

Umweltkriterien in der kommunalen Vergabe

Dr. Ute Jasper und Jan Seidel, Düsseldorf*

Der drohende Klimawandel hat zu einem veränderten Bewusstsein auf Gemeindeebene geführt. Viele Kommunen wollen nicht auf entscheidende Fortschritte in der Weltpolitik warten, sondern bereits jetzt eigene Nachhaltigkeitsstrategien umsetzen. Beliebte Beispiele hierfür sind der Bezug von Energie aus nachwachsenden Energieträgern oder der Kauf von Fahrzeugen mit einem geringen Ausstoß an Klimagasen. Ein zentrales Element ist, Produkte und Leistungen so einzukaufen, dass die Umwelt - soweit wirtschaftlich vertretbar - möglichst wenig belastet wird. Der folgende Beitrag zeigt auf, welche Aspekte Kommunen beachten sollten, um eine umweltgerechte Beschaffung möglichst rechtssicher durchzuführen. Zugleich gibt er einen Überblick über aktuelle und bevorstehende Impulse seitens der EU.

I. Zulässigkeit von Umweltvergabekriterien

Umweltvergabekriterien können auf zweierlei Wegen in ein Vergabeverfahren eingeführt werden:

Zum einen kann die Gemeinde umweltschützende Vorgaben als Mindestanforderungen in die Vergabeunterlagen aufnehmen. Erfüllt ein Bieter mit seinem Angebot diese Mindestanforderungen nicht, ist sein Angebot zwingend auszuschließen (§ 25 Nr. 1 I lit. b) VOB/A, § 25 Nr. 1 I lit. d) VOL/A).

Zum anderen kann die Gemeinde den umweltschützenden Aspekt als eines von mehreren Wertungskriterien festlegen. Hierzu muss sie vorab klarstellen, welche Bedeutung dem umweltschützenden Kriterium gegenüber den weiteren Kriterien (insbesondere dem Preis) zukommen soll. Den Zuschlag erhält

dann dasjenige Angebot, welches die verlangten Kriterien am relativ besten erfüllt (§ 25 Nr. 3 III VOB/A, § 25 III VOL/A).

Während die Zulässigkeit von Umweltvergabekriterien als Mindestanforderung stets unproblematisch gewesen ist, war dies für die Variante als Wertungskriterium nicht der Fall. Belange des Umweltschutzes in der Wertung waren nach traditioneller Auffassung unzulässig. Begründet wurde dies damit, dass umweltschützende Aspekte vergabefremde Kriterien darstellten und nicht unmittelbar auftragsbezogen seien. Als Wertungskriterien kamen nach dieser Ansicht lediglich technische und wirtschaftliche Gesichtspunkte in Betracht.¹

Im Jahr 2002 machte der EuGH jedoch den Weg frei für die Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten im Rahmen der Wertung. Seinem Grundsatzurteil lag die Ausschreibung eines innerstädtischen Busverkehrs zugrunde, für die als Wertungskriterien unter anderem die Stickoxidemissionen und Lärmpegel der Busse vorgegeben waren. Der EuGH stellte klar, dass aufgrund des Umweltschutzziels in Art. 6 EGV nicht nur wirtschaftliche, sondern auch Umweltschutzkriterien für die Bewertung eines Angebots zulässig sind. Er knüpfte die Zulässigkeit jedoch an vier Voraussetzungen: Das Umweltvergabekriterium muss einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand

* Dr. Ute Jasper ist Partnerin, Jan Seidel ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek. Der Beitrag beruht auf dem Vortrag „Umwelt und Vergabe: Genommene und bevorstehende Hürden“, den die Verfasserin Dr. Jasper am 12. 9. 2008 im Rahmen der „Umwelt: Kommune“ in Bonn gehalten hat.

