in Absatz 3 enthält, der geeignete Standort für die Umsetzung des Art. 26 der RL 2004/18/EG ist.

Exkurs: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue

Vor vorstehendem Hintergrund soll nicht versäumt werden, auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreuregelung im Berliner Vergabegesetz einzugehen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung Anforderungen, die üblicherweise unter dem Stichwort "vergabefremde Kriterien" oder "Sekundärzwecke" thematisiert werden, ebenfalls grundsätzlich für zulässig erachtet.²³³ Insbesondere hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, dass der Berliner Gesetzgeber mit der Tariftreuregelung im Berliner Vergabegesetz grundsätzlich verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt.²³⁴ Das Gericht betont des Weiteren, dass das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, aufgrund des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG Verfassungsrang habe.²³⁵ 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.²³⁶ Schließlich widerspreche die Berliner Tariftreuregelung 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.²³⁷ In einem obiter dictum stellt das Verfassungsgericht überdies fest, dass aus der systematischen Auslegung der Entstehungsgeschichte des § 97 Abs. 4 2. HS 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*

²³² Zu den Grenzen solcher Regelungen am Beispiel der Tariftreuregelung einschließlich der Frage eines Korruptionsregisters vgl. Hädicke, Nancy, Grenzen internationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005.

²³³ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00.

²³⁴ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Absatz 86.

²³⁵ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Absatz 88.

²³⁶ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Absatz 101.

²³⁷ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Absatz 109.

Hinblick auf gegebenenfalls damit verbundene Behinderungen des Wettbewerbs deren Rechtfertigung dient.“²³⁸

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

Allerdings hat der EuGH in einem Urteil vom 3. April 2008 Bestimmungen des niedersächsischen Landesvergabegesetz als nicht europarechtskonform eingestuft, in denen geregelt wurde, dass Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich verpflichten, mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen und dieses auch bei denen von ihnen eingesetzten Nachunternehmen zu überwachen. Der EuGH hat die Bestimmungen insbesondere an den Vorschriften der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie²³⁹ gemessen und kommt zu dem Ergebnis, dass der in dem konkreten Fall, den das OLG Celle dem EuGH vorgelegt hatte, in Bezug genommene Tarifvertrag nicht den Modalitäten entspricht, die es nach der Entsenderichtlinie den Mitgliedsstaaten ermöglicht, den Erbringern staatenübergreifender Dienstleistungen durch eine auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbare gesetzliche Maßnahme einen darin enthaltenen Lohnsatz vorzuschreiben, da es sich nicht um einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag im Sinne der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie handelte. Auf das Verhältnis der Entsenderichtlinie zu den 2004 novellierten Vergaberichtlinien geht der EuGH mit keinem Wort ein.²⁴⁰ Der Generalanwalt hatte in seinen Schlussanträgen vom September 2007, in denen er zu einer gegenteiligen Beurteilung gelangt war, u.a. darauf hingewiesen, dass der EuGH in seinen Urteilen Beentjes und Nord-Pas-de-Calais die Möglichkeit, im Bereich der öffentlichen Aufträge soziale Erfordernisse einzubeziehen, bereits anerkannt hat. Er hatte ferner darauf hingewiesen dass diese Rechtsprechung in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG ihre Bestätigung gefunden habe.

In einer ersten Beurteilung des Urteils vom 3. April 2008 wird man festhalten können, dass der EuGH nicht generell die Festschreibung von Lohnstandards bei der Vergabe öffentlicher (Bau-)Aufträge als nicht europarechtskonform eingestuft hat. Vielmehr stellt er darauf ab, dass für die Festlegung des konkreten Lohnsatzes allein auf die durch die Entsenderichtlinie vorgeschriebenen Verfahren Bezug genommen werden dürfe. Dass er dabei – z.B. im Rahmen der Prüfung einer möglichen Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses – nicht auf seine eigene Rechtsprechung über die Einbeziehung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe eingegangen ist, ist gleichwohl mehr als bedauerlich.

²³⁸ BVerfGE v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, Absatz 110.

²³⁹ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L18, S. 1)

²⁴⁰ Der dem Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt ereignete sich bereits im Jahr 2003.

Das Urteil hat zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Einbeziehung ökologischer Aspekte in die Auftragsvergabe, ist jedoch ein anschauliches Beispiel dafür, was es bedeuten kann, wenn in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG die Forderung zusätzlicher Bedingungen unter den generellen Vorbehalt der „Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht“ gestellt wird.

6.7 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 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 der Ausschreibung bestimmte Transportmittel auszuschließen. Das ist deshalb eine umweltrelevante Frage, weil der Transport von Waren erhebliche Umweltauswirkungen hat. So hat beispielsweise in Deutschland der Güterverkehr an den Gesamtemissionen des Verkehrs einen steigenden Anteil. Insgesamt liegen die CO₂-Emissionen des Verkehrs im Jahr 2005 annähernd auf dem Niveau von 1991 (-1 %), die CO₂-Emissionen des Güterverkehrs dagegen haben im gleichen Zeitraum stark zugenommen (+20 %).²⁴¹ Es hätte also durchaus positive Umweltauswirkungen, wenn man in der öffentlichen Auftragsvergabe beispielweise den Transport auf der Schiene verbindlich machen könnte oder ein Transportmittel wie das Flugzeug ausschließen könnte.

Die hier aufgeworfene Frage wird unterschiedlich beantwortet. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, Vorgaben, die sich nicht auf die Länge des Transportwegs, sondern lediglich auf das Transportmittel beziehen, wäre unter Diskriminierungsgesichtspunkten unproblematisch,²⁴² 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.“*²⁴³

²⁴¹ Gohlisch, Fahr- und Verkehrsleistung sowie Emissionen des Verkehrs auf Basis der TREMOD-Version 4.17.

²⁴² Krohn, S. 102.

²⁴³ Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung über auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg. ABl. EG 2001 Nr. C 333/12, S. 25.

Zum ersten Kriterium des Zusammenhangs mit dem Auftrag kann man annehmen, dass eine Vertragsausführungsvorschrift, die dem Bieter 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 ja 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 der Bieter 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 Bietern unmöglich macht, ihre Produkte anzubieten. Wenn man davon ausgehen kann, dass es allen Bietern 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 Bieter 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.

6.8 Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung

Es ist ein Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB), dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens – und damit namentlich auch die Angebotswertung – in den Vergabeakten dokumentiert. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen (Vergabekammer und Vergabesenat) als auch für die Bieter überprüfbar zu machen. Die Nichterfüllung der in § 20 VOB/A 2009 bzw. § 24 EG VOL/A 2009, § 12 VOF 2009 für die jeweiligen Vergabeverfahren konkretisierten Dokumentationspflicht durch die Vergabestelle stellt eine besonders schwerwiegende Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar. Kommt der öffentliche Auftraggeber seiner Dokumentationspflicht 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, 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.

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 Bieters 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 – außer beim offenen Verfahren – die Wahl der Verfahrensart

begründet werden muss, dass die gesamte Behandlung der Bieter (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 der Auftraggeber sich für ein bestimmtes Angebot entschieden oder einen bestimmten Bieter für ungeeignet gehalten hat. Dies bedeutet weiterhin, dass der Auftraggeber 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 der öffentliche Auftraggeber sich dazu entschließt, Umweltaspekte in das von ihm durchgeführte Vergabeverfahren einfließen zu lassen, muss er dies in dem von ihm zu fertigenden Vergabevermerk nachvollziehbar dokumentieren.

Allgemein lässt sich empfehlen, dass sich der Auftraggeber bei seiner 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 er anzugeben, welches Kriterium er aus welchen Gründen ausgewählt und mit welchem Gewicht versehen hat. Er sollte ferner darstellen, welchen Bezug dieses Kriterium zum Auftragsgegenstand hat. Arbeitet der Auftraggeber mit einer Bewertungsmatrix, so empfiehlt es sich, diese dem Vergabevermerk als Anlage beizufügen.

6.9 Zusammenfassung

Öffentliche Auftraggeber haben folgende Möglichkeiten, Umweltaspekte in Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte einzubeziehen:

1. Bei der **Auswahl des Auftragsgegenstands** hat der öffentliche Auftraggeber 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 des Auftraggebers – zu denen auch der Umweltschutz gehören kann – erforderlich ist. Die Ausschreibung darf nicht auf bestimmte Erzeugnisse eingengt werden, ohne gleichwertige Erzeugnisse ebenfalls zuzulassen.

2. Der öffentliche Auftraggeber kann Umwelthanforderungen an Produkt oder die Bau- bzw. Dienstleistung in die **Leistungsbeschreibung** einbeziehen. Insbesondere Lebenszykluskosten, z.B. Lebensdauer des Produkts, Verbrauch von Strom und Wasser etc., können in diese einfließen. Sie haben neben den Umweltauswirkungen auch unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen.

Der öffentliche Auftraggeber darf in seiner Leistungsbeschreibung nicht fordern, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung ein **Umweltzeichen** haben muss. Er kann aber Kriterien, die die Voraussetzung für die Erteilung eines Umweltzeichens bilden, im Rahmen der Leistungsbeschreibung heranziehen, wenn und soweit diese zur Beschreibung des Auftragsgegenstands geeignet sind. Außerdem muss das Umweltzeichen wissenschaftlich fundiert, in einem partizipativen Verfahren erarbeitet

und allgemein zugänglich sein. In den Verdingungsunterlagen muss neben dem Nachweis durch das Umweltzeichen auch ausdrücklich der Nachweis durch andere geeignete Beweismittel zugelassen werden.

3. Bei der **Eignungsprüfung** darf ein Bieter ausgeschlossen werden, wenn er nachweislich gegen Umweltrecht verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt. Dies ist regelmäßig bei einem Verstoß gegen gesetzliche Umweltvorschriften der Fall, die der Bieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit zu beachten hat. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann der öffentliche Auftraggeber bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen verlangen, dass das Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt, wenn diese für die Ausführung des Auftrags wichtig sind. Als Nachweis kann der Auftraggeber eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangen. Gleichwertige Nachweise müssen akzeptiert werden.

4. Bei der **Angebotswertung** soll der Zuschlag in Deutschland auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten gehören. 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, dem Auftraggeber nicht erlauben, eine willkürliche Auswahl zu treffen, den Bietern bekannt gemacht worden sind und nicht gegen europäisches Primärrecht (Diskriminierungsverbot) verstoßen.

5. Eine **Bevorzugung inländischer Bewerber** oder solcher, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, ist sowohl nach nationalen Normen als auch nach europäischem Recht unzulässig.

6. **Nebenangebote** sind eine gute Möglichkeit für Auftraggeber, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Nebenangebote sind allerdings nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen hat. Trifft er eine solche Aussage in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen nicht, sind Nebenangebote nicht zugelassen. Daneben muss der Auftraggeber die Mindestanforderungen an die Prüfung und Wertung der von ihm zugelassenen Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen benennen, was sich in der Praxis als problematisch oder zumindest als Hemmnis für innovative technische Varianten erweisen kann, da der Auftraggeber die Nebenangebote gewissermaßen antizipieren muss, obwohl er in der Regel über ein geringeres technisches Know-how verfügt als die anbietenden Unternehmen.

7. Bei der **Ausführung des Auftrags** darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern 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 Unternehmens betreffen. 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 Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Nicht zulässig hingegen sind

Ausführungsklauseln, die Bieter aufgrund von Anforderungen an den Transport von Waren oder Material diskriminieren.

8. Über die Vergabe muss der öffentliche Auftraggeber einen **Vergabevermerk** erstellen, in dem der Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, u.a. damit er später nachweisen kann, dass von ihm verwendeten umweltbezogenen Aspekte nicht missbräuchlich verwendet worden sind.

7 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, stellen doch die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland die weit überwiegende Zahl der öffentlichen Aufträge dar.²⁴⁴

Deshalb ist nicht recht nachvollziehbar, warum wesentlich weniger darüber diskutiert wird, welche Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe in Verfahren zu stellen sind, die sich unterhalb der Schwellenwerte abspielen. Die Ursache muss darin liegen, dass für den Bereich unterhalb dieser Schwellenwerte das vergaberechtsspezifische Rechtsschutzinstrument des Nachprüfungsverfahrens nicht zur Verfügung steht, und es demzufolge ungleich weniger Rechtsprechung für diesen Bereich gibt.

Verfahren unterhalb der Schwellenwerte zeichnen sich generell durch erheblich weniger Transparenz aus.²⁴⁵ In letzter Zeit nehmen allerdings die Anforderungen an die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu. Insbesondere hat der Gerichtshof auf der Basis der Grundfreiheiten präzisiert, dass auch bei „nationalen“ Verfahren bestimmte Mindestanforderungen hinsichtlich Transparenz, Publizität und Diskriminierungsfreiheit gelten, soweit diese eine hinreichende Relevanz für das Funktionieren des Binnenmarktes haben.²⁴⁶ In der nationalen Rechtsprechung setzt sich damit einhergehend die Tendenz fort, auch Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen – mittels einer einstweiligen Verfügung oder im Rahmen einer Ex-post-Kontrolle auf entsprechende Schadensersatzklage des unterlegenen Bieters hin.

Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts unterhalb der Schwellenwerte hat sich der Europäische Gerichtshof in verschiedenen Fällen geäußert. Auch wenn eine öffentliche Auftragsvergabe nicht von den Vergaberichtlinien erfasst wird, weil beispielsweise bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung darin besteht, dass das Unternehmen das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält, gelten trotzdem gewisse Anforderungen an die Transparenz von solchen Verfahren. Der Auftraggeber muss auch unterhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien einen „*angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen*“.²⁴⁷ Begründet wurde dies damit, dass anderenfalls nicht überprüfbar sei, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit stattgefunden habe. Die

²⁴⁴ Schneiders, Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.

²⁴⁵ Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, 2004, S. 47.

²⁴⁶ Sogenannte Binnenmarktrelevanz, siehe Wollenschläger, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388, 391, der diese im Sinne eines Bagatellvorbehalts interpretiert.

²⁴⁷ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG („Telaustria“), 3. Leitsatz.

Entscheidung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist, muss deshalb auch nachprüfbar sein.²⁴⁸ Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof 2005 im Urteil „Coname“ weiter ausgeführt und damit klar gestellt, dass er der Auffassung ist, dass auch Verfahren unterhalb der Schwellenwerte zumindest bestimmten Publikationserfordernissen unterliegen, auch wenn dies nicht notwendig mit der Verpflichtung zu einer förmlichen Ausschreibung einhergeht.²⁴⁹ Ziel der Transparenz soll laut EuGH sein, dass auch Unternehmen in anderen Mitgliedsstaaten die Möglichkeit haben, ihr Interesse an dem Auftrag kundzutun.²⁵⁰ Der Gerichtshof geht mithin davon aus, dass auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten die Möglichkeit haben sollten, sich über beabsichtigte Vergaben zu informieren, wenn diese nicht eine sehr geringfügige wirtschaftliche Bedeutung haben.²⁵¹ Noch weitergehend sah der Gerichtshof in der Rechtssache „Parking Brixen“ sogar eine Verpflichtung zur Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien lag.²⁵² Unklar ist damit gegenwärtig, ob der Gerichtshof seine Rechtsprechung hinsichtlich des Nichtbestehens einer Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte geändert hat und ob er eine solche nur für den Fall der Dienstleistungskonzession sieht.²⁵³ In einem neueren Urteil hat der EuGH festgestellt, dass es nicht zu beanstanden ist, wenn bei Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte auch Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben werden. Einerseits seien die in den EU-Vergaberichtlinien ausdrücklich aufgeführten Ausnahmen für Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu beachten. Darüber hinaus seien weitere Ausnahmen von der Verpflichtung zu einer vorherigen Bekanntmachung gegeben.²⁵⁴

Im Jahr 2006 hatte die Europäische Kommission eine „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ veröffentlicht.²⁵⁵ Diese ist zwar rechtlich unverbindlich, hatte aber für heftige Kontroversen gesorgt, weil die Auffassung vertreten wurde, die Kommission würde damit ihre Zuständigkeiten überschreiten. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Mitteilung in diesem Zusammenhang die EuGH-Rechtsprechung zur Geltung des Primärrechts zusammenfasse und damit nur eine Auslegungs- und Handlungshilfe für die

²⁴⁸ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG („Telaustria“), Rn. 60-62.

