

## Rechtliche Grundlagen einer umweltfreundlichen und energieeffizienten Beschaffung/26. Juni 2010

- Beigeordneter Norbert Portz, Deutscher Städte- und Gemeindebund -

### Vorspann

Der Klimaschutz ist eine der großen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Dabei nehmen die **Kommunen** im Klimaschutz in fünffacher Funktion eine zentrale Rolle ein. Sie sind erstens als **größter öffentlicher Gebäudebesitzer** (40°000 Schulen, 50°000 Kindergärten sowie **tausende Verwaltungsgebäude und kommunale Wohnungen** etc. ein **bedeutsamer Verbraucher von Energie**.

Zum Zweiten sind sie im Hinblick auf ein umweltorientiertes Verhalten ein maßgebliches **Vorbild** sowie ein **Berater für die Bürger** und die örtliche Wirtschaft. Drittens sind die Kommunen mit ihren **Stadtwerken Versorger** ihrer Kunden mit Energie. In einer vierten Funktion sind die Städte und Gemeinden **Planungsträger** und Verantwortliche für die Flächennutzungs- und Bebauungspläne, die als Grundlage insbesondere für die Ansiedlung von Anlagen für erneuerbare Energien (Windenergie, Biomasse etc.) dienen.

Schließlich stellen die Kommunen zum Fünften bei jährlich in Deutschland vergebenen öffentlichen Aufträgen in Höhe von ca. 250 Milliarden Euro im Vergleich zum Bund und den Ländern den mit Abstand **größten öffentlichen Auftraggeber** dar. Insoweit kommt gerade einer Vorreiterrolle der Kommunen für eine umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung eine besondere Bedeutung zu.

### I. Umwelt- und Klimaschutz als hohes Gut

Das generelle Ziel einer umweltfreundlichen- und energieeffizienten Beschaffung wird angesichts des hiermit bezweckten Schutzes der Umwelt und des Klimas im Allgemeinen geteilt. Dies gilt umso mehr, als gerade der Umweltschutz (Art. 3 Abs. 3 Vertrag über die EU und Art. 20a GG) sowohl in Europa als auch in Deutschland – etwa im Gegensatz zu anderen Gütern (Beispiel: Kultur oder Sport)- mit hohem Rechts- bzw. Verfassungsrang ausgestattet ist. Hinzu kommt, dass die öffentliche Hand in Deutschland mit einem jährlichen Auftragsvolumen von ca. 250 Milliarden Euro und damit mit ca. 15% des Bruttoinlandproduktes eine besondere Vorbildfunktion für eine umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung hat.

Entscheidend ist aber, dass sich eine umwelt- sowie energieeffiziente Beschaffung auch in rechtlich zulässiger Weise in das Vergaberecht einfügt und zudem in der Praxis vollzugstauglich ist.

#### 1. Breites Spektrum für umwelt- und energieeffiziente Vergaben

Das Spektrum für umwelt- und energieeffiziente Vergaben durch die öffentliche Hand betrifft mit dem Bau-, dem Liefer- und dem Dienstleistungsbereich alle drei Vergabeordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF).

Beispiele für eine umweltfreundliche Beschaffung betreffen die Ausschreibung von Bauprodukten aus nachhaltiger Forstwirtschaft und die Erstellung von Bauten mit Passivhausstandard (VOB). Daneben gehört hierzu im VOL- Bereich die Lieferung

von CO<sub>2</sub>-armen Bürogeräten und Kraftfahrzeugen (Beispiel: Elektrofahrzeuge, die mit erneuerbarer Energie betrieben werden) oder von „Öko-Strom“ (VOL). Schließlich kann eine Vergabe von freiberuflichen Planungsleistungen für Gebäude mit dem ausdrücklichen Ziel der Energieeinsparung nach der VOF erfolgen.

## 2. Tatsächliche Umsetzung: Chefsache und Einbindung der Nutzer

Eine umwelt- und energieeffiziente Beschaffung ist dann für die Kommunen in breiter Form zum Ziel führend, wenn diese Form der Beschaffung sowohl durch die Politik als auch durch die „Chefetage“ der Verwaltung aktiv unterstützt wird.

Hierzu können in den Städten, Gemeinden und Kreisen entsprechende Rats- oder Kreistagsbeschlüsse sowie eine entsprechende „Dienstanweisung im Vergabebereich“, mit dem derartige Beschaffungen zur Leitlinie des Handelns gemacht werden, beitragen. Allerdings stellt in der Praxis die nicht selten kostenintensivere Beschaffung der jeweiligen (Hardware-)Produkte (Bsp.: Elektroautos oder Ökostrom) im Vergleich zu den nicht umweltfreundlichen Beschaffungen angesichts der desolaten kommunalen Finanzsituation oftmals ein Hemmnis für eine breite Umsetzung einer umweltfreundlichen Ausschreibung in den Kommunen sein. Anders ist die Situation dann, wenn sich höhere Anschaffungskosten auf Dauer, etwa durch eine Einsparung im Energiebereich und damit durch geringere Folgekosten, amortisieren. Aber auch ansonsten ist nicht zuletzt wegen der Vorbildfunktion der öffentlichen Hand zu berücksichtigen, dass **nach dem Vergaberecht nicht der Bieter mit dem niedrigsten Preis, sondern mit dem auch unter Berücksichtigung von Umwelteigenschaften wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhält** (s. zum Beispiel § 16 Abs.6 Nr. 3 S. 3 VOB/A).

Ferner sollten frühzeitig die jeweiligen Nutzer der zu beschaffenden Leistungen (Fachbereiche etc.) eingebunden werden und eine genaue **Bedarfsanalyse** (Für welche Produkte ist eine umwelt- und energieeffiziente Beschaffung sachgerecht?) erfolgen. **Empfehlenswert ist eine Konkretisierung auf Produkte mit hohen Umwelt- und Energieeinsparungsauswirkungen** (Beispiel: Fuhrpark, Bürogeräte, Informationstechnologie).

Die Beschaffungsstellen sind allerdings häufig überfordert, eigenständig die Umwelt- und erst recht die Sozialgerechtigkeit von Produkten zu prüfen. Daher empfiehlt sich der Rückgriff auf vorhandene Handbücher und Leitfäden (Beispiel: Umweltbundesamt, Initiative „buy smart“, RESPIRO – [www.respiro-project.eu](http://www.respiro-project.eu)) sowie auf Datenbanken und Webseiten (Beispiel: [www.greenlabelpurchase.net](http://www.greenlabelpurchase.net); [www.eu-energystar.org](http://www.eu-energystar.org); [www.blauer-engel.de](http://www.blauer-engel.de)).

Des Weiteren kann es hilfreich sein, sich mit anderen Kommunen auszutauschen oder das Thema in **Schulungen** (Beispiel: Kommunale Spitzenverbände, ICLEI) aufzugreifen. Hierüber können wertvolle Informationen insbesondere über umweltfreundliche und Klima schonende sowie energieeffiziente Produkte und deren Alternativen gewonnen werden.

## 3. Rechtliche Vorgaben: Zwischen vergabefremden und vergabegerechten Beschaffungen

Rechtlich ist eine umwelt- und energieeffiziente Beschaffung bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Kriterien selbst dann zulässig, wenn hiermit für den Auftraggeber wirtschaftliche Mehraufwendungen verbunden sind. Werden diese

vergaberechtlichen Kriterien allerdings nicht eingehalten, ist eine derartige Beschaffung vergaberechtswidrig bzw. hält als „vergabefremd“ einer Rechtsprüfung nicht stand. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in mehreren Entscheidungen (insbesondere: „Concordia Bus Finnland“ und „Wien-Strom“) vier Voraussetzungen aufgestellt, die auch für eine zulässige umweltverträgliche Vergabe Geltung haben. Bei derartigen Beschaffungen müssen danach:

- (1) die jeweils vorgegebenen Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen (Auftragsbezug);
- (2) die Zuschlagskriterien klar, objektiv und nachprüfbar sein;
- (3) die jeweiligen Kriterien vorab in der Bekanntmachung sowie der Leistungsbeschreibung genannt werden und
- (4) bei der Beachtung dieser Kriterien alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (Nichtdiskriminierung etc.) gewahrt bleiben.

Vor dem Hintergrund dieser EuGH-Rechtsprechung bestimmt Art. 26 der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie, dass „die öffentlichen Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben können, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für Ausführung eines Auftrags können insbesondere sozial- und umweltbezogene Aspekte betreffen“.

Die nationale Vorschrift des § 97 Abs. 4 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) besagt in Umsetzung dieser EU-Vorschrift: **„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“.**

Obwohl sowohl Art. 26 EU-VKR als auch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ausschließlich Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte (VOB/A: 4,845 Millionen Euro; VOL/A und VOF: 193 000 Euro) betreffen, **sind umwelt- und sozialverträgliche Beschaffungen rechtlich auch bei Vergaben im rein nationalen Bereich, die bei den Kommunen von der Anzahl her immerhin mehr als 95 % ausmachen, zulässig.**

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Implementierung von umwelt- und das Klima schützenden Kriterien in die Vergaben stets um eine freiwillige Angelegenheit der öffentlichen Hand („Kann-Bestimmung“) handelt. Insgesamt sollten die Auftraggeber ihre Beschaffungen daher nicht mit einer Vielzahl von Umweltkriterien überfrachten (Beispiel im Umweltbereich: Gleichzeitige Berücksichtigung und Einhaltung von Umwelteigenschaften bei den Leistungs- und Funktionsanforderungen sowie als Eignungs- und Qualitätsvorgaben im Sinne der Einhaltung eines (organisatorischen) Umweltmanagements sowie schließlich als Wertungskriterium bei der Zuschlagserteilung. Folge wäre, dass eine sachgerechte Vergabe und insbesondere eine ordnungsgemäße Wertung nicht mehr möglich wären. Deswegen gilt für eine praxistaugliche und umweltgerechte Vergabe der Grundsatz: „Weniger ist Mehr!“. **Insbesondere sind aussagefähige Zertifizierungen von Produkten geeignet, für die öffentliche Hand eine vollzugstaugliche umweltgerechte Beschaffung zu gewährleisten.**

Als rechtliche Rahmenbedingung für eine energieeffiziente Beschaffung ist im Übrigen noch die zum 11. Juni 2010 in Kraft getretene neue Vergabeverordnung (VgV:

siehe Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2010, Teil I Nr. 30, S. 724 ff., ausgegeben am 10 Juni 2010) zu berücksichtigen.

Erst mit dieser neuen Vergabeverordnung sind die oberhalb der EU-Schwellenwerte zur Anwendung kommenden zweiten Abschnitte der neuen, aber bereits im letzten Jahr im Bundesanzeiger veröffentlichten Vergabeordnungen und in der Regel auch die ersten (nationalen) Abschnitte dieser Regelwerke, also der VOB/A, der VOL/A und der VOF in Kraft getreten. In der neuen Vergabeverordnung ist erstmalig eine Berücksichtigung des „Energieverbrauchs“ sowohl im Rahmen der Leistungsbeschreibung als auch als Zuschlagskriterium (s. hierzu im Einzelnen Punkt 4 (1) und Punkt 4 (3) in diesem Beitrag) vorgesehen (s. § 4 Abs. 6 und § 6 Abs. 2 VgV). Damit ist sowohl für die VOB/A als auch für die VOL/A eine einheitliche Umsetzung des vergaberelevanten Teils der EU-Richtlinie 2006/32/EG – „Energieeffizienz und Energiedienstleistungen“ erfolgt.

#### **4. Drei rechtliche Stellschrauben**

Eine Berücksichtigung von Umwelt- und Energieeffizienzkriterien kann in einem Vergabeverfahren an Hand von drei „Stellschrauben“ erfolgen:

##### **(1) Leistungsbeschreibung / technische Spezifikation**

Der Auftraggeber kann als „Herr seiner Vergabe“ bereits in der nationalen oder aber europaweiten Bekanntmachung und so dann konkreter **in den Vergabeunterlagen und dort in der Leistungsbeschreibung spezielle Vorgaben zur Sicherstellung einer umweltgerechten Beschaffung machen.**

Auf dieser Grundlage ist es daher ohne weiteres zulässig, **den Einbau von Produkten (Beispiel: Fenster) nur aus Naturmaterialien** zuzulassen. Auch kann eine Kommune etwa im Hinblick auf den Heizbetrieb eines öffentlichen Gebäudes mit dem Ziel der CO<sub>2</sub>- Minderung, den Betrieb mit Gas statt Öl vorgeben sowie ausschließlich oder prozentual die Lieferung von Strom, der aus erneuerbaren Energien erzeugt wurde, zulassen. Erfüllt ein Bieter in seinem Angebot diese Vorgaben des Auftraggebers nicht, führt dies als „K.O.-Kriterium“ zwingend zu seinem Ausschluss.

„Im Leistungsverzeichnis kann der Auftraggeber Vorgaben zur Gewährleistung einer umweltgerechten Beschaffung machen“

Auch technische Spezifikationen (Einhaltung der „Euro Fünf-Norm“ bei der Lieferung von Fahrzeugen für den örtlichen Bauhof, Vorgabe zur Einhaltung bestimmter Schadstoffwerte oder Lärmbelastungsgrenzen) kann der Auftraggeber in der Bekanntmachung, den Vergabeunterlagen und insbesondere der Leistungsbeschreibung vorgeben. Schreibt der Auftraggeber Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, kann er gemäß § 7 Abs. 7 VOB/A sowie § 8 Abs. 5 VOL EG die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn

- sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen,
- die Anforderungen des Umweltzeichens auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,

- die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie zum Beispiel staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen teilnehmen können, und
- wenn das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

Der Auftraggeber kann weiterhin in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Leistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen genügen. Der Auftraggeber muss in diesem Fall jedoch auch jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen (Prüf- und Eichlaboratorien sowie Zertifizierungsstellen) akzeptieren. Weiter muss der Auftraggeber Bescheinigung von den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen und anerkannten Stellen anerkennen.

Soweit es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung bzw. den technischen Spezifikationen ausnahmsweise auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonders Verfahren oder auch auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion hinweisen, vorausgesetzt, dadurch werden bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte nicht begünstigt oder ausgeschlossen.

Solche ausnahmsweise zulässigen Verweise oder auch Markennamen etc. (Beispiel: „Blauer Engel“) müssen jedoch dann, wenn der Auftraggeber ansonsten den Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschreiben kann, mit dem zusätzlichen Verweis „oder gleichwertig“ versehen sein (§§7 Abs. 8 VOB/A und 8 Abs. 7 VOL EG). Ohne einen derartigen Zusatz würden andere Wirtschaftsteilnehmer zu Unrecht davon abgehalten, an der Vergabe teilzunehmen, obwohl sie den gleichen Qualitätsstandard liefern könnten. Dies wäre ein Wettbewerbsverstoß.

Als auftragsbezogene Beschaffung kann grundsätzlich auch die Ausschreibung von **gebietseigenen Gehölzen** angesehen werden. Zwar wird hiermit durchaus eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vorgenommen. Diese kann aber ausnahmsweise dann gerechtfertigt sein, wenn nur gebiets-eigene Gehölze dazu führen, dass die heimische Flora nicht genetisch verändert wird und damit stabil für künftige Entwicklungen wie den Klimawandel bleibt. In diesem Fall kann eine Vergabestelle aus Umweltschutzgründen im Einzelfall gebietsfremde Gehölze ausschließen.

Allerdings gilt dies nur in dem Maße, in dem sich eine Herkunftsregion für gebietseigene Gehölze nicht auch auf einen anderen Mitgliedstaat erstreckt. So erreicht der Oberrheingraben auch nach Frankreich hinein, so dass hieraus stammende Gehölze ebenso wie solche aus Deutschland bei einer „Berücksichtigung von Gehölzen aus dem Oberrheingraben“ zugelassen werden müssen (Frenz/Hellenbroich, Einheimischenprivilegierung am Beispiel von gebietseigenen Gehölzen bei Begrünungen, VergabeR 2010, 30 ff.).

Keinesfalls ist es allerdings zulässig, die Lieferanten von Gehölzen auf bestimmte Gebiete zu beschränken. Dies wäre ein Wettbewerbsverstoß, da damit entfernte Unternehmen nicht die Möglichkeit hätten, sich ebenfalls um die Lieferung der betreffenden Gehölze zu bewerben.

Die in Art. 26 EU-VKR sowie in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB erwähnten „zusätzlichen Anforderungen an die Auftragnehmer“ im Bereich der umweltbezogenen Aspekte können im deutschen Recht ohne weiteres in die Leistungsbeschreibung integriert werden. Die isolierte Erwähnung dieser Vorgabe insbesondere in Art. 26 EU-VKR erklärt sich daraus, dass die EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie – anders als die deutschen Vergabeordnungen - keine eigenen Bestimmungen über die Leistungsbeschreibung enthalten.

## **(2) Eignungsprüfung**

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Nach S. 3 dieser Norm dürfen andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch ein Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Ein derartiges Gesetz muss naturgemäß mit EU-Recht, insbesondere dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, vereinbar sein.

Im EU-Bereich ist der Katalog der vom Auftraggeber vorgebbaren Eignungskriterien abschließend. Insoweit besteht aber zum Beispiel bei der technischen Leistungsfähigkeit die Möglichkeit, die Eignungsprüfung auf der Grundlage eines Umweltmanagementsystems (EMAS) im Bau- und Dienstleistungsbereich vorzugeben (S. Art. 48 Abs. 2f EU-VKR). Hiernach kann die technische Leistungsfähigkeit eines Unternehmens durch die Angabe seiner Umweltmanagementmaßnahmen, die dieses „bei der Ausführung des Auftrags“ anwenden will, geprüft werden. Die Bestimmung „bei der Ausführung des Auftrags“ setzt stets einen Auftragsbezug zu der konkret beschafften Leistung voraus. Der Nachweis kann durch die Bescheinigung unabhängiger Einrichtungen erfolgen, wobei gleichwertige Nachweise anzuerkennen sind.

## **(3) Wertung und Zuschlagskriterien. Zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit**

Umwelteigenschaften und Klimaschutzaspekte können weiterhin bei der Bestimmung des „wirtschaftlichsten Angebots“ als Wertungs- und Zuschlagskriterium (vgl. z. B. § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/A) vom Auftraggeber vorgegeben und gewichtet werden. Insoweit bestimmt das Vergaberecht (s. § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 3 VOB/A) ausdrücklich, dass der niedrigste Angebotspreis nicht entscheidend ist.

„Der niedrigste Angebotspreis ist nicht entscheidend: Auch Umwelteigenschaften können Zuschlagskriterien sein“

Voraussetzung für eine richtige Wertung ist, dass der Auftraggeber seine Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen angibt, ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht und auch die konkrete Gewichtung bzw. Bewertungsmatrix den Bewerbern und Bietern schon vorab mitgeteilt wird.

- Auftragsbezogene und zulässige Zuschlagskriterien

Ein auftragsbezogenes und damit zulässiges Zuschlagskriterium bei der Wertung wäre die Gewichtung bei der Stromausschreibung (Beispiel: Preis: 70 %; Gewichtung des Stroms aus mit Zertifizierung nachweisbarer erneuerbarer Energie: 30 %).

- Nicht auftragsbezogene und unzulässige Zuschlagskriterien

Kein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und damit unzulässig wäre es demgegenüber, wenn die Vergabestelle generell bei der Beschaffung von Produkten die Verhinderung von Emissionen auf der Anfahrsstrecke bzw. die umweltgerechte Bauweise des Produktionsstandortes dieser Produkte vorgeben würde. Hier existiert kein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (Beispiel: Einbau von Fenstern aus Naturholz). Eine derartige Ausschreibung wäre daher „vergabefremd“ und rechtswidrig.

## **5. Fazit zur umwelt- und energieeffizienten Beschaffung**

Als Fazit zum Themenkreis einer umwelt- und energieeffizienten Beschaffung lässt sich folgendes feststellen:

- Umwelt- und energieeffiziente Vergaben sind bei Beachtung der Voraussetzungen nicht vergabefremd, sondern vergaberechtskonform.
- Die Auftraggeber sind zur Gewährleistung einer praxistauglichen Beschaffung gut beraten, umwelt- und energieeffiziente Kriterien sparsam anzuwenden und ihre Vergaben nicht durch eine Vielzahl von im Ergebnis nicht nachprüfbar Kriterien zu überfrachten. Daher gilt der Grundsatz: „Weniger ist Mehr!“ Zielführend ist der Einsatz von umwelt- und das Klima schützenden Kriterien für die Auftraggeber insbesondere dort, wo hiermit gleichzeitig Kosteneinsparungen (Energiekosten etc.) verbunden sind.
- Das vergaberechtliche Korsett ist in den drei verschiedenen Verfahrensstufen (1) Leistungsbeschreibung/technische Spezifikation, (2) Eignungsprüfung und (3) Wertung und Gewichtung der Zuschlagskriterien vorhanden.
- Die Umsetzung einer umweltgerechten und energieeffizienten Beschaffung liegt stets im freiwilligen Ermessen des Auftraggebers („Kann“-Norm).
- Umwelt- und energieeffiziente Vergaben sind im Allgemeininteresse, weil sie die Umwelt und das Klima schützen und oftmals auch zur Energieeffizienz beitragen. Sie können darüber hinaus Kosten sparen (Energieeinsparung) und innovativ sein, weil sie das Verhalten der Hersteller beeinflussen.