¹ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 8. Auflage 1997, § 25 VOB/A, Rn. 65.

aufweisen,² es muss sich um objektiv quantifizierbare Kriterien handeln, die Kriterien müssen vorab ausdrücklich bekannt gemacht sein und dürfen nicht gegen Primärrecht (vor allem das Diskriminierungsverbot) verstoßen.³

In Bestätigung seiner Rechtsprechung entschied der EuGH ein Jahr später, dass Umweltkriterien auch für die Beschaffung von Stromlieferungen zulässig sind. Selbst eine Gewichtung der Herkunft des Stroms aus erneuerbaren Energieträgern mit 45 Prozent ist danach zulässig. Allerdings verlangte der EuGH eine effektive Kontrolle, dass der Strom wirklich aus erneuerbaren Energien kommt, weil ansonsten ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt. Zudem hatte die Vergabestelle im entschiedenen Fall auf die Menge des erzeugten Ökostroms der letzten zwei Jahre abgestellt, was jedoch nicht hinreichend mit dem Auftrag zusammenhängt und große Hersteller bevorzugt.⁴

Im Jahr 2004 nahm die EU diesen Impuls des EuGH auf. Art. 53 der so genannten Vergabekoordinierungsrichtlinie⁵ nennt ausdrücklich den Umweltschutz als Zuschlagskriterium. Diese Regelung wurde 2006 in das deutsche Vergaberecht übernommen (§ 25 Nr. 3 III 2 VOB/A, § 25 a Nr. 1 I 1 VOL/A).

Im Rahmen des derzeit dem Bundesrat vorliegenden „Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“⁶ soll der Umweltschutz als Vergabekriterium aufgewertet und direkt im GWB verankert werden. Dort sieht § 97 IV GWB bislang lediglich die Vergabe an fachkundige und zuverlässige Unternehmen vor; andere/weitergehende Anforderungen sind nur zulässig, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Im Rahmen der Novelle soll § 97 IV GWB dahingehend geändert werden, dass auch zusätzliche, insbesondere umweltbezogene Anforderungen möglich sind.⁷ Ob hierfür allerdings § 97 IV GWB der richtige Standort ist, darf bezweifelt werden. Denn diese Vorschrift regelt die bieterbezogene Eignung, während die „umweltbezogene Auftragsausführung“ auf das Angebot des Bieters abzielt.

II. Umweltvergabekriterien in der Praxis

Der Gemeinde stehen daher mit den Mindestanforderungen einerseits und den Wertungskriterien andererseits zwei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, ihre umweltbezogenen Vorstellungen umzusetzen. Doch wovon hängt es ab, welchen der beiden Verfahrenswege die Gemeinde beschreiten sollte? Dies soll anhand der nachfolgenden Praxisbeispiele verdeutlicht werden.

Betrachten wir zunächst die Beschaffung von umweltfreundlichen Fahrzeugen. Das Ziel der Gemeinde sei es, Fahrzeuge mit einem geringen CO₂-Ausstoß zu erhalten. Hier hat die Gemeinde zum einen die Möglichkeit, den Ausstoß als Wertungskriterium festzulegen (z. B. Preis 60 Prozent, Ausstoß CO₂ 40 Prozent). In der anschließenden Wertung kommt es jedoch dann zu Problemen, wenn das preisgünstigste Angebot nicht auch gleichzeitig das mit dem geringsten CO₂-Ausstoß ist. Denn in diesem Fall muss die Gemeinde den Preis „gegen“ den Ausstoß

werten. Sie muss daher bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens eine Matrix erstellen, wie ein Weniger an CO₂-Ausstoß „umzurechnen“ ist. Eine solche „Umrechnung“ ist jedoch eine häufige Fehlerquelle und erhöht damit das Nachprüfungsrisiko für die Gemeinde. Dieses Risiko vermeidet die Gemeinde, wenn sie den CO₂-Ausstoß als Mindestanforderung ausgestaltet (z. B. maximaler Ausstoß 120 g CO₂/km). Diese Variante hat für die Gemeinde den Vorteil, dass ihre Erwartung an die Umwelteigenschaften der Fahrzeuge in jedem Fall erfüllt wird. Die Probleme liegen hier eher auf wirtschaftlicher Ebene: Denn durch die absolute Grenze des Ausstoßes verknappt die Gemeinde den Markt, was tendenziell zu höheren Preisen führt. Zudem haben die Bieter keinen Vorteil davon, wenn sie den festgelegten Höchstausstoß unterschreiten. Es lohnt sich für sie also nicht, beispielsweise ein Fahrzeug mit einem Ausstoß von nur 100 g CO₂/km anzubieten.

Die so gewonnenen Erkenntnisse lassen sich am umweltfreundlichen Bau einer Schule weiter verdeutlichen. Das Ziel der Gemeinde sei hier, keine Tropenhölzer für den Bau der Schule zu verwenden. Dabei kann die Gemeinde erneut den Weg des Wertungskriteriums gehen (z. B. Preis 50 Prozent, Qualität 30 Prozent, Herkunft Holz 20 Prozent). Auch hier kann es wiederum zu der Situation kommen, dass die Gemeinde den Preis „gegen“ die Herkunft des Holzes werten muss – mit dem gezeigten Mehraufwand und dem Nachprüfungsrisiko. Entscheidet sich die Gemeinde für eine Mindestanforderung (z. B. Verwendung von Holz ausschließlich aus nachhaltiger, FSC-zertifizierter Forstwirtschaft), erleichtert sie sich die Wertung erheblich und hat die Herkunft des Holzes sichergestellt. Eine Umweltoptimierung eines Bieters, hier etwa durch das Erfüllen eines höherwertigen Standards, wird jedoch eher erschwert.

Ein etwas differenzierteres Bild ergibt sich im Bereich des Strombezugs. Hier könnte die Gemeinde das Ziel haben, sich Strom aus erneuerbarer Energie liefern zu lassen. Lässt sie die Art der Stromerzeugung als Wertungskriterium in das Vergabeverfahren einfließen (z. B. Preis 55 Prozent, erneuerbare Energie 45 Prozent), stellt sich in besonderem Maße das Matrixproblem. Denn es gibt verschiedene Arten der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern, welche in unterschiedlichem Maße ökologisch vorteilhaft sind und sich in verschiedener Weise auf die Angebotspreise auswirken. Für all diese Unterschiede muss die Wertungsmatrix jedoch eine Vergleichbarkeit herstellen. Setzt die Gemeinde hingegen die Stromerzeugung als Mindestanforderung fest (z. B. Herkunft

2 Ein solcher Zusammenhang fehlt etwa dann, wenn die Gemeinde bei einem Lieferauftrag in die Wertung einbezieht, ob die Lieferung mit umweltfreundlichen Fahrzeugen erfolgt.

3 EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002 - C-513/99 – Concordia Bus Finland.

4 EuGH, Urt. v. 4. 12. 2003 - C-448/01 – Wienstrom.

5 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, ABl. Nr. L 135 vom 30. 4. 2004, S. 114.

6 Vgl. den Regierungsentwurf vom 13. 8. 2008, BT-Drs. 16/10117.

7 Die Regelung zielt insbesondere auf den Klimaschutz, z. B. durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz; vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/10117.

des Stroms zu mindestens 80 Prozent nachweisbar aus erneuerbarer Energie), so führt dies zu einem nahezu reinen Preiswettbewerb, der kaum angreifbar ist.

Aber auch die Lösung über die Mindestanforderungen stößt in bestimmten Konstellationen an ihre Grenzen. Dies zeigt sich am Beispiel der Beschaffung von energiesparenden Bürogeräten. Will die Gemeinde die Lieferung von Bürogeräten mit möglichst geringem Stromverbrauch vergeben, kann sie zwar auch hier über eine Mindestanforderungen (z. B. Stromverbrauch Computer maximal 80 W) eine unverrückbare Grenze festlegen. Hierdurch bleibt jedoch erneut eine eventuelle optimierte Energieeffizienz unberücksichtigt. Demgegenüber führt hier der Weg über den Stromverbrauch als Wertungskriterium (z. B. Preis 50 Prozent, Nachhaltigkeit 50 Prozent) zu einem Vorteil für die Gemeinde. Denn hier ist die Stromeinsparung wie der Preis in € bezifferbar. Die Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten führt in diesem Fall zu einem deutlich differenzierten Ergebnis, ohne dass den Bietern der Anreiz für die Herstellung noch effizienterer Geräte genommen wird. Im Gegenteil können sich die Bieter hier sehr sicher sein, dass ein Mehr an Umweltschutz ihre Chancen auf den Zuschlag verbessert.

Welche Erkenntnis bringen die genannten Beispiele nun der Gemeinde? Sie muss sich vor einem Vergabeverfahren entscheiden, wie wichtig ihr das jeweilige Umweltschutzkriterium ist. Will sie einen „absoluten“ Umweltschutz etwa in Form eines Zertifikats oder einer Höchstgrenze von Emissionen oder Verbrauch, spricht vieles dafür, den Umweltschutz in den Mindestanforderungen zu verankern. Hierdurch ist eine hohe Durchsetzbarkeit ebenso gewährleistet, wie die Rechtssicherheit der Vergabe. Umweltauflagen im Rahmen der Wertung sind für die Gemeinde von Vorteil, wenn sie einen „relativen“ Umweltschutz bewirken will. Zur Reduzierung des Nachprüfungsrisikos sollte es sich hierbei jedoch möglichst um Kriterien handeln, die wie der Preis in Euro bezifferbar sind.

III. Europäische Impulse für umweltgerechte Vergaben

Die Tendenz zur vermehrten Berücksichtigung von Umweltkriterien in Vergabeverfahren wird durch aktuelle und künftige Aktivitäten der EU unterstützt.

Am 16. 7. 2008 hat die EU-Kommission ihren „Aktionsplan für Nachhaltigkeit in Produktion und Verbrauch und für eine nachhaltige Industriepolitik“ verabschiedet.⁸ Der Aktionsplan hat die umweltfreundlichere Gestaltung von Produkten, vor allem die Senkung des ihnen zuzurechnenden Energieverbrauchs, und die stärkere Verbreitung umweltfreundlicher Produkte zum Ziel. Um dies zu erreichen, sieht die EU-Kommission freiwillige und verbindliche Maßnahmen zur Definition umweltfreundlicher Produkte, zur besseren Verbraucherinformation durch die Kennzeichnung von Produkten und zur Förderung ihrer Verbreitung durch die Beschaffungspraxis der öffentlichen Hand und durch steuerliche Anreize vor.⁹ Die

öffentliche Hand soll demnach durch ihre Vergabetätigkeit umweltgerechte Produkte sowohl direkt (durch Nachfrage) als auch indirekt (über ihre Vorbildfunktion) fördern.

Als Teil des Aktionsplans hat die EU-Kommission ein Politikprogramm vorgeschlagen, wie die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung („Green Public Procurement“ - GPP) in der EU unterstützt werden kann.¹⁰ Der Vorschlag der EU-Kommission zielt darauf ab, dass bis 2010 mindestens die Hälfte aller öffentlichen Einkäufe und Aufträge den noch zu beschließenden GPP-Kriterien entsprechen sollen. Diese einheitlichen Umweltvergabekriterien beruhen auf einem Lebenszyklus-Ansatz und beziehen sich zunächst auf folgende zehn Bereiche:

- Bauwirtschaft,
- Nahrungsmittel und Verpflegung,
- Verkehr und Transportsysteme,
- Energie,
- Bürogeräte und Computer,
- Bekleidung, Uniformen und andere Textilien,
- Papier und Druckdienste,
- Möbel,
- Reinigungsmittel und -dienstleistungen,
- Gartenbau.

Diese zehn Sektoren sieht die EU-Kommission als besonders wichtig und besonders geeignet für Umweltvergabekriterien an. Nach 2010 ist eine Ausweitung der Kriterien über diese vorrangigen Sektoren hinaus möglich.¹¹ Zudem erwägt die EU-Kommission, die Durchführung von EU-subventionierten Projekten mit den Anforderungen der umweltorientierten Beschaffung zu verknüpfen.

Die EU-Kommission sieht die umweltgerechte Beschaffung vorerst lediglich als politisches Ziel an, durch das noch keine Rechtsänderung bewirkt wird. Die vorgeschlagenen Maßnahmen zielen vorrangig auf eine Angleichung der verschiedenen Kriterien in den Mitgliedsstaaten und die Schaffung einer einheitlichen Datengrundlage. Zudem stellt die Generaldirektion Umwelt auf ihrer Homepage ein „Training Toolkit“ bereit, welches unter anderem die Rechtssicherheit „grüner“ Vergaben erhöhen soll (Formulierung Wertungskriterien, Vertragsgestaltung, Überprüfung der Einhaltung von Umweltschutzkriterien).¹²

Jedoch ist gut vorstellbar, dass die Vorgaben der EU-Kommission für umweltgerechte Vergaben mittelfristig bereits rechtlich bindend werden: Der EuGH bezieht auch Mitteilungen der EU-Kommission in seine Auslegung des Gemeinschaftsrechts ein. Auch die Pressemitteilung zum „Aktionsplan für Nachhaltigkeit

8 Mitteilung der EU-Kommission COM (2008) 397 endgültig vom 16. 7. 2008.

9 Pressemitteilung der EU-Kommission IP/08/1154 vom 16. 7. 2008.

10 Vgl. den Entwurf der Mitteilung der EU-Kommission „Public procurement for a better environment“, COM (2008) 400/2, im Internet unter: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400.pdf.

11 Derzeit liegen bereits Entwürfe der EU-Kommission für die Produktgruppen Medizinprodukte, Fenster, Heizungsgeräte, Klimatisierungsanlagen, Feste Bodenbeläge und Wärmedämmung vor.

12 http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm.

in Produktion und Verbrauch und für eine nachhaltige Industriepolitik“ deutet bereits eine zukünftig höhere Verbindlichkeit an.¹³ Auch unter diesem Aspekt ist es für Kommunen ratsam, sich bereits jetzt mit der Umweltfreundlichkeit ihrer Vergaben zu beschäftigen.

IV. Zusammenfassung

Die Zulässigkeit von Umweltkriterien in der kommunalen Vergabe wird heute nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt. Hier hat der EuGH Rechtssicherheit geschaffen. Er gestattet jedoch die Verwendung von Umweltkriterien nicht schrankenlos. Seine wichtigste Voraussetzung, der Zusammenhang des jeweiligen Umweltvergabekriteriums zum Auftragsgegenstand, sorgt nach wie vor für unterschiedliche Ansichten und setzt den Gemeinden eine gewichtige Grenze.

Innerhalb dieser Grenze bietet sich den Gemeinden jedoch eine Fülle an Möglichkeiten für umweltgerechte Vergaben. Zum einen können sie über Mindestanforderungen sicherstellen, dass das von ihnen erstrebte Umweltschutzniveau in jedem Fall erreicht wird. Zum anderen bieten ihnen die Wertungskriterien die Möglichkeit, Umweltschutzaspekte mit anderen Kriterien zu kombinieren und so ein insgesamt optimales Ergebnis zu erzielen. Diesen Vorteilen stehen indes auch spezifische Nachteile beider Instrumente gegenüber: Die absolute Grenze einer Mindestanforderung verknappt den Markt und lässt tendenziell die Bereitschaft zu einer weiteren Unter-

schreitung des Mindeststandards sinken. Demgegenüber führt der Weg über die Wertungskriterien in vielen Fällen zu einer Wertung „Umwelt gegen Preis“, womit ein erhebliches Nachprüfungsrisiko verbunden ist.

Gemeinden sollten sich daher im Vorfeld einer „grünen“ Vergabe entscheiden, wie wichtig ihnen der jeweilige Umweltschutzaspekt ist, ob sie also einen „absoluten“ (Mindestanforderungen) oder einen „relativen“ (Wertungskriterien) Umweltschutz anstreben. In jedem Fall empfiehlt es sich für Gemeinden, ihre Vergabeverfahren generell (auch) auf Umweltschutzaspekte hin zu prüfen. Denn die Initiativen der EU-Kommission hin zu einem „green public procurement“ zeigen, dass der Umweltschutz künftig eine größere Bedeutung im öffentlichen Auftragswesen einnehmen wird. Zwar ist die Umsetzung der entsprechenden Vorschläge derzeit noch freiwillig. Die Erfahrungen in anderen Bereichen, die Rechtsprechung des EuGH und eine einschränkende Andeutung der EU-Kommission zur Freiwilligkeit zeigen jedoch, dass dies nicht von Dauer sein muss. Spätestens dann werden die Gemeinden im Vorteil sein, die sich bereits jetzt mit der Umweltfreundlichkeit ihrer Vergaben beschäftigen.

¹³ Dort heißt es: „Außerdem empfehlen die Mitgliedstaaten, gemeinsame Regeln für die umweltorientierte öffentliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen aufzustellen, die (noch) nicht vom Aktionsplan erfasst werden.“, Pressemitteilung der EU-Kommission IP/08/1154 vom 16. 7. 2008.