

F+E Vorhaben Nr. 201 18 313

Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung
unter Berücksichtigung des EG-
Rechtssetzungsprozesses zum
Vergabewesen

Band 3: Juristisches Gutachten

September 2003

Bearbeitung



Günther · Heidel · Wollenteit · Hack
Rechtsanwälte

IMPRESSUM

Evaluation und Weiterentwicklung des umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffungswesens unter Berücksichtigung des laufenden EG-Rechtssetzungsprozesses zum Vergabewesen - FKZ 201 18 313.

Auftrag: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU)
vertreten durch Umweltbundesamt (UBA)

Laufzeit: 01.07.2001 bis 30.09.2003.

Bearbeitung:

Ökopol - Institut für Ökologie und Politik GmbH, Hamburg

Nernstweg 32 – 34; 22765 Hamburg, Tel.: 040/39 100 2-0, Fax.: -33

Internet: www.oekopol.de, e-mail: info@oekopol.de

Projektleitung: Dr. Dieter Großmann¹, Dr. Joachim Lohse²,

Mitarbeit: Dr. Anne Ipsen, Dirk Jepsen, Dr. Sven Lundie, Dr. Martin Wirts

Rechtsanwaltsbüro RAe Günther, Heidel, Wollenteit, Hack, Hamburg

Mittelweg 150, 22148 Hamburg, Tel.: 040/27 84 94 - 0

Internet: www.rae-guenther.de, e-mail: post@rae-guenther.de

Projektleitung: Martin Hack

Mitarbeit: Dr. Jochen Gebauer

¹ ab 05/03

² bis 04/03

Aufbau des Gesamtberichtes

- Band 1: Projekt-Endbericht
Teil 1: Naturwissenschaftlich-technischer Teil
Teil 2: Juristischer Teil
- Band 2: Kriterien für die umweltschonende Beschaffung von IT- und Bürogeräten
- Technische und rechtliche Erläuterungen –
Teil 1: Erläuterungen für Personal Computer + Peripherie-Geräte mit technisch-naturwissenschaftlicher und juristischer Begründung
Teil 2: Erläuterungen für Kopiergeräte und Drucker mit technisch-naturwissenschaftlicher und juristischer Begründung
- Band 3: Juristisches Gutachten: Die Berücksichtigung umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge**

INHALTSVERZEICHNIS Band 3

| | |
|---|----|
| Einleitung..... | 1 |
| Teil 1: Möglichkeiten und Grenzen der umweltfreundlichen Beschaffung im geltenden Recht | 3 |
| I. Rechtlicher Rahmen..... | 3 |
| II. Umweltaspekte im Vergabeverfahren | 5 |
| 1 Leistungsbeschreibung / Technische Spezifikationen..... | 6 |
| 1.1 Auftragsbezogene Umweltkriterien..... | 6 |
| 1.2 Umweltkennzeichen („Öko-Label“) | 8 |
| 1.3 Life-Cycle-Assessment..... | 9 |
| 1.4 Nicht-auftragsbezogene Umweltkriterien..... | 11 |
| 2 Bieterauswahl/Eignung | 11 |
| 2.1 Grundsatz: Abschließende Liste der zulässigen Eignungskriterien..... | 12 |
| 2.2 Ausnahme: Teilnahme an einem Umweltmanagementsystem (z.B. EMAS) als Nachweis der umweltrelevanten Leistungsfähigkeit bei der Ausschreibung von umweltrelevanten Dienstleistungen..... | 12 |
| 3 Zuschlagskriterien..... | 13 |
| 3.1 Umwelteigenschaften sind zulässige Zuschlagskriterien (EuGH-Entscheidung „Concordia“ vom 17.09.2002) | 14 |
| 3.2 Auftragsbezogene Umwelteigenschaften | 15 |
| 3.3 Wirtschaftlichkeitsbegriff..... | 16 |
| 3.4 Nicht-auftragsbezogene Kriterien (z.B. die EMAS-Registrierung) können kein Zuschlagskriterium sein | 18 |
| 4 Zusätzliche Bedingungen..... | 18 |
| 4.1 Beschränkung der Vergaberichtlinien auf prozedurale Fragen („Beentjes“).... | 19 |
| 4.2 Einsatzvoraussetzungen für „zusätzliche Bedingungen“ (Transparenz, Gleichheitsgrundsatz, Grundfreiheiten)..... | 23 |
| Teil 2: Innerstaatliche Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber | 25 |
| I. Folgen einer gesetzlichen Bevorzugung | 26 |
| II. Praktische Bedeutung | 27 |
| Zusammenfassung der Ergebnisse | 28 |
| Referenzen..... | 29 |

Einleitung

In der Bundesrepublik werden jährlich von der öffentlichen Hand Aufträge im Wert von etwa €252 Mrd. und somit etwa 13 % des Bruttoinlandsproduktes an Anbieter von Produkten, Dienstleistungen und Bauleistungen vergeben. Davon entfallen etwa 50 % auf die Kommunen. Vergleichbare Größenordnungen gelten auch für die anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, einschließlich der Aufträge, die von den Organen der Gemeinschaft selber ausgeschrieben werden. Diese Nachfrage kann zur politischen Einflussnahme auf Markt und Marktakteure genutzt werden.

Sofern die öffentliche Hand sich für eine „umweltfreundliche“ öffentliche Beschaffung entscheidet, lässt sich auf diesem Weg ein erhebliches Umweltentlastungspotenzial realisieren.

Dieses Entlastungspotenzial resultiert zum einen aus den direkten Entlastungseffekten, die damit verbunden sind, dass der Material-, Energie- und sonstige Ressourcenverbrauch der Tätigkeiten der öffentlichen Hand selber zurückgefahren wird.

Es ergeben sich aber auch indirekte Entlastungseffekte über die Marktveränderungen, die eine gesteigerte Nachfrage nach umweltfreundlichen Produkten/Dienstleistungen mit sich bringt. Denn die öffentliche Nachfrage nach umweltfreundlichen Leistungen stimuliert die Entwicklung und Vermarktung solcher Leistungen und führt mittelfristig auch zu einer Kostensenkung für Herstellung und Verkauf dieser Produkte (Skaleneffekte).

Darüber hinaus können weitere Entlastungswirkungen erzielt werden über die Vorbildfunktion, die eine solche ökologisch ausgerichtete öffentliche Beschaffung nach außen hat. Neben einem grundsätzlichen Imagegewinn für die umweltfreundlichen Produkte/Dienstleistungen resultiert eine solche Vorreiterrolle der öffentlichen Hand in einem Glaubwürdigkeitsgewinn und in der Bestärkung von Einzelinitiativen in dieser Richtung.

Im Einzelnen sei zu den Entlastungseffekten und insbesondere zu der Quantifizierung dieser Effekte auf den naturwissenschaftlich-umweltfachlichen Teil des Forschungsvorhabens verwiesen.

Als Arbeitshypothese für das vorliegende Rechtsgutachten wird festgehalten, dass es aus ökologischer Sicht vorteilhaft ist, Umweltbelange möglichst weitgehend berücksichtigen zu können. Das soll Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen sein.