²⁴⁹ EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Acque Cingia de' Botti („Coname“).

²⁵⁰ EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Acque Cingia de' Botti („Coname“), Rn. 17-19.

²⁵¹ EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Acque Cingia de' Botti („Coname“), Rn. 20.

²⁵² EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Parking Brixen GmbH/Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG („Parking Brixen“).

²⁵³ Schnieders, Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287, 289.

²⁵⁴ EuGH, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06, Rn. 140.

²⁵⁵ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 2006/C 179/02, ABl. EG Nr. C 179/2 v. 1.8.2006.

Verwaltung darstelle. Die Bundesregierung sah darin eine rechtswidrige Setzung von Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte. Streitig war insbesondere die Frage des Rechtsschutzes für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte. Die Bundesregierung hatte deshalb gegen die Mitteilung der Kommission Klage erhoben,²⁵⁶ welche der Europäische Gerichtshof als unzulässig abgewiesen hat. Der EuGH begründet dies damit, dass die Kommissionsmitteilung keine neuen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält, die über die Verpflichtungen hinausgehen, die sich bereits aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht ergeben.²⁵⁷

Das unterhalb der Schwellenwerte anwendbare deutsche Vergaberecht sagt sehr wenig zur Frage der Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten bei der Auftragsvergabe aus. Soweit dieselben Grundsätze anzuwenden sind wie oberhalb der Schwellenwerte, wird jeweils auf die einschlägigen Abschnitte des Gutachtens verwiesen. Das ist jedenfalls wie dargestellt immer dann der Fall, wenn es sich um Anforderungen handelt, die sich unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht ableiten, d.h. die auf Bestimmungen des EG-Vertrags beruhen. Das gilt aber mit der Einschränkung, dass der in Frage stehende öffentliche Auftrag nicht von „*sehr geringfügiger Bedeutung ist*“²⁵⁸, d.h. keine Binnenmarktrelevanz entfaltet.

7.1 Festlegung des Auftragsgegenstands

Die Auswahl eines umweltfreundlichen Auftragsgegenstands 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, weil wie dort diskutiert, die Vergaberichtlinien in diesem Stadium noch keine Anwendung finden.

Erwähnung fand bereits das Urteil „Dundalk“, in dem eine unterschiedslos anwendbare Anforderung, einer nationalen Norm zu genügen, als Verstoß gegen das europäische Primärrecht gewertet wurde, weil durch das Weglassen des erforderlichen Zusatzes „oder gleichwertiger Art“ sich tatsächlich nur nationale Bieter an dem Verfahren beteiligen konnten.²⁵⁹ Diese Entscheidung betrifft auch alle Verfahren unterhalb der Schwellenwerte und ist Ausdruck des Diskriminierungsverbots gegenüber ausländischen Bietern, das sich aus den Grundfreiheiten bzw. ggf. nachrangig aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot ergibt.²⁶⁰ Das bedeutet im Ergebnis, dass auch bei

²⁵⁶ Pressemitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums v. 14.9.2006.

²⁵⁷ EuGH, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06.

²⁵⁸ EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Acque Cingia de' Botti („Coname“)*, Rn. 20.

²⁵⁹ Siehe dazu oben unter 1.6.1.

²⁶⁰ 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, Ur. v. 3.12.2001, Rs. C-59/00, *Bent Moustens*

einer unterschwelligen Vergabe keine Vorgaben hinsichtlich der Auswahl des Auftragsgegenstands gemacht werden dürfen, die dazu führen, dass ausländische Bieter benachteiligt werden.

7.2 Leistungsbeschreibung

In die Erstellung der Leistungsbeschreibung können auch unterhalb der Schwellenwerte Umweltaspekte aufgenommen werden. Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich die Beschreibung der Leistung nach § 7 VOB/A 2009 bzw. § 7 VOL/A 2009. Wichtigste Funktion der Leistungsbeschreibung ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Die Leistung soll deshalb so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, dass alle Bieter sie gleich verstehen können. 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. Zulässig ist aber, genaue Anforderungen – auch ökologischer Art – an die Ware oder Dienstleistung zu stellen. Dies wurde schon in den Anmerkungen zu § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A 2006 ausgeführt. Dieser regelte, dass an die Beschaffenheit der Leistung ungewöhnliche Anforderungen nur zu stellen sind, wenn dies erforderlich ist.²⁶¹ Als zulässige Anforderungen werden in den Anmerkungen ausdrücklich Gesichtspunkte des Umweltschutzes genannt. Zu den besonders relevanten Umwelteigenschaften zählen solche, die die Lebenszykluskosten betreffen.

Die Verwendung von Umweltzeichen ist bei der VOB/A 2009 nunmehr in § 7 Abs. 7 geregelt, d.h. bei Bauaufträgen können in Umweltzeichen enthaltene Kriterien gleichermaßen oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte in die Leistungsbeschreibung einfließen. Fraglich ist, ob bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Verwendung von Umweltzeichen unterhalb der Schwellenwerte untersagt ist, weil eine entsprechende Regelung in VOL/A 2009 unterhalb der Schwellenwerte fehlt (siehe § 7 VOL/A 2009). Dafür spricht, dass möglicherweise durch die ausdrückliche Regelung in dem VOL/A EG-Paragraph zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass unterhalb der Schwellenwerte Umweltzeichen nicht herangezogen werden sollen. Dagegen spricht allerdings, dass damit eine übermäßige Einengung des Auftraggebers erfolgen würde, die nicht gewollt sein kann. Oftmals entsprechen nämlich die den Umweltzeichen zugrundeliegenden Umweltkriterien solchen, die auch Auftraggeber verwenden, die von dem Umweltzeichen keine Kenntnis haben. Dazu zählen beispiels-

Vestergaard/Spottrup Boligselskab („Vestergaard“). Die Entscheidung „Kommission/Frankreich“ betraf ein französisches Gesetz, nach dem sich öffentliche Auftraggeber 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 Auftraggeber 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. v. 20.10.2005, Rs. C-264/03.

²⁶¹ Vgl. § 7 Abs. 3 VOL/A 2009: „Bestimmte Erzeugnisse und Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen dürfen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist.“

weise der Verzicht auf bestimmte Inhaltstoffe von Chemikalien, der Stromverbrauch von Geräten usw. Um nicht zu dem Ergebnis zu kommen, dass besonders sinnvolle Umweltkriterien – denn um solche wird es sich regelmäßig bei denen, die in Umweltzeichen enthalten sind, handeln – ausgeschlossen werden, andere aber zulässig sind, wird man davon ausgehen müssen, dass auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte Umweltzeichen verwendet werden dürfen.

7.3 Auswahl der Bieter (Eignungsprüfung)

Das europäische Diskriminierungsverbot ist nicht nur für die Auswahl des Auftragsgegenstands relevant, sondern betrifft auch die Auswahl der Bieter. Allgemein gilt, dass Bieter gleich behandelt werden müssen. Während der oberhalb der Schwellenwerte geltende § 97 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet, ist unterhalb der Schwellenwerte der Gleichbehandlungsgrundsatz in den Verdingungsordnungen einschlägig. § 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A 2009 nennt als Grundsatz der Vergabe, dass kein Unternehmen diskriminiert werden darf, § 2 Abs. 2 VOB/A 2009 sagt: „Bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmer diskriminiert werden.“ Entsprechend bestimmt § 2 Abs. 1 VOF 2009: „Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.“

Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte darf gem. § 6 Abs. 5 lit. c VOL/A ein Bieter im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen werden, wenn er nachweislich gegen Umweltvorschriften verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt.²⁶²

7.4 Angebotswertung

Nach der dritten Stufe der Vergaberechtsreform 2009 enthalten die Vorschriften in der VOL/A 2009 und in VOB/A 2009 Aussagen zur Einbeziehung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien (vgl. § 16 Abs. 8 VOL/A 2009 und § 16 Abs. 6 VOB/A 2009). Damit können Umwelteigenschaften in der Ausschreibung von Dienstleistungen und Bauleistungen vorgesehen werden und bei der Angebotswertung entsprechend einbezogen werden.

Durch die dritte Stufe der Vergaberechtsreform 2009 wird auch die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium ausdrücklich in § 16 Abs. 8 VOL/A 2009 erwähnt und diesbezüglich Rechtssicherheit geschaffen. Bislang ließ sich die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten nur mit der Anmerkung zum Begriff „wirtschaftlichstes Angebot“ in § 25 Nr. 3 VOL/A 2006 begründen.²⁶³

²⁶² Siehe zur Regelung oberhalb der EU-Schwellenwerte Abschnitt 6.3.

²⁶³ Dieser lautete: „Das wirtschaftlichste Angebot ist unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit zu ermitteln. Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige Angebot, bei dem das günstigste Verhältnis zwischen der gewünschten Leistung (vgl. Erläuterungen zu § 8 Nr. 3 Abs. 1) und dem angebotenen Preis erzielt wird. Maßgebend für die Leistung sind alle auftragsbezogenen Umstände

Die Einbeziehung von Umwelteigenschaften bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte ist damit ausdrücklich in der VOB/A und der VOL/A vorgesehen. Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien erfordert unterhalb ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte, dass sie ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind.²⁶⁴ Im Gegensatz zu einer Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte müssen die Kriterien dabei jedoch nicht gewichtet werden. 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 Art. 1, 2 Abs. 4. Danach sind Dienststellen des Bundes dazu verpflichtet, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes das Lebenszykluskostenprinzip anzuwenden.²⁶⁵

7.5 Ausführungsklauseln

Anders als hinsichtlich der übrigen Schritte des Vergabeverfahrens unterscheidet sich die Rechtslage bei den Auftragsausführungsbedingungen unterhalb der Schwellenwerte von derjenigen oberhalb der Schwellenwerte. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG mit der Vergaberechtsreform 2009 ins deutsche Recht umgesetzt worden ist (siehe § 97 Abs. 4 GWB). Art. 26 bzw. § 97 Abs. 4 GWB ist deutlich restriktiver als die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu „zusätzlichen“ Anforderungen in der Tariftreue-Entscheidung aus dem Jahr 2006. Wie dargestellt, ist davon auszugehen, dass Anforderungen an Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags regelmäßig zulässig sind, wenn sie dem legitimen Ziel der Verwirklichung des Umweltschutzes dienen.

Die in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 97 Abs. 4 GWB enthaltene Einschränkung, dass es sich nur um „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ handeln darf, gilt unterhalb der Schwellenwerte nicht. Allerdings dürfen, wie dargestellt, solche Anforderungen nicht dazu führen, dass ausländische Unternehmen diskriminiert werden, weil auch unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze gelten, die sich aus dem europäischen Primärrecht ergeben und die der EuGH in mittlerweile ständiger Rechtsprechung vertritt. Dabei handelt es sich um die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz, die oben bereits ausführlich diskutiert worden sind.

(z.B. Preis, technische, funktionsbedingte, gestalterische, ästhetische Gesichtspunkte; Kundendienst; Folgekosten); sie sind bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen.“ Hier sind Folgekosten ausdrücklich genannt. Bei diesen handelt es sich im Wesentlichen um Lebenszykluskosten (Verbrauch, Entsorgung, Reparaturbedürftigkeit usw.).

²⁶⁴ BayObLG, Beschl. v. 3.7.2002 – Verg 13/02, NZBau 2003, S. 105, 108.

²⁶⁵ Siehe oben, Abschnitt 6.4.3 „Lebenszykluskosten“.

8 Umweltauflagen bei Auftragsvergabe in den sog. Sektoren

Durch die Verabschiedung der Richtlinie 2004/17/EG²⁶⁶ zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste erstreckt sich die Reform des europäischen Vergaberechts auch auf die sogenannten Sektorauftraggeber.²⁶⁷ Der Begriff der Sektorauftraggeber wird auf europäischer wie auf nationaler Ebene über die Art der Tätigkeit definiert.²⁶⁸ Der Sektorenrichtlinie unterfallen Tätigkeiten im Bereich der Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität, Verkehrsleistungen und fakultativ der Postdienste sowie das Aufsuchen und die Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und die Bereitstellung von Häfen und Flughäfen.²⁶⁹ Dies gilt auch für private Auftraggeber, wenn sie ihre Tätigkeit „auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedsstaats gewährt wurden.“²⁷⁰ Dabei entsprechen die Möglichkeiten, welche die Sektorauftraggeber im Bereich der Einbeziehung von Umweltaspekten haben, denen der "klassischen" Richtlinie 2004/18/EG. Die nachfolgende Synopse stellt die Bestimmungen der beiden Richtlinien einander gegenüber.

RL 2004/18/EG ("klassische RL")	RL 2004/17/EG ("Sektoren-RL")
Erwägung 1 (EuGH-Rechtsprechung zu Umweltkriterien)	Erwägung 1
Erwägung 5 und 6 (nachhaltige Entwicklung)	Erwägung 12
Erwägung 29 und Art. 23 (Technische Spezifikationen)	Erwägung 42 und Art. 34
Erwägung 33 und Art. 26 (Auftragsausführungsbedingungen)	Erwägung 44 und Art. 38
Erwägung 43 und Art. 45 Abs. 2 (Ausschluss von Teilnehmern)	Art. 54 Abs. 4 (mit Einschränkung für öffentliche Unternehmen)

²⁶⁶ Richtlinie 2004/17/EG, siehe Fn. 23. Noch nicht umgesetzt wurde – wie erwähnt – Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG.

²⁶⁷ Zuvor galt die sogenannte Sektorenrichtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993, geändert durch die Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation, ABl. EU Nr. L 101/1 v. 1.4.1998 und die Sektorenrechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992. Vgl. zur Neufassung der Sektorenrichtlinie: Opitz, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002, NZBau 2003, S. 183, 197.

²⁶⁸ Willenbruch, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 127, Rn. 1336.

²⁶⁹ Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17/EG.

²⁷⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2004/17/EG.

RL 2004/18/EG ("klassische RL")	RL 2004/17/EG ("Sektoren-RL")
Erwägung 44, Art. 48 Abs. 2 lit. f) und Art. 50 (Umweltmanagement)	Erwägung 53 und Art. 52 Abs. 3
Art. 53 (Zuschlag)	Art. 55

Mit der Vergaberechtsreform 2009 wurden die Vorschriften über den Sektorenbereich der VgV a.F. sowie der VOL/A und VOB/A (Abschnitte 3 und 4) in eine neu geschaffene Sektorenverordnung (SektVO)²⁷¹ aufgenommen.²⁷² Der Anwendungsbereich der Sektorenverordnung umfasst die Tätigkeitsbereiche der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (§ 1 Abs. 1 SektVO).

Die nachfolgende Synopse stellt die Bestimmungen zu Umweltaspekten in der VOL/A 2006 Abschnitt 3 den Regelungen der neu geschaffenen SektVO gegenüber²⁷³:

VOL/A 2006 Abschnitt 3	SektVO
§ 7 b Nr. 13 Abs. 3 (Teilnehmer am Wettbewerb: technische Leistungsfähigkeit, Umweltmanagement)	§ 23 (Qualitätssicherungs- und Umweltmanagementnormen)
§ 8 Nr. 3 (Leistungsbeschreibung: Funktionsanforderungen)	§ 7 Abs. 9
§ 8b Nr. 1 und 2 (Technische Anforderungen: Leistungs- oder Funktionsanforderungen)	§ 7 Abs. 3 und 4 (Leistungsbeschreibung, technische Anforderungen).
§ 8b Nr. 3 (Technische Anforderungen: Umweltzeichen)	§ 7 Abs. 7
§ 25 Nr. 3 (Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot)	§ 29 Abs. 1 (Zuschlag und Zuschlagskriterien)
§ 25b Nr. 1 Abs. 1 (Zuschlagskriterien: Umwelteigenschaften)	§ 29 Abs. 2 (Berücksichtigung des Energieverbrauchs bei technischen Geräten)

²⁷¹ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2570).

²⁷² Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 25.

²⁷³ Vor der Vergaberechtsreform 2009 wurden noch zwischen Basis bzw. „a-Paragrafen“ und „b-Paragrafen“ der VOL/A unterschieden.

Neu ist insbesondere, dass mit der Sektorenverordnung die Auftraggeber in den Sektoren Trinkwasser- und Energieversorgung oder Verkehr die Vergabeart frei zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren oder Verhandlungsverfahren wählen dürfen (§ 101 Abs. 7 S. 2 GWB, § 6 Abs. 1 SektVO). Ferner wird für nachrangige Dienstleistungen kein Vergabeverfahren nach der Sektorenverordnung gefordert (§ 4 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1 Teil B).²⁷⁴

Verbindliche Vorgaben enthält die SektVO für die Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen, bei der der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen zu berücksichtigen sind.²⁷⁵ Auch müssen Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung technischer Geräte und Ausrüstungen oder von Bauleistungen, wenn sie die Lieferung von technischen Geräten und Ausrüstungen umfassen, von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch und in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit einfordern.²⁷⁶

²⁷⁴ Vgl. auch Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 25.

²⁷⁵ Vgl. § 7 Abs. 5 ff. SektVO. Siehe hierzu die Ausführungen zur Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge in Abschnitt 6.4.4 „Externe Kosten“.

²⁷⁶ Vgl. § 7 Abs. 4 VgV.

9 Rechtsschutz

Der Rechtsschutz im deutschen Vergaberecht kann in Primär- und Sekundärrechtsschutz unterteilt werden. Primärrechtsschutz dient dem Bieter dazu, das Vergabeverfahren selbst zu beeinflussen und insbesondere den Zuschlag an den Konkurrenten zu verhindern, um möglichst selbst zum Zuge zu kommen; Sekundärrechtsschutz ermöglicht nur die Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche. Dies ist dadurch begründet, dass ein einmal erfolgter Zuschlag an einen Dritten nicht mehr – jedenfalls nicht mehr ohne die Begründung von Schadensersatzansprüchen des Dritten – rückgängig gemacht werden kann, weil der Zuschlag die Annahme des Angebots darstellt, mithin mit Zuschlag ein Vertrag zustande kommt, der nach dem Grundsatz "pacta sunt servanda" einzuhalten ist. Solange der Zuschlag nicht erteilt ist, kann der Auftrag noch an den Rechtsschutz suchenden Bieter, d.h. den Antragsteller des Vergabenaachprüfungsverfahrens vergeben werden. Ist dies nicht mehr möglich, ist der benachteiligte Bieter auf den Sekundärrechtsschutz verwiesen. Danach ist der Schadensersatzanspruch grundsätzlich durch das Vertrauensinteresse begrenzt. Daher bekommen Bieter, die sich gegen einen Zuschlag wenden, der unter Verletzung ihrer Rechte erfolgt ist, in der Regel nur die Kosten der Angebotserstellung ersetzt. Nur wenn der erfolglose Bieter nachweisen kann, dass er bei Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften den Zuschlag hätte erhalten müssen, wird ihm das Erfüllungsinteresse zugesprochen. Er wird finanziell so gestellt, als ob er den Auftrag durchgeführt hätte, d.h. er bekommt den entgangenen Gewinn ersetzt.

Wirksamer Primärrechtsschutz besteht somit faktisch nur bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte. In Deutschland ist erst durch das am 1.1.1999 in Kraft getretene Vergaberechtsänderungsgesetz ein Anspruch für Bieter auf Einhaltung der Vergaberegeln und damit einhergehend ein effektiver Rechtsschutz geschaffen worden (§§ 97 Abs. 7, 102 ff. GWB). Dieser gilt aber nur oberhalb der Schwellenwerte (§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV). Seit der Umsetzung der sogenannten Rechtsmittelrichtlinie²⁷⁷ durch das Vergaberechtsänderungsgesetz am 1.1.1999 regelt § 97 Abs. 7 GWB: *„Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“* Dabei handelte es sich um ein „*absolutes Novum*“ im System des deutschen Vergaberechts. Nunmehr kann ein Unternehmen den Zuschlag an einen Konkurrenten verhindern und eine vorherige Überprüfung des Verfahrens durch die in erster Instanz zuständigen Vergabekammern erzwingen. Zusätzlich zu dem beschriebenen Verfahren besteht außerdem die Möglichkeit einer formlosen Beschwerde an die Europäische Kommission, die gegebenenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik einleiten kann. Mit der Vergaberechtsreform 2009 sind die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Bieter, Rechtsschutz zu erlangen, durch den Wegfall der Vergabepflichten (§ 102 GWB) eingeschränkt worden. Bieter können Fehler in europaweiten

²⁷⁷ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 33.

Vergabeverfahren nur noch vor der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht geltend machen (§ 104 Abs. 2 GWB). Außerdem wurden die Rügeobliegenheiten in § 107 Abs. 3 GWB durch die Vergaberechtsreform verschärft. So können Bieterverstöße, die sich erst aus den Vergabeunterlagen ergeben, nur noch bis zum Ablauf der Angebots- bzw. Bewerbungsfrist gerügt werden. Ferner wird faktisch eine „Klagefrist“ von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers für das Nachprüfungsverfahren eingeführt (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB). Als Folge dessen werden die öffentlichen Auftraggeber sich überlegen, wann sie solche „Mitteilungen“ an die Bieter versenden, um nicht bei Rügen verschiedene, nacheinander ablaufende Nachprüfungsverfahren hervorzurufen.²⁷⁸ Schließlich wurde der Untersuchungsgrundsatz in § 110 GWB insofern eingeschränkt, als dass die Vergabekammer nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle der Vergabeentscheidung verpflichtet ist (§ 110 Abs. 1, S. 3 GWB).

Unterhalb der Schwellenwerte besteht dagegen nur die Möglichkeit, eine – nicht mit der Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB zu verwechselnden – Rüge an die Vergabestelle zu richten oder eine Beschwerde an die übergeordnete Behörde. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ergibt sich ein Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften aus der sogenannten "culpa in contrahendo" (c.i.c.), weil in dem Moment, in dem der Auftraggeber die Verdingungsunterlagen an das interessierte Unternehmen versendet, das vorvertragliche Vertrauensverhältnis zustande kommt. Dementsprechend werden die Schadensersatzklagen auf entgangenen Gewinn auf c.i.c. gestützt.

Außerdem können sich Bieter an die sogenannten VOB-Stellen im Sinne von § 21 VOB/A wenden, die allerdings nicht die Möglichkeit haben, den Zuschlag an den Konkurrenten zu verhindern. In dem Bemühen, dem Teilnehmer an Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, effektiven Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen, ist in den vergangenen zwei Jahren die Diskussion um den "Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte" entbrannt. Den Auftakt bildete eine Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz, das den Verwaltungsrechtsweg für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung eines Bieters bejahte, der damit die Überprüfung eines Vergabeverfahrens, das nicht dem Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB unterfiel, erreichen wollte. Dem OVG Rheinland-Pfalz haben sich insbesondere die Verwaltungsgerichte in Nordrhein-Westfalen und Sachsen angeschlossen, wohingegen andere, beispielsweise das OVG Niedersachsen, die Bieter auf den Zivilrechtsweg verwiesen haben.

Sekundärrechtsschutz bedeutet Ersatz des Schadens, der durch den rechtswidrig erfolgten Zuschlag beim unterlegenen Bieter entstanden ist. Nach § 126 GWB kann der unterlegene Bieter Schadensersatz verlangen, wenn der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat, und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Zu den bieterschützenden Vorschriften zählen

²⁷⁸ Vgl. auch Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 24.

eine große Anzahl der in den Verdingungsordnungen enthaltenen Vorschriften, so z.B. sämtliche Verfahrensvorschriften. Zu den von der Rechtsprechung als bieterschützend anerkannten Normen gehören z.B. die Auswahl der zutreffenden Verdingungsordnung, das Recht auf die Einleitung eines geregelten Vergabeverfahrens, die Pflicht zur Publikation, das Recht auf die Einhaltung der vom Auftraggeber aufgestellten Eignungskriterien, die Einhaltung der Bekanntmachungsvorschriften und viele andere mehr. Dieser Schadensersatz ist begrenzt auf Vertrauensschaden, d.h. die Kosten, die dem Unternehmen durch die Teilnahme an der Ausschreibung entstanden sind. Andere Ansprüche bleiben hiervon unberührt. Dies betrifft insbesondere den Anspruch des Bieters auf Ersatz des entgangenen Gewinns, der in ständiger Rechtsprechung des BGH auf die Anspruchsgrundlage der c.i.c., die seit 2002 in § 311 Abs. 2 BGB normiert ist, gestützt wird. Ähnliches gilt für ein Verfahren unterhalb der Schwellenwerte. Nur ganz ausnahmsweise kann auch der entgangene Gewinn eingeklagt werden.

Der Europäische Gerichtshof hat sich zur Frage geäußert, wann der Primärrechtsschutz einsetzt. In der Entscheidung „Stadt Halle“ ging es um den Rechtsschutz gegen die Entscheidung eines Auftraggebers, kein Vergabeverfahren durchzuführen. Der Gerichtshof war der Auffassung, dass ein Vergabenachprüfungsverfahren in diesem Fall möglich sein muss, weil sonst die Entscheidung, ob eine Vergabe den europäischen Vergaberichtlinien unterfällt, in das Belieben des Auftraggebers gestellt wird.²⁷⁹

Eine Ausweitung des vergaberechtsspezifischen Vergabenachprüfungsverfahrens als Element des Primärrechtsschutzes auf die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist dagegen nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 nicht zu erwarten.²⁸⁰ Das Gericht entschied, das Versagen des Primärrechtsschutzes bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte stelle keinen Verstoß gegen Art. 3, 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG dar. Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht verletzt, weil der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht als Träger öffentlicher Gewalt, sondern – wie ein Privater – als Nachfrager am Markt tätig wird.²⁸¹ Überdies ist nach der Meinung des Gerichts kein subjektives Recht ersichtlich, das verletzt sein könnte, weil die unter-schwellige Vergabe eben nicht von § 97 GWB erfasst werde. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG sei ebenfalls nicht erkennbar. Schließlich sei auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG) nicht verletzt, weil die ungleiche Behandlung von Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte durch Wirtschaftlichkeitserwägungen gerechtfertigt ist. Dies folge insbesondere daraus, dass es im Ermessen des Gesetzgebers stehe, das vergaberechtsspezifische Rechtsmittel des Nachprüfungsverfahrens auf einen bestimmten Bereich von Auftragsvergaben zu beschränken und im Hinblick auf die übrigen Auftragsvergaben auf die allgemeinen zur

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna („Stadt Halle“).

²⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 13.6. 2006 – 1 BvR 1160/03.

Verfügung stehenden Rechtsschutzinstrumente wie Antrag auf einstweilige Verfügung / einstweilige Anordnung und Schadensersatzklage zu verweisen.

Da Gerichte²⁸² und Schrifttum²⁸³ in dieser Frage gespalten waren, wurde die Entscheidung mit Spannung erwartet, allerdings nach der Veröffentlichung deutlich kritisiert.²⁸⁴ Die Kritik gründet sich auch darauf, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Rechtsschutzerfordernissen bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht einbezieht.²⁸⁵ Es wurde allerdings auch darauf hingewiesen, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts keineswegs das letzte Wort zur Frage des Rechtsschutzes darstellt. Abzuwarten bleibt, ob der EuGH die Anforderungen an den Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aufgrund der Grundfreiheiten weiter präzisiert und damit den nationalen Gesetzgeber zum Handeln zwingt.²⁸⁶

Auf europäischer Ebene wurden die Rechtsmittelrichtlinien²⁸⁷ novelliert und mit der Vergaberechtsreform 2009 in innerstaatliches Recht umgesetzt. Die Änderungen zielen darauf ab, die nationalen Nachprüfungsverfahren zu verbessern. Wesentlicher Inhalt ist, dass die Vergabebehörden zwischen der Zuschlagsentscheidung und der eigentlichen Vertragsunterzeichnung mindestens 15 Kalendertage verstreichen lassen müssen. Während dieser sogenannten Stillhaltefrist gem. § 101a Abs. 1, S. 3 GWB²⁸⁸ haben Bieter die Möglichkeit, die Entscheidung zu prüfen und zu überlegen, ob sie ein Nachprüfungsverfahren einleiten wollen. Die Vergabestelle muss dazu die betroffenen Bieter – einschließlich der nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber – über den Namen des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll sowie über die Gründe der Nichtberücksichtigung und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich schriftlich informieren (Vorinformationspflicht) (§ 101a, Abs. 1 GWB). Wurde die Stillhaltefrist nicht eingehalten, ist der Vertrag von Anfang an unwirksam gem. § 101b Abs. 1 GWB. § 101b Abs. 2 GWB. Allerdings kann die Unwirksamkeit nur in einem „Nachprüfungsverfahren“ festgestellt werden, das innerhalb von

²⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, Absatz 52.

²⁸² Für die Öffnung des Verwaltungsrechtswegs: VG Koblenz, NZBau 2005, S. 412; OVG Koblenz, NZBau 2005, S. 411; OVG Münster NVwZ-RR 2006, S. 223; OVG Bautzen, NZBau 2006, S. 393. Dagegen: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.7.2006 – 1 L 59/06; OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.7.2006 – 7 OB 65/06.

²⁸³ Prieß/Niestedt, Rechtsschutz im Vergaberecht, 2006, S. 129.

²⁸⁴ Niestadt und Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte, Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3680.

²⁸⁵ Niestadt und Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte, Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3680, 3681 – 3682.

²⁸⁶ Wollenschläger, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determinanten, DVBl. 2007, S. 589, 599.

²⁸⁷ Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 91/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge; ABl. der EU Nr. L 335/31 v. 20.12.2007

²⁸⁸ Die alte Stillhaltefrist in § 13 VgV betrug 10 Kalendertage.

30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes und höchstens bis zu 6 Monaten nach Vertragsschluss eingeleitet werden kann (§ 101b Abs. 2 GWB).

Die Richtlinie will außerdem die freihändige Vergabe öffentlicher Aufträge einschränken, die nach Auffassung der Kommission den schwersten Verstoß gegen das Vergaberecht darstellt. Nach der Richtlinie haben die nationalen Gerichte die Möglichkeit, solche Verträge für unwirksam zu erklären, wenn sie rechtswidrig ohne Transparenz und ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben wurden. Dann muss der Auftrag nach den geltenden Regeln neu ausgeschrieben werden. Ausnahmen sind aus zwingenden Gründen eines nichtwirtschaftlichen Allgemeininteresses möglich. Auch in diesen Fällen müssen aber Sanktionen zur Anwendung kommen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

10 Zusammenfassung

Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe hat in den letzten Jahren stetig an Bedeutung zugenommen. Von Seiten der EU-Kommission und anderer europäischer Institutionen wird die umweltfreundliche Vergabe zunehmend als wirksames Instrument zur Förderung des Umweltschutzes betrachtet. Demgegenüber wurde das Thema von der deutschen Rechtswissenschaft lange Zeit eher kritisch unter dem Stichwort „vergabefremde Aspekte“ diskutiert. Inzwischen kann an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in die öffentliche Auftragsvergabe nicht mehr gezweifelt werden. Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht die Frage anhand der einzelnen Schritte des Vergabeverfahrens.

Bei der **Auswahl des Auftragsgegenstands** hat der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, von vornherein einen umweltfreundlichen Beschaffungsgegenstand zu wählen. Das europäische Primärrecht gebietet dabei, den Auftragsgegenstand so zu definieren, dass die Produkthanforderungen nicht restriktiver sind als es zur Erfüllung der festgelegten Aufgaben – zu denen auch der Umweltschutz gehören kann – erforderlich ist. Die Ausschreibung darf nicht auf bestimmte Erzeugnisse eingeeignet werden, ohne dabei gleichwertige Erzeugnisse zuzulassen.

In die **Leistungsbeschreibung** können Umwelanforderungen einfließen. Dies gilt sowohl für Vergaben oberhalb als auch solche unterhalb der Schwellenwerte. Zulässig ist es, bestimmte umweltfreundliche Produktionsverfahren zu fordern, wenn sie dazu beitragen, das Produkt sichtbar oder unsichtbar zu charakterisieren. So kann z.B. bei der Beschaffung von Strom gefordert werden, dass ein bestimmter Anteil aus erneuerbaren Energien stammen soll. Entsprechend können auch andere Produktionsverfahren dazu beitragen, das Produkt (auch „unsichtbar“) zu charakterisieren. Mittelbar einbezogen werden können auch Lebenszykluskosten, die überdies die Wirtschaftlichkeit des Angebots beeinflussen.

Der öffentliche Auftraggeber darf in der Leistungsbeschreibung nicht fordern, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung ein **Umweltzeichen** haben muss. Er kann aber Kriterien, die bei der Erteilung von Umweltzeichen herangezogen werden und die zur Beschreibung des Auftragsgegenstands geeignet sind, in seiner Leistungsbeschreibung verwenden. Dann kann das Umweltzeichen als Nachweis der Einhaltung gelten. Allerdings muss das Umweltzeichen allgemein zugänglich und wissenschaftlich fundiert sowie im Rahmen eines Verfahrens erlassen worden sein, an dem interessierte Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen teilnehmen konnten. In der Ausschreibung müssen als Nachweis für die Einhaltung der Umweltkriterien neben dem Umweltzeichen ausdrücklich andere geeignete Beweismittel zugelassen werden.

Bei der **Eignungsprüfung** darf ein Bieter ausgeschlossen werden, wenn er nachweislich gegen Umweltrecht verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt. Dies ist regelmäßig bei einem Verstoß gegen gesetzliche Umweltvorschriften der Fall, die der Bieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit zu beachten hat. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann der öffentliche Auftraggeber bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen verlangen, dass das Unternehmen bestimmte Normen

für das Umweltmanagement erfüllt, wenn diese für die Ausführung des Auftrags relevant sind. Als Nachweis kann der Auftraggeber eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangen. Gleichwertige Nachweise müssen jedoch ebenfalls akzeptiert werden.

Bei der **Angebotswertung** soll der Zuschlag in Deutschland auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten gehören. Alle Zuschlagskriterien müssen in der Ausschreibung genannt und gewichtet werden. Bei der Wertung der Angebote dürfen Kriterien, die in den Verdingungsunterlagen nicht genannt wurden, keinesfalls herangezogen werden. Umweltaspekte sind als Zuschlagskriterien zulässig, wenn sie in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem Auftraggeber nicht dazu dienen, eine willkürliche Auswahl zu treffen, in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen genannt worden sind und nicht gegen das EU-Primärrecht (insbesondere das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages) verstoßen.

Eine **Bevorzugung inländischer Bewerber** oder solcher, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, ist sowohl nach nationalen Normen als auch nach europäischem Recht unzulässig.

Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für Auftraggeber, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Allerdings kann ein Bieter nur dann Nebenangebote über eine (umweltfreundlichere) Variante abgeben, wenn Nebenangebote vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurden und der Auftraggeber überdies in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutert hat, die diese Änderungsvorschläge erfüllen müssen. In der Praxis führt dies zu Problemen, weil die Auftraggeber Mindestanforderungen an Nebenangebote formulieren müssen, obwohl sie die Nebenangebote naturgemäß noch nicht kennen.

Bei der **Ausführung des Auftrags** darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern ein umweltfreundliches Verhalten fordern, solange es sich um Bedingungen handelt, die sich auf die Auftragsausführung beziehen und nicht etwa allgemein das Verhalten des Auftraggebers betreffen. Darunter fallen regelmäßig Anforderungen an die Lieferung von Waren und ihre Verpackung, die Rücknahme von Abfall sowie die Art der Durchführung von Bau- oder Dienstleistungen oder die Schulung der Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Nicht zulässig sind Ausführungsklauseln, die Bieter aufgrund von Anforderungen an den Transport von Waren oder Material diskriminieren.

Über die Vergabe muss der öffentliche Auftraggeber einen **Vergabevermerk** erstellen, in dem der Ablauf des durchgeführten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, u.a. damit er später im Nachprüfungsfall belegen kann, dass die Einbeziehung von Umweltaspekten nicht missbräuchlich erfolgte.

11 Literatur

- Annim, Hans Herbert, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988.
- Ax, Thomas; Schneider, Matthias; Nette, Alexander, Handbuch Vergaberecht VOB Teil A, VOL Teil A, VOF, Rechtschutz, München 2002.
- Ax, Thomas; Telian, Guido; Terschüren, Kai H., Welche Folgen drohen bei einer nicht rechtzeitigen Umsetzung der das deutsche Vergaberecht regelnden Richtlinie 2004/18/EG (KoordRL), ZfBR 2006, S. 123.
- Barth, Regine; Dross, Miriam, Legal Opportunities for Green Purchasing through Joint Procurement and Company Complaints, RELIEF – research project, Darmstadt 2003.
- Barth, Regine; Erdmenger, Christoph; Günther, Edeltraut, (Hrsg.), Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, Heidelberg 2005.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Eckpunkte für eine Verschlankung des Vergaberechts vom 12. Mai 2004.
- Bundesregierung, Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.6.2006.
- Burgi, Martin, Die Ausschreibungsverwaltung, DVBl. 2003, S. 949.
- Burgi, Martin; Gölnitz, Hinnerk, Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 2009, S. 829.
- Boesen, Arnold, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000, Köln.
- Bouwer, Maarten; de Jong, Klaas; Jonk, Margo; Berman, Tanya; Bersani, Raffaella; Lusser, Helmut; Nissinen, Ari; Parikka, Katriina und Szuppinger, Péter, Green Public Procurement in Europe 2005 – Status overview, 2005; herunterzuladen unter: <http://www.gpp-europe.net> (so am 25.5.2011).
- Breloer, Carolin Eva, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, Frankfurt/Main 2004.
- Byok, Jan; Jaeger, Wolfgang, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, 2005.
- Byok, Jan, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2009, NJW 2010, S. 817.
- Byok, Jan, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – GWB 2009. NVwZ 2009, S. 551.
- Dageförde, Angela, Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge - die interpretierende Kurzmitteilung der Kommission vom 4.7.2001, NZBau 2002, S. 597.
- Dageförde, Angela; Dross, Miriam, Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, S. 19.
- Dageförde, Angela, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Diss. Berlin 2004.
- Dageförde, Angela: Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Berlin 2012.

- Handbuch für die umweltfreundliche Beschaffung, Altus, Dietmar / Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael (Hrsg.), Heidelberg, Stand: Februar 2012.
- Dreher, Meinrad, Vergaberecht im Wandel: Die Sicht der Wissenschaft, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 25.
- Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2005.
- Egidy, Stefanie, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer?, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2009, S. 835.
- Europäische Kommission, 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.
- Fischer, Almut; Barth, Regine, Interpretierende Mitteilung der Kommission vom 4.7.2001, NVwZ 2002, S. 1184.
- Frenz, Walter, Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2010, S. 609.
- Gaentzsch, Günther, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, DÖV 1998, S. 952.
- Gohlisch, Gunnar (Umweltbundesamt, Dessau): Fahr- und Verkehrsleistung sowie Emissionen des Verkehrs auf Basis der TREMOD-Version 4.17 (Stand der Daten: Februar 2007).
- Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2009.
- Graef, Eberhard, Rahmenvereinbarungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen de lege lata und de lege ferenda, NZBau 2005, S. 561.
- Griem, Niels, Umweltfreundliche Beschaffung im Bauwesen – Möglichkeiten und Grenzen aus rechtlicher Sicht, NVwZ 1999, S. 1171.
- Griem, Niels, Umsetzung des § 37 KrW/AbfG durch die Bundesbehörden, UBA Forschungsbericht Bremen 2000.
- Günther, Edeltraud, Hurdles in green purchasing: method, findings and discussion of the hurdle analysis. In: C. Erdmenger (Hrsg.) (2003): Buying into the environment. Experiences, opportunities and potential for eco-procurement, Sheffield 2003. S. 30.
- Günther, Edeltraud; Scheibe, Lilly, The hurdles analysis as an instrument for improving environmental value chain management, in: Progress in Industrial Ecology, Vol. 2 (2005), No. 1, S. 107.
- Günther, Edeltraud; Scheibe, Lilly; The Hurdle Analysis. A Self-evaluation Tool for Municipalities to Identify, Analyse and Overcome Hurdles to Green

- Procurement, in: Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 13. Jg. (2006), Vol. 2, S. 61.
- Haack, Sandra, Abschluss von Rahmenvereinbarungen, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 99.
 - Hädicke, Nancy, Grenzen internationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005.
 - Horn, Lutz, Interkommunale Zusammenarbeit im Spannungsfeld zwischen Organisationshoheit und Vergaberecht; in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 193.
 - Just, Christoph; Sailer, Daniel, Die neue Vergabeverordnung 2010, NVwZ 2010, S. 937.
 - Kühling, Jürgen, Rechtliche Grenzen der „Ökologisierung des öffentlichen Beschaffungswesens“, VerwArch 2004, S. 337.
 - Kaltenborn, Markus, Mittelstandsförderung im Konflikt mit europäischem Vergaberecht?, GewArch 2006, S. 321.
 - Krohn, Wolfram, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, Diss., Köln 2003
 - Leifer, Christoph; Mißling, Sven, Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR, 2004, S. 266.
 - Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, 2009.
 - Losch, Alexandra, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, 2005.
 - Mader, Oliver, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, S. 425.
 - Malmendier, Bertrand, Vergaberecht, quo vadis? DVBl. 2000, 115. Jg., Heft 13, S. 963–969.
 - Mechel, Friederike, Die Förderung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss., Baden-Baden 2006.
 - Müller, Martin, Elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 125.
 - Müller-Wrede, Malte, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32.

- Niestadt, Marian; Franz Josef Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3680.
- Ollmann, Horst, Die kleine Vergaberechtsreform, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (VergabeR) 2/2008, S. 447.
- Opitz, Marc; Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12.
- Opitz, Marc, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002, NZBau 2003, S. 183.
- Peters, Anne; Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749.
- Prieß, Hans- Joachim; Niestadt, Marian, Rechtsschutz im Vergaberecht, 2006.
- Pukall, Kirstin, Der Stand der Umsetzung in das deutsche Recht und die Verschlankung des deutschen Vergaberechts, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 17.
- Rechten, Stephan; Junker, Maike, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, S. 490.
- Ronellenfitsch, Michael, Das Altmark-Urteil, des Europäischen Gerichtshofs. VerwArch 2001, S. 425.
- Rosenkötter, Annette; Plantiko, Calle, Die Befreiung der Sektorentätigkeit vom Vergaberechtsregime, NZBau 2010, S. 78.
- Roth, Rudolf, Reform des Vergaberechts – der große Wurf?, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (VergabeR) 3/2009, S. 404.
- Scharpenack, Gerald, Sekundärzwecke im Vergaberecht, Diss., Frankfurt/Main 2005.
- Schmitges-Thees, Karin, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, Diss., Aachen 2001.
- Schneider, Jens-Peter, Umweltschutz im Vergaberecht, Vortrag auf der 32. Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht am 14.11.2008.
- Siegel, Thorsten, Lockerung des Nachverhandlungsverbotes?, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 171.
- Tietje, Christian; Wolf, Sebastian, Das Welthandelsrecht als Grenze für Umweltbeihilfen und ökologisierte Auftragsvergabe, in: Schneider, Jens- Peter (Hrsg.), Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik, 2005, S. 85.

- Schneider, Jens- Peter, EG- Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl. 2003, S. 1186.
- Schnieders, Ralf, Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.
- Spiegel, Nico, Die Vergabekoordinierungsrichtlinie im Überblick, in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 9.
- Steinberg, Philipp, Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts, NZBau 2005, S. 85.
- Steinberg, Philipp, Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen- europarechtliche Genese und nationale Umsetzung, NVwZ 2006, S. 1349.
- Walther, Klaus, Die Mehrdeutigkeit des Rechtsbegriffs „wirtschaftlich“, BayVbl. 2004, S. 167.
- Wegener, Bernhard, Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2010, S. 273.
- Wollenschläger, Ferdinand, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determinanten, DVBl. 2007, S. 589.
- Wollenschläger, Ferdinand, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388.
- Ziekow, Jan, Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien; in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 151.

12 Entscheidungsverzeichnis

1. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 3.7.2002, Verg 13/02; NZBau 2003, S. 105
2. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.7.2006, 1 BVL 4/00
http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20060711_1bvl000400.html
3. EuGH, Urteil vom 10.4.2003, C-20/01 und C-28/01
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
4. EuGH, Urteil vom 16.9.1999, C-27/98
<http://lexetius.com/1999,1983>
5. EuGH, Urteil vom 24.1.1995, C-359/93
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
6. EuGH, Urteil vom 24.7.2003, C-280/00, Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
7. EuGH, Urteil vom 28.10.1999, C-328/96, Commission / Autriche
http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996J0328
8. EuGH, Urteil vom 21.7.2005, C-231/03, Coname
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
9. EuGH, Urteil vom 22.9.1988, Rs. 45/87, Dundalk
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
10. EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
11. EuGH, Urteil vom 11.1.2005, C-26/03, Stadt Halle
<http://www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
12. EuGH, Urteil vom 7.12.2000, C-324/98, Teleaustria
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
13. EuGH, Urteil vom 3.12.2001, C-59/00, Vestergaard
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
14. EuGH, Urteil vom 4.12.2003, C-448/01, Wienstrom
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
15. EuG, Urteil vom 20.05.2010, T-258/06,
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
16. OLG Rostock, Beschluss vom 30.5.2005, 17 Verg 4/05, www.ibr-online.de
17. OLG Schleswig, Beschluss vom 5.4.2005, 6 Verg 1/05, ZfBR 2005, 616
18. OLG Schleswig, Beschluss vom 9.1.2005, VK-St 37/04, www.juris.de
19. Vergabekammer Baden-Württemberg beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.6.2003, 1 VK 25/03
20. 2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.4.2002, VK 2-10/02,

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Vergabe/Vergabe02/VK2_10_02.pdf

21. Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.1.2005, VK-SH 37/04, www.juris.de.
22. Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 2.7.2008 - 21.VK-3194-29/08.
23. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.
24. OLG Düsseldorf Beschluss vom 9.12.2009 – VII Verg 37/09.
25. OLG Düsseldorf Beschluss vom 14.4.2005 – VII-Verg 93/04.
26. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.3.2009 - Verg VII 67/08 – NZBau 2009,334.
27. OLG München, Beschluss vom 2.3. 2009 – Verg 01/09.