Es sollen demnach alle denkbaren Umweltbelange geprüft werden, d.h. sowohl produktbezogene (Umwelteigenschaften des Produkts) und produktionsbezogene Umweltkriterien (Energieverbrauch bei der Herstellung eines Produkts, Art der Gewinnung von elektrischer Energie) als auch solche umweltrelevanten Merkmale, die sich nicht am Produkt, sondern lediglich an dem Verhalten oder den Eigenschaften des Bieters festmachen lassen (Teilnahme an Umweltmanagement-Programmen, EMAS-Registrierung des Bieters, Umweltauswirkungen auch der weiteren Produktionsstandorte).

Es soll dabei die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Umweltbelange auf allen Stufen des Vergabeverfahrens geprüft werden, d.h. sowohl im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Bieterauswahl und des Zuschlags. Daneben soll geprüft werden, ob auch außerhalb dieser formalisierten Verfahrensschritte ganz grundsätzlich die Möglichkeit besteht, das Vergaberecht als Steuerungsmittel im Interesse bestimmter Politikziele einzusetzen.

Ursprünglich war dem Vergaberecht jede Art der nicht-wirtschaftlichen oder nicht-fiskalischen Einflussnahme auf das Vergabeverfahren fremd. Das Vergabeverfahren sollte allein dem Zweck dienen, ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis für die Ausgaben der öffentlichen Hand zu sichern und Korruption und Parteilichkeit bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu verhindern.

Auf europäischer Ebene sollten nationale Präferenzen weitgehend ausgeschlossen werden.

Mittlerweile hat sich – zumindest auf europäischer Ebene – das Vergaberecht für nicht-wirtschaftliche Erwägungen geöffnet. Hinzu kommt, dass innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung das Politikziel „Umweltschutz“ gegenüber den wirtschaftlichen Politikzielen auch rechtlich aufgewertet worden ist.

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht finden sich daher zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass die Beschaffungsstellen der Mitgliedsstaaten, die Umweltaspekte bei der Beschaffung berücksichtigen möchten, dieses politische Ziel bereits nach geltendem Recht in weitem Umfang in der Praxis umsetzen können.

Die Möglichkeiten der Umsetzung in der Praxis werden im Folgenden näher untersucht und bestimmt. Den Vergabestellen soll soweit möglich Rechtssicherheit gegeben werden. Sie sollen in die Lage versetzt werden, jeweils abzuschätzen, ob mit der Berücksichtigung eines bestimmten Umweltbelanges in der konkreten Ausschreibung ein Risiko für die Wirksamkeit der späteren Vergabeentscheidung verbunden ist und wie ein solches Risiko gegebenenfalls minimiert werden kann.

Teil 1: Möglichkeiten und Grenzen einer umweltfreundlichen Beschaffung im geltenden Recht

Das geltende Recht für die gemeinschaftsweite öffentliche Beschaffung lässt die Berücksichtigung von Umweltzielen und Umweltbelangen bei der Vergabe von Aufträgen in weitem Umfang zu. Umweltkriterien können nicht mehr als „vergabefremd“ oder „beschaffungsfremd“ bezeichnet werden. Es stellt sich nicht mehr die Frage, *ob* Umweltkriterien im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. Die Frage lautet nunmehr, *wie* in der praktischen Durchführung der Vergabeverfahren mit den Umweltkriterien umzugehen ist und welche Umweltkriterien ausnahmsweise nicht berücksichtigungsfähig sind.

I. Rechtlicher Rahmen

Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen oder Leistungen durch öffentliche Auftraggeber muss gemäß § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) und entsprechender Vorschriften des Landesrechts (Landeshaushaltsordnung, Gemeindehaushaltsordnung u.ä.) eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen. Beim Abschluss von Verträgen ist gemäß § 55 Abs. 2 BHO nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren. Die einheitlichen Richtlinien im Sinne der Vorschrift sind die Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A, die zuletzt im Jahre 2002 neu gefasst wurden.

Bei öffentlichen Aufträgen, deren Wert bestimmte, europarechtlich vorgegebene und in § 2 Vergabeverordnung³ zusammenfassend geregelte Schwellenwerte überschreitet, richtet sich die Vergabe nach den Vorschriften des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), also dessen §§ 97 – 129. Deren Vorgaben werden durch die auf der Grundlage der §§ 97 Abs. 6 und 127 GWB erlassene Vergabeverordnung (VgV) konkretisiert, die wiederum zur weiteren Konkretisierung der verfahrensrechtlichen Anforderungen in ihren §§ 4 ff. auf die VOL/A, VOB/A und VOF verweist.⁴

Die VOL/A und die VOB/A wiederum enthalten Vorschriften, die für alle Vergabeverfahren anwendbar sind, die sogenannten Basisparagrafen, und ergänzende Regelungen in den sogenannten a- und b-Paragrafen, die nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gelten.

Die Basisparagrafen der Verdingungsordnungen (§ 25 Nr. 3 VOL/A; § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A) schreiben vor, dass der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden soll, dass unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. § 97 Abs. 5 GWB schreibt vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Eine ausdrückliche Regelung der Frage, ob Umweltschutzaspekte bei der

³ In der Fassung der Neubekanntmachung vom 11. Februar 2003, BGBl. I S. 169.

⁴ Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der Fassung von 2002.

Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden können, findet sich nicht.⁵ Die einzige gesetzliche Aussage zur Berücksichtigungsfähigkeit von Umweltkriterien findet sich im deutschen Recht zurzeit in § 37 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG. Die dort genannten öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, bei der Beschaffung auf Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit, Verwertbarkeit und Abfallbilanz zu achten. Das sind typische Umweltkriterien.⁶

Bei der Auslegung der Vorschriften, die für öffentliche Aufträge mit einem Wert oberhalb der Schwellenwerte gelten, sind die europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen, die durch den vierten Teil des GWB, die Vergabeverordnung und die Verbindungsordnungen umgesetzt werden sollen. Maßgeblich sind neben den generellen Vorgaben des EG-Vertrages die sekundärrechtlichen Vorschriften der vergaberechtlichen Richtlinien. Das sind die Richtlinie 92/50/EWG vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (RL 92/50), die Richtlinie 93/36/EWG vom 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (RL 93/36) und die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (RL 93/37), die für den Bereich des EG-Binnenmarktes ein einheitliches Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungs-, Liefer- und Bauleistungsaufträgen schaffen sollen.⁷

Daneben soll die Richtlinie 93/38/EWG vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (RL 93/38) dasselbe für den Bereich der sog. Sektoren leisten. Die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sollen den Rechtsschutz im Vergabeverfahren sicherstellen. Zurzeit befindet sich ein Normsetzungsverfahren, das auf die Modernisierung und Vereinfachung der EU-Vergaberichtlinien abzielt, in der Abschlussphase.⁸

Die geltenden Vergaberichtlinien und die nationalen Vorschriften enthalten – mit Ausnahme des § 37 Abs. 1 S. 2 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) – keine ausdrückliche Regelung der Frage, ob Umweltschutzaspekte im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an

⁵ In den Ausgaben der VOL/A seit 1997 ist in den Erläuterungen zu Nr. 8 § 3 Abs. 1 u.a. der folgende Hinweis enthalten: „Unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit sind an die gewünschte Leistung nur solche Anforderungen zu stellen, die zur Aufgabenerfüllung unbedingt notwendig sind. In diesem Rahmen sind z.B. auch Gesichtspunkte des Umweltschutzes zu berücksichtigen.“ Vgl. dazu auch *Daub/Eberstein*, Kommentar zur VOL/A, 4. Aufl. 1998, S. 378.

⁶ Vgl. *Griem*, Umsetzung des § 37 KrW-/AbfG durch die Bundesbehörden (UBA-Forschungsbericht FKZ 297 31 380), 2000, S. 67 ff.

⁷ Die Richtlinien sind durch die Änderungsrichtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997 nach Inkrafttreten des „Beschaffungsübereinkommens“ im Rahmen der Uruguay-Runde an die neue Situation auf Welthandelsebene angepasst worden. Für die vorliegende Untersuchung ist relevant die Aufnahme eines ausdrücklichen Diskriminierungsverbots in dem neuen Art. 5 Abs. 7 RL 93/36 und in dem neuen Art. 6 Abs. 6 RL 93/37. In der Dienstleistungs-Koordinierungs-Richtlinie 92/50 gab es mit dem Art. 3 Abs. 2 bereits eine solche Regelung.

⁸ Vgl. zuletzt die Gemeinsamen Standpunkte des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (11029/3/02 – 2000/0115(COD)) vom 20.03.2003 (sog. „klassische Richtlinie“) und im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (12634/3/02 – 2000/0117(COD)) vom 07.03.2003 (sog. „Sektorenrichtlinie“) und die Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 02.07.2003 (PE 333.872/I/11; C5-0141/2003 – 2000/0115 (COD)). Die Europäische Kommission hatte das Legislativpaket zur Novellierung der EG-Vergaberichtlinien mit den Richtlinienvorschlägen KOM (2000) 275 und KOM (2000) 276 im Jahr 2000 auf den Weg gebracht (ABl. C 29 E vom 30.01.2001, S. 11 bzw. S. 112 sowie ABl. C 203 E vom 27.08.2002, S. 183 bzw. S. 210).

fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an den Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Umweltschutzaspekte, die bieterbezogen sind, erscheinen danach jedenfalls nach nationalem Recht nicht ohne weiteres berücksichtigungsfähig.

Der Art. 6 EGV verpflichtet die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten, bei Festlegung und Durchführung von Gemeinschaftspolitiken und –maßnahmen den Umweltschutz zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen. Der Gedanke einer umweltfreundlichen Beschaffung als Teil einer europäischen integrierten Produktpolitik findet sich u.a. in der Interpretierenden Mitteilung der Kommission zu den Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001)⁹ oder in der Mitteilung der Kommission zur Integrierten Produktpolitik (2003).¹⁰

Art. 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 (EMAS-VO) schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten die Beteiligung von Organisationen am Eco-Management-Audit-Scheme (EMAS) fördern. Sie sollen dazu gemäß Art. 11 Abs. 2 EMAS-VO prüfen, wie die EMAS-Registrierung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens berücksichtigt werden kann.¹¹

II. Umweltaspekte im Vergabeverfahren

Ungeachtet des wenig ergiebigen Wortlauts der einschlägigen Rechtsvorschriften bietet das geltende Gemeinschaftsrecht ausweislich der jüngeren Rechtsprechung des EuGH und der Interpretierenden Mitteilung der Kommission vom 4.7.2001 (KOM (2001) 274) bereits erhebliche Möglichkeiten, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gemeinschaftsrechtskonform Umweltauswirkungen zu berücksichtigen. Dies gilt jedenfalls insoweit, als an Produkteigenschaften oder die Produktionsweise der zu beschaffenden Produkte angeknüpft wird. Gleiches gilt für das nationale Vergaberecht. In den „Handreichungen“ in Teil 2 des Forschungsberichts werden einige praxisrelevante Kriterien für die Beschaffung von IT-Geräten, Kopierern und Druckern aufgelistet und im Einzelnen dargestellt. Die „Handreichungen“ und das vorliegende Juristische Gutachten sollen zeigen, welche Kriterien in der Ausschreibung verwendet werden können und welche Aspekte in der Praxis zu beachten sind, wenn die Vergabestellen von den sehr umfangreichen Berücksichtigungsmöglichkeiten Gebrauch machen wollen.

Nicht ganz so eindeutig ist die Rechtslage in den Fällen, in denen kein unmittelbarer Bezug zwischen Umweltkriterium und Auftragsgegenstand gegeben ist. So setzt beispielsweise eine Registrierung nach EMAS – wenn überhaupt – nur zu einem Teil bei den Produkten oder der Produktionsweise des jeweiligen Produkts an. Sie nimmt in erster Linie die Organisation als solche und dabei einzelne Standorte ins Auge. Dies kann theoretisch dazu führen, dass bei gleicher umweltbezogener Produktqualität und Produktionsweise andere Qualitäten eines Bieters, die mit seinem Betrieb, aber

⁹ KOM (2001) 274 vom 04.07.2001

¹⁰ KOM (2003) 302 vom 18.06.2003.

¹¹ Der 15. Erwägungsgrund der EMAS-VO sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Anreize schaffen könnten, um Organisationen zu ermutigen, sich an EMAS zu beteiligen. Die Bevorzugung von Bietern, die über eine EMAS-Registrierung verfügen, wäre ein effektiver Anreiz für Unternehmen, sich an EMAS zu beteiligen.

nicht mit dem konkreten Produkt im Zusammenhang stehen, den Ausschlag geben können. Es ist daher zu klären, ob und wie weit ein solcher "produktferner" Ansatz mit vergaberechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

Im Folgenden werden die vier Ebenen, auf denen im Vergabeverfahren Auswahlentscheidungen getroffen werden, betrachtet, und zwar die

- Leistungsbeschreibung,
- Bieterauswahl,
- Zuschlagserteilung,
- sog. "zusätzliche Bedingungen" (oder: "Bedingungen der Auftragsausführung") i.S.d. *Beentjes*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Die Aufteilung des Vergabeverfahrens in diese vier Stufen hat sich – auch im Anschluss an die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht – soweit ersichtlich allgemein durchgesetzt, auch wenn die genaue Bezeichnung der vierten Kategorie ("zusätzliche Bedingungen") teilweise umstritten ist.¹²

1 Leistungsbeschreibung / Technische Spezifikationen

Die Vergabestellen sind grundsätzlich frei, den Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung zu definieren. Die zu beschaffende Leistung ist hinreichend genau zu beschreiben (§§ 8, 8 a VOL/A; §§ 9, 9a VOB/A, Art. 14 RL 92/15, Art. 8 RL 93/36 oder Art. 10 RL 93/37), damit gemeinschaftsweit potenzielle Bieter sich darauf einstellen können und der Auftraggeber eine nachvollziehbare Wertung der eingehenden Angebote vornehmen kann.

1.1 Auftragsbezogene Umweltkriterien

Die Vergabestelle darf ein Produkt / eine Leistung mit bestimmten – umweltfreundlichen – Eigenschaften zum Gegenstand des Vergabeverfahrens machen. Alle Produkte / Leistungen, die diese Umweltkriterien nicht erfüllen, sind damit *per se* vom Verfahren ausgeschlossen.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Interpretierenden Mitteilung vom 04.07.2001 zu dieser Frage Stellung genommen.¹³ Nach Ansicht der Kommission kann ein bestimmter zu verwendender Grundstoff oder ein Ausgangsmaterial (wiederverwertetes Glas, Fensterrahmen aus einem bestimmten Holz) als **technische Spezifikation** benannt werden. Es kann also unproblematisch auf umweltfreundliche Eigenschaften des Produkts abgestellt werden. Zu den Eigenschaften gehören auch

¹² Vgl. etwa zu der begrifflichen und systematischen Einordnung dieser "zusätzlichen Bedingungen" den Beitrag von Ziekow, VergabeR 2003, S. 1, 3, 5; u.a.

¹³ Interpretierende Mitteilung der Kommission vom 04.07.2001 (KOM (2001) 274) Ziff. II.1.1. bis II.1.4.

Energieverbrauch, Langlebigkeit, Verpackung, produktbezogene Konsumenteninformation, vgl. die beispielhaft erarbeiteten Kriterien für eine umweltschonende Beschaffung in den „Handreichungen“ in Teil 2 des Forschungsberichts.

Nach Ansicht der Kommission kann, sofern dadurch der Markt nicht bestimmten Unternehmen vorbehalten wird, auch eine bestimmte Produktionsweise in den technischen Spezifikationen vorgeschrieben werden.¹⁴ Das gilt auch in den Fällen, in denen sich die Unterschiede im Produktionsverfahren nicht in dem Produkt selber nachweisen lassen, sondern lediglich zur „Charakterisierung des Produktes beitragen, ohne in dem Endprodukt sichtbar zu werden“.¹⁵ Als Beispiele werden ausdrücklich der **„grüne Strom“** und **„organische Lebensmittel“** genannt, wobei bei letzteren ohnehin davon auszugehen ist, dass sich die Produktionsweise auch in Produkteigenschaften niederschlagen wird, weil z.B. wesentlich geringere oder keine Rückstände von Medikamenten im Fleisch zu finden sein werden.

In der Rechtsprechung des EuGH findet sich zur Frage der Berücksichtigungsmöglichkeit von Produktionsmethoden als technische Spezifikation keine ausdrückliche Festlegung.¹⁶ Der EuGH ist aber zuletzt in der Entscheidung „Wienstrom“ vom 04.12.2003 ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die umweltfreundliche Art und Weise der Stromerzeugung eine zulässige Beschreibung des Leistungsgegenstands i.S. einer technischen Spezifikation ist.¹⁷ Der Auftraggeber müsse allerdings sicherstellen, dass tatsächlich Strom aus regenerativen Quellen geliefert werde.¹⁸

Das Umweltbundesamt hat am 20.08.2003 die Lieferung von „elektrischer Energie aus erneuerbaren Energien (Ökostrom)“ für relevante Liegenschaften des Umweltministeriums europaweit ausgeschrieben.¹⁹

In den Entwürfen zu den Novellen der Vergaberichtlinien sollen – so der letzte Stand nach den Gemeinsamen Standpunkten von März 2003 und der zweiten Lesung des

¹⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 6 RL 92/50; Art. 8 Abs. 6 RL 93/36 und Art. 10 Abs. 6 RL 93/37, in denen jeweils das Verbot enthalten ist, über die Spezifikation einer bestimmten Produktion oder eines besonderen Verfahrens bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse zu bevorzugen oder auszuschließen. Hier ist nicht jede Ungleichbehandlung von Bietern verboten, sondern lediglich die gezielte Bevorzugung oder Benachteiligung eines Bieters unter dem Deckmantel der Leistungsbeschreibung, vgl. zuletzt EuGH v. 17.09.2002, Rs. 513/99, „Condordia“, Rz. 80, 83, in: NVwZ 2002, S. 1356. Der Gerichtshof hat in der Entscheidung „Concordia“ deutlich gemacht, dass von einer „verbotenen Willkür“ nicht bereits dann gesprochen werden kann, sobald das Kriterienraster in der Ausschreibung dazu führt, dass nur wenige (u.U. nur ein) Bieter im Verfahren bleibt. Unzulässig ist nur eine Ausschreibung, die gezielt benachteiligt / privilegiert. Entscheidend ist demnach nicht die diskriminierende Wirkung einer Maßnahme, sondern die diskriminierende Absicht der Maßnahme. Das gilt – zutreffend – auch für das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV und die Grundfreiheiten. Denn solange eine diskriminierende Absicht nicht nachgewiesen werden kann, ist unschädlich, wenn der einzige verbliebene Bieter ein einheimischer Anbieter ist (vgl. Rößner/Schalast, NJW 2003, S. 2361, 2363). Zur Frage der Leistungsbeschreibung unter Hinweis auf bestimmte Erzeugnisse vgl. auch EuGH v. 24.01.1995, Rs. C-359/93, „UNIX“, Rz. 23 ff.

¹⁵ Interpretierende Mitteilung der Kommission vom 04.07.2001, Ziff. II.1.2.

¹⁶ Grundsätzlich zu den Voraussetzungen, unter denen in der Leistungsbeschreibung ein bestimmtes Erzeugnis oder Verfahren zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht werden darf, äußert sich der Gerichtshof u.a. in der Entscheidung EuGH v. 24.01.1995, Rs. C-359/93, „UNIX“, Tz. 23 ff. Leitlinien sind der Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung aller (potenziellen) Bieter.

¹⁷ EuGH v. 04.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Tz. 34, 40 – 43, 72; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Mischo in der Sache „Wienstrom“ vom 27.02.2003, Tz. 45 bis 48.

aber unter : www.curia.eu.int.

¹⁸ EuGH v. 04.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Tz. 49 – 51. Der EuGH behandelt diesen Punkt allerdings nicht im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung, sondern bei den Zuschlagskriterien i.e.S.

¹⁹ Vgl. Presseerklärung des BMU vom 20.08.2003 und die Ausschreibung unter: www.ted.publications.eu.int (Nr. 2003 / S. 158 – 144668). Als Leistungsmerkmal ist dort neben Lieferumfang und –zeitraum lediglich die Erzeugung aus erneuerbaren Energiequellen angegeben. Als Zuschlagskriterium wird neben dem Preis als gleichrangiges Kriterium auf die Höhe der CO₂-Minderung im Lieferzeitraum verwiesen.

Europäischen Parlamentes vom 02.07.2003 – sowohl Produkteigenschaften als auch die Produktionsweise ausdrücklich als Elemente der Leistungsbeschreibung zugelassen werden, vgl. Art. 23 Abs. 3 lit b klassische Richtlinie und Art. 34 Abs. 3 lit b Sektorenrichtlinie. In beiden Fällen wäre damit klargestellt, dass Leistungs- oder Funktionsanforderungen auch Produktionsmethoden umfassen können. Diese Änderungen werden nicht als vollständige Neuerung, sondern als Festschreibung des geltenden Rechts angesehen.

1.2 Umweltkennzeichen („Öko-Label“)

Die geltenden Vergaberichtlinien äußern sich nicht zu der Verwendbarkeit von Umweltkennzeichen als technische Spezifikation. Der Europäische Gerichtshof hat sich soweit ersichtlich zu der Frage der Berücksichtigung von Umweltkennzeichen bei der Vergabe noch nicht geäußert.²⁰

Nach geltendem Recht steht der Verendung eines Umweltkennzeichens als technische Spezifikation im Rahmen der Leistungsbeschreibung nichts im Wege, wenn das Umweltkennzeichen an Produkteigenschaften oder die Produktionsweise gerade des Beschaffungsgegenstandes anknüpft.²¹ So vertritt insbesondere auch die Kommission in der Interpretierenden Mitteilung die Ansicht, dass die Möglichkeit einer Spezifikation mit Hilfe von Umweltzeichen besteht.²² Voraussetzung dafür ist weiterhin, dass diese Umweltzeichen im Einklang mit den Verfahrensvorschriften der entsprechenden EG-Verordnungen getroffen werden und Transparenz und Offenheit für alle interessierten Erzeuger/Anbieter gewährleisten. Die Vergabe des Umweltkennzeichens muss nach einem geregelten und wissenschaftlich abgesicherten System erfolgen, eine versteckte Diskriminierung muss ausgeschlossen sein. Jedes Kennzeichen muss über einen nachvollziehbaren Kriterienkatalog definiert werden, der es Bietern, die das Umweltkennzeichen nicht führen, erlaubt, den Nachweis der Einhaltung dieser Spezifikationen zu führen. Für Label wie das Europäische Umweltzeichen („Blume“), den deutschen „Blauen Engel“ oder vergleichbare Zeichen aus anderen Mitgliedstaaten („Nordic Swan“ u.a.) kann davon ausgegangen werden, dass diese Anforderungen erfüllt sind.

Die Berücksichtigung eines Umweltkennzeichens ist bei Einhaltung der oben genannten Bedingungen also bereits nach den heute geltenden Art 14 RL 92/50, Art. 8 RL 93/36 und Art. 10 RL 93/37 zulässig.

Die revidierten Vergaberichtlinien in ihrer derzeit vorliegenden Fassung bestätigen diese Möglichkeit. In Art. 23 Abs. 6 klassische Richtlinie und Art. 34 Abs. 6 Sektorenrichtlinie ist die Berücksichtigung von Umweltzeichen ausdrücklich vorgesehen. Die

²⁰ Die Entscheidung EuGH v. 12.12.2002, Rs. C-281/01, „Energy Star“, befasst sich zwar thematisch mit der Umweltentlastungs- und Lenkungswirkung von Umweltzeichen und spricht auch die nationalen Umweltzeichen an (Tz. 31, 47). Aussagen zur Zulässigkeit im Vergabeverfahren finden sich aber nicht. Gleiches gilt für Verfahren zu nationalen oder regionalen Gütezeichen (Rs. C-6/02 „Salaison d'Auvergne et al.“; Rs. C-325/00 „CMA-Gütesiegel“) und deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.

²¹ Kennzeichen, die nicht an Produkteigenschaften oder Produktionsmethoden anknüpfen, sondern das Verhalten des Bieters bewerten (Umweltmanagementsysteme / Umweltaudit / Betriebsorganisation / Teilnahme an Umweltschutzprogrammen o.ä.), kommen daher auf Ebene der Leistungsbeschreibung nicht in Betracht, s.u. Punkt II.1.d).

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, KOM (2001) 274, vom 04.07.2001, dort unter Punkt II.1.3.

Umweltzeichen können vom Auftraggeber als Nachweis für die verlangten technischen umweltbezogenen Spezifikationen akzeptiert werden. Der Auftraggeber kann durch Bezugnahme auf ein bestimmtes Umweltkennzeichen die in dem Zeichen festgelegten Spezifikationen ganz oder teilweise als Leistungs- und Funktionsbeschreibung übernehmen.

Der Auftraggeber ist aber verpflichtet, jedes andere Beweismittel zu akzeptieren, mit dem der Bieter nachweisen will, dass auch seine Leistung den Spezifikationen genügt. Die Leistungsbeschreibung sollte also neben dem Verweis auf das jeweilige Zeichen stets eine **Gleichwertigkeitsklausel** vorsehen: „**Dem Bieter steht es frei, durch andere geeignete Mittel den Nachweis zu erbringen, dass seine Leistung die technischen Spezifikationen erfüllt und in Bezug auf die im Umweltkennzeichen definierten Anforderungen an die Umweltfreundlichkeit zumindest gleichwertig ist**“. Der Bieter muss die Möglichkeit erhalten, diese Anforderungen des Kennzeichens im Einzelnen einsehen zu können. Die Ausschreibungsunterlagen sollten auf entsprechende Quellen verweisen.

Für die Vergabepraxis bedeutet das: Um die Nachfrage nach umweltfreundlichen Produkten einfacher zu gestalten, kann im Rahmen der Leistungsbeschreibung auf Umweltkennzeichen auf nationaler und europäischer Ebene als technische Spezifikation Bezug genommen werden. Die Ausschreibung sollte eine Gleichwertigkeitsklausel enthalten. Die Vergabestelle kann zwischen allen Zeichen, die die oben genannten Anforderungen an Offenheit, Transparenz und Wissenschaftlichkeit erfüllen, frei wählen.²³

Ablauftechnisch problematisch ist die rechtlich unvermeidliche Möglichkeit einzelner Bieter, die Einhaltung der durch das Umweltkennzeichen geforderten Kriterien durch entsprechende gleichwertige Nachweise zu beweisen. Die Vergabestellen werden vor dem Problem stehen, dass das „freihändige Beweisangebot“ eines (An-) Bieters auf seine Gleichrangigkeit mit dem ausgeschriebenen Umweltkennzeichen überprüft werden muss. Das könnte im Einzelfall zu einem erheblichen Aufwand führen. Andererseits sollte dieses theoretische Problem nicht überbewertet werden, weil Bieter nur in Ausnahmefällen für einen Auftrag die erheblichen Mühen und Kosten auf sich nehmen wird, um die Gleichwertigkeit ihres Produkt nachzuweisen. Denn mit diesem Aufwand würden sie sogleich die Berechtigung zur Führung des Umweltkennzeichens gegenüber der zuständigen Stelle begründen können, was i.d.R. dazu führen wird, dass sich ein Bieter dann, wenn er den Nachweis führen will, sogleich die Berechtigung zum Führen des Umweltkennzeichens verschaffen wird.

1.3 Lebensweg-Ansatz („Life-Cycle-Assessment“)

Im Rahmen der Leistungsbeschreibung/Spezifikation kann bei der praktischen Umsetzung die Überlegung von Bedeutung sein, ob auf sog. Life-Cycle-Ansätze Bezug genommen werden darf und soll. Die Kommission führt in der Interpretierenden Mitteilung von 2001 aus, dass ein solcher Ansatz über Life-Cycle-Bewertungen im

²³ Selbst falls einheimische Umwelt(kenn)zeichen in der Praxis vorrangig von einheimischen Bietern genutzt werden, steht das der Verwendung in der Leistungsbeschreibung solange nicht entgegen, als nicht weitere Besonderheiten in der Ausschreibung den Verdacht nahelegen, dass über die Wahl des Umwelt(kenn)zeichens gezielt die heimische Produktion protegirt werden soll. Die Beweislast hierfür trägt der unterlegene Bieter, vgl. EuGH v. 17.09.2002, Rs. 513/99, „Concordia“, Tz. 80, 83, in: NVwZ 2002, S. 1356.

Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig ist.²⁴ In der Rechtsprechung des EuGH finden sich entgegenstehenden Hinweise nicht.²⁵

Je nach dem gewählten Ansatz können diese Life-Cycle-Bewertungen zu stark abweichenden Beurteilungen der (relativen) Umweltfreundlichkeit von Produkten führen. Der von der Vergabestelle gewählte Ansatz muss daher in der Spezifikation unmissverständlich benannt werden. Soweit möglich sollte auf bereits bekannte Ansätze zurückgegriffen werden.

Eine solche Leistungsbeschreibung unter Einschluss von Life-Cycle-Bewertungen ist ein anspruchsvolles Vorhaben, hat aber zugleich eine hohe Signalfunktion und ein hohes Umweltentlastungspotenzial. Auf europäischer Ebene wird derzeit die Gewinnung von Daten zu Produktlebenszyklen über Forschungsvorhaben gefördert mit dem Ziel, unter Zuhilfenahme von umwelttechnischem Sachverstand für einzelne Produkte standardisierte Life-Cycle-Verfahren zu entwickeln. In ihrer Mitteilung zur Integrierten Produktpolitik vom 18.06.2003 fordert die Kommission etwa das Instrument der Lebenszyklusanalyse ausdrücklich als Mittel der Umwelt- und Verbraucherpolitik.²⁶ Einzelne Umweltzeichen berücksichtigen bereits Lebenswegdaten.²⁷

Im Rahmen einer Life-Cycle-Bewertung kann die Umweltbelastung durch den Transport von Produkten und damit die Frage der „Bevorzugung von Regionalprodukten“ quantifiziert und zum Teil der Leistungsbeschreibung gemacht werden. Die möglichst weitgehende europaweite Mobilität von Produkten wird zumindest von der EU-Kommission als elementare Zielvorgabe der Binnenmarktpolitik gesehen (Art. 28 EGV). Diese Mobilität durch eine Präferenzregelung für Regionalprodukte einschränken zu wollen, könnte vordergründig zu Konflikten mit den Regelungen des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt führen.²⁸ Im Ergebnis müsste eine solche Präferenzregelung aber jedenfalls dann zulässig sein, wenn sie von geographischen Regionen ausgeht, die sich nicht an den mitgliedstaatlichen Grenzen orientieren, sondern grenzüberschreitend Einzugsgebiete definieren, für die sich ein sinnvoller „umweltfreundlicher“ Transportradius ermitteln lässt.²⁹

²⁴ Interpretierende Mitteilung der Kommission vom 04.07.2001, Ziff. II. 1.3.; in Ziff. II. 3.2. wird die Life-Cycle-Bewertung im Zusammenhang mit der Ermittlung des günstigsten Angebots ein weiteres Mal angesprochen.

²⁵ EuGH-Entscheidungen zu der Frage der Zulässigkeit und rechtlichen Relevanz von Life-Cycle-Bewertungen gibt es soweit ersichtlich nicht. Im Verfahren C-246/99 („Dänisches Mehrwegsystem“) hat sich Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer zurückhaltend zu der rechtlichen Relevanz von Life-Cycle-Bewertungen geäußert (Tz. 38). In den Schlussanträgen des Verfahrens C-314/01 („Siemens/ARGE Telekom“) ist im Zusammenhang mit einer Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren der „Lebenszyklus“ des Produkts angesprochen (Tz. 20, 29), allerdings nicht in einem umweltrelevanten Kontext.

²⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament v. 18.06.2003 „Integrierte Produktpolitik – Auf den ökologischen Lebenszyklus-Ansatz aufbauen“, KOM (2003) 302 endg., S. 5, 11 f.

²⁷ Etwa das Europäische Umweltzeichen, vgl. Mitteilung Integrierte Produktpolitik v. 18.06.2003, S. 15.

²⁸ Vgl. dazu auch die Ergebnisse des UBA-Forschungsvorhabens „Staatliche Werbung für Regionalprodukte und Art. 28 EGV“ (FKZ 202 18 149).

²⁹ Darüber hinaus ist es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Einzelfall zulässig, im Interesse des Umwelt- und Klimaschutzes auch solche Maßnahmen zu ergreifen, die zwischen einheimischen und ausländischen Produkten unterscheiden, vgl. EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, „PreussenElektra“, in: NVwZ 2001, S. 665; EuGH v. 09.07.1992, Rs. C-2/91, „Wallonische Abfälle“, zuletzt auch EuGH v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, „Schmidberger“, Tz. 66; *Gebauer/Wollenteit/Hack*, ZNER 2001, S. 12, 16 f.; *Schima*, NZBAU 2002, S. 1, 6; *Bun- genberg/Nowak*, ZUR 2003, S. 10, 11; vgl. zuletzt aber EuGH v. 18.09.2003, Rs. C-416/00, „Morellato“, Tz. 23, 37, 40.

1.4 Nicht-auftragsbezogene Umweltkriterien

Die Aufnahme von bieterbezogenen Eigenschaften in die Leistungsbeschreibung ist nicht möglich. Damit kommt beispielsweise eine Berücksichtigung der Teilnahme eines Unternehmens an einem (validierten und ggf. mit einer Registrierung verbundenen) Umweltmanagement-Programm auf der Ebene der Leistungsbeschreibung nicht in Betracht. Zwar könnte die Ausschreibung einer „Leistung durch ein registriertes Unternehmen“ aus Sicht einer umweltfreundlichen Beschaffung durchaus quantifizierbare Umweltentlastungseffekte bewirken und zugleich die Umweltmanagement-Programme fördern. Ein praktisch wichtiges Beispiel ist das europäische Eco-Management-Audit-Scheme (EMAS). Vorstellbar wäre etwa, die Umweltentlastung durch das optimierte Umweltmanagement eines Unternehmens anteilig auf die einzelnen Produkte / Leistungen herunterzurechnen.

Im Ergebnis ist die Ebene der Leistungsbeschreibung / Spezifikation aber nicht der geeignete Anknüpfungspunkt für Umweltmanagementsysteme wie EMAS als Kriterium im Vergabeverfahren. Die Leistungsbeschreibung dient allein der Beschreibung des Leistungsgegenstands. Bereits sprachlich und begrifflich passt die Frage nach dem Umweltverhalten des Unternehmers nicht zu der Beschreibung des Leistungsgegenstands. Sie ist klar der Person des Bieters – und zwar unabhängig von der jeweiligen Leistung – zugeordnet. Die Leistungsbeschreibung soll Klarheit und Berechenbarkeit für die potenziellen Bieter sicherstellen und ist damit Ausdruck des Publizitätsgrundsatzes (Transparenz). Diese Funktion im Vergabeverfahren würde beeinträchtigt, wenn die Beschreibung des Leistungsgegenstands durch Einbeziehung der Frage nach der EMAS-Registrierung oder nach anderen bieterbezogenen Merkmalen erweitert würde.

2 Bieterauswahl/Eignung

Die geltenden nationalen und europäischen Vorschriften zu den Eignungskriterien (§§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A; § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A; § 97 Abs. 4 GWB; Art. 24 - 29 RL 93/37 oder Art. 20-25 RL 93/36, Art. 29 ff. RL 52/50) äußern sich zu umweltrelevanten Merkmalen nicht.

Allerdings besteht in allen Richtlinien die Möglichkeit, solche Bieter auszuschließen, die für Umweltvergehen nach nationalem Recht rechtskräftig bestraft worden sind, vgl. etwa den Art. 29 Abs. 1 lit b der Richtlinie 92/50/EWG. Voraussetzung ist, dass durch dieses Vergehen die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt wurde, was bei Umweltvergehen regelmäßig angenommen werden kann. Die Vergabestellen können durch entsprechende Formulierungen in Ausschreibungen deutlich machen, dass dieser enge Zusammenhang zwischen der „Umweltzuverlässigkeit“ und der für den jeweiligen Auftrag relevanten beruflichen Zuverlässigkeit im Einzelfall besteht.

2.1 Grundsatz: Abschließende Liste der zulässigen Eignungskriterien

In der Rechtsprechung gibt es bislang keine Hinweise darauf, dass Umweltbelange auf Ebene der Bieterauswahl berücksichtigungsfähig sein sollen. Im Gegenteil hat der Gerichtshof in der Entscheidung „Beentjes“ deutlich gemacht, dass die Liste der den Richtlinien benannten Ausschlussgründe abschließend sein soll.³⁰ Auch in der Entscheidung „Nord-Pas-De-Calais“ hat der Gerichtshof diese Position in der Sache bestätigt, obwohl er in der Terminologie unklar bleibt.³¹ Hier findet sich der Europäische Gerichtshof in Übereinstimmung mit den deutschen Gerichten, die ebenfalls eine sehr restriktive Tendenz aufweisen, was die Erweiterung der abschließenden Listen der Eignungskriterien angeht.³²

Im Übrigen gilt: Selbst falls europarechtlich noch Interpretationsmöglichkeiten zugunsten einer Berücksichtigung von bieterbezogenen Umwelteigenschaften als Eignungskriterium bestünden, so wäre diese Option nach deutschem Recht jedenfalls derzeit für Aufträge mit einem Wert oberhalb der Schwellenwerte ausgeschlossen.

Denn § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB schreibt ausdrücklich vor, dass an den Auftragnehmer andere oder weitergehende als die im ersten Halbsatz genannten Anforderungen nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Ohne weiteres kann aber bei der Frage nach der Zuverlässigkeit eines Anbieters berücksichtigt werden, dass dieser wegen Verstößen gegen umweltschützende Vorschriften verurteilt worden ist.

2.2 Ausnahme: Teilnahme an einem Umweltmanagementsystem (z.B. EMAS) als Nachweis der umweltrelevanten Leistungsfähigkeit bei der Ausschreibung von umweltrelevanten Dienstleistungen

Anerkannt ist, dass in bestimmten Fällen die Vergabestellen der Mitgliedstaaten zusätzliche Leistungsfähigkeitsmerkmale abfordern können, die über die Eignungskriterien der Richtlinien hinausgehen.³³ Transparente und wettbewerbsneutrale Kriterien sollen daher auch als Ausschlussgründe zulässig sein.³⁴ Es ist deshalb möglich, eine EMAS-Registrierung oder die Teilnahme an einem anderen vergleichbaren Umweltmanagementprogramm als Eignungsnachweis in solchen Vergabeverfahren zu verwenden, deren Auftragsgegenstand eine besondere umweltbezogene Sachkunde

³⁰ EuGH v. 20.09.1988, Rs. 31/87, „Beentjes“, Tz. 28, in: NVwZ 1990, 353.

³¹ EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-225/98, „Nord-Pas-de-Calais“, Tz. 50 f., 52, in: NJW 2000, S. 3629 ff.

³² OLG Schleswig v. 06.11.2001, VergabeR 2002, S. 316; OLG Düsseldorf v. 21.01.2001, VergabeR 2002, S. 282.

³³ Strittig, vgl. Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Rn. 111 zu § 97 GWB m.w.N.

³⁴ Vgl. Rust, EuZW 1999, 453; Arrowsmith, European Law Review 1993, S. 342.

verlangt.³⁵ Der Nachweis der Teilnahme an dem Programm könnte dann (ein) Leistungsnachweis i.S.d Eignungskriterien sein.

Diese Möglichkeit wird in der Literatur und ausdrücklich auch von der Europäischen Kommission in der Interpretierenden Mitteilung vom 04.07.2001 vorgeschlagen.³⁶ Als Beispiel benennt die Kommission Dienstleistungen im Bereich der **Abfallentsorgung**. Als weitere Anwendungsfälle können unseres Erachtens benannt werden: **Transportdienstleistungen, Reinigungs- und Wartungsdienstleistungen und ganz grundsätzlich komplexere Dienstleistungen mit einer gewissen Umweltrelevanz**. An einem Bezug zu EMAS oder anderen Umweltmanagementsystemen fehlt es dagegen wohl bei einfach strukturierten Dienstleistungen oder bei Lieferverträgen.³⁷ Die genaue Grenzziehung bleibt der Klärung durch den Gerichtshof vorbehalten.

Die im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Richtlinienentwürfe sehen – ohne weitere Erläuterung begrenzt auf Bau- und Dienstleistungsaufträge – die Möglichkeit vor, EMAS oder andere Umweltmanagementmaßnahmen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit heranzuziehen, vgl. etwa Art. 48 Abs. 2 lit. f. i.V.m. Art. 50 des Entwurfs der Koordinierungsrichtlinie öffentliche Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, zuletzt Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 20.03.2003 (Dok: 11029/3/02). Auf den Bezug zum Auftragsgegenstand soll laut Art. 48 Abs. 2 lit. f. offenbar nicht verzichtet werden, weil verlangt wird anzugeben, welche Umweltmanagementmaßnahmen bei der Auftragsausführung angewendet werden sollen. In der Praxis kann diese Verpflichtung zu einem weiteren (u.E. unnötigen) Arbeitsschritt für die Vergabestelle führen. Es ist auch unklar, welche Bedeutung eine – umfassende – EMAS-Registrierung dann noch haben soll und wie der Zuschnitt des jeweiligen Umweltmanagementsystems auf den Auftragsgegenstand beurteilt und ggf. nachgewiesen werden kann. Eine Klarstellung in den neuen Richtlinien wäre wünschenswert, die Abgrenzung im Einzelfall wird aber auch nach einer Neuregelung voraussichtlich fallweise durch die Gerichte erfolgen müssen.

3 Zuschlagskriterien

Die dritte, sehr komplexe Ebene des Vergabeverfahrens ist die Zuschlagsentscheidung. Der Zuschlag soll gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A und § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A auf das **Angebot** erteilt werden, **das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste** erscheint. § 97 Abs. 5 GWB schreibt vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Art. 36 Abs. 1 a) RL 92/50 sieht vor, dass der Auftraggeber dann, wenn er den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot und nicht ausschließlich auf das mit dem niedrigsten Preis erteilen will, verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien wie z.B. Qualität, technischen Wert,

³⁵ Art. 33 RL 92/50 sieht etwa vor, dass für die Erbringung des Nachweises der Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungen auf normierte Qualitätssicherungssysteme zurückgegriffen werden darf. Hier könnte ein Ansatzpunkt auch für Umweltmanagement bzw. Umwelt-Audit-Programme gesehen werden. Entsprechende Ansätze finden sich demnach auch in den derzeit verhandelten Novellen (Art. 48 Abs. 2 lit f i.V.m.Art. 50 klassische Richtlinie; Art 52 Abs. 3 Sektorenrichtlinie).

³⁶ Fischer/Barth, NVwZ 2002, S. 1187; Interpretierende Mitteilung der Kommission vom 04.07.2001, Ziff.

2.2.2.

³⁷ Das bedeutet, dass beispielsweise EMAS zumindest als Leistungs- / Eignungsnachweis für den Bereich der produzierenden Industrie weitgehend ausfällt. In diesem Bereich ist aber die Dichte von EMAS-registrierten Unternehmen am höchsten.

Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder –frist, Preis anwendet. Ähnlich sind Art. 26 RL 93/36 und Art. 30 RL 93/37 formuliert.

3.1 Umwelteigenschaften sind zulässige Zuschlagskriterien (EuGH-Entscheidung „Concordia“ vom 17.09.2002)

Die Formulierung in den Verdingungsordnungen mit der Bezugnahme auf „alle Gesichtspunkte“ ist ebenso offen für nicht ausdrücklich genannte Kriterien wie die nur beispielhafte Aufzählung in den Vergaberichtlinien. Der § 97 Abs. 5 GWB, der nur vom wirtschaftlichsten Angebot spricht, kann nicht als Einschränkung interpretiert werden, weil er der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben der Vergaberichtlinien dient.

Auf europarechtlicher Ebene hat der Gerichtshof aus dieser Offenheit der Formulierung in der Entscheidung „Concordia“ vom 17.09.2002 (Rs. C 513/99) die Folgerung gezogen, dass umweltbezogene Kriterien zulässigerweise in die Zuschlagsentscheidung einbezogen werden dürfen.³⁸ Dass in Art. 36 der Richtlinie 92/50 und in Art. 34 der Richtlinie 93/38/EWG (Sektoren) die Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien nicht erscheinen, spielt für den EuGH keine Rolle. Er begründet die Zulässigkeit von Umwelteigenschaften als Kriterium wie folgt:

- Die Liste der Zuschlagskriterien sei nicht abschließend. Die Kriterien müssten im Übrigen nicht zwangsläufig „rein wirtschaftlicher Art“ sein, wie bereits das Kriterium „Ästhetik“ zeige (Textziffer (Tz.) 54 f. des Urteils).
- Bereits wegen Art. 6 EGV (Umweltschutzauftrag der Gemeinschaft) könne die Einbeziehung der Umweltschutzkriterien nicht durch die Richtlinienbestimmungen ausgeschlossen sein (Tz. 57).
- Eine Grenze ergebe sich nur, wenn bei der Vergabe der Auftraggeber eine „uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit“ eingeräumt werde. Eine solche Verletzung sei nicht gegeben. Die Publizität werde gewahrt (Tz. 62). Das Diskriminierungsverbot als wesentlicher Grundsatz des Gemeinschaftsrechts werde beachtet (Tz. 64, 68 ff.). Dabei sei unschädlich, dass nur sehr wenige Unternehmen die ausgeschriebene Leistung erbringen können (Tz. 83). Ein Verstoß läge nur vor, wenn die besonderen Umstände des Falls nahe legen, dass die Kriterien gezielt ein Unternehmen begünstigen sollten und keinen Zusammenhang zum Leistungsgegenstand haben (Tz. 80, 83, 85).

Grundvoraussetzung ist, dass die **Kriterien und deren Gewichtung jeweils im Vorfeld klar und unmissverständlich bekannt gemacht werden** und jeder Bieter sich darauf einstellen kann. In der Ausschreibung wird also regelmäßig ein Raster aller relevanten Kriterien benannt sein, einschließlich des Punktesystems oder sonstigen

³⁸ EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Concordia“, Tz. 69, 85 f., in: NVwZ 2002, S. 1356. Der Generalanwalt Mischio hatte in den Schlussanträgen zu der Sache „Concordia“ erwogen, das Kriterium der Auftragsbezogenheit gänzlich fallen zu lassen (Rz. 111), vgl. auch Bungenberg, NVwZ 2003, S. 314, 316. Soweit wollte der EuGH nicht gehen.

Systems, nach dem die Kriterien jeweils untereinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen. Musterausschreibungen für bestimmte Produkt- oder Dienstleistungsgruppen können hier den Verwaltungsaufwand für die Vergabestellen erheblich senken. Für die Produktgruppen IT-Geräte, Drucker und Kopierer finden sich in Teil 2 des Forschungsberichts in den „Handreichungen“ Beispiele für solche Raster.

3.2 Auftragsbezogene Umwelteigenschaften

Die Bandbreite der einsetzbaren Umweltkriterien wird in einer weiteren Hinsicht schon durch den Wortlaut der Vergaberichtlinien beschränkt. Art. 36 der Richtlinie 92/50 und die entsprechenden Vorschriften in den anderen Vergaberichtlinien sprechen von „auf den Auftrag bezogenen Kriterien“.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss *irgendein Zusammenhang* zwischen dem Umweltkriterium und dem Auftragsgegenstand bestehen.³⁹ Aus dem Wortlaut und dem Kontext der „Concordia“-Entscheidung ergibt sich, dass der EuGH diese Anforderungen nicht überspannen möchte. In den entscheidungstragenden Passagen spricht der EuGH nur von einem „Zusammenhang“ zwischen Kriterium und Auftragsgegenstand und nicht von einem „*unmittelbaren* Zusammenhang“. ⁴⁰ Die Formulierung der Kommission, die von einer „engen Verbindung“ und einem „unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers“ spricht,⁴¹ greift der EuGH nicht auf. In der bislang in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärten Frage, ob ein unmittelbarer oder nur ein mittelbarer Bezug zum Auftragsgegenstand gefordert ist oder ob noch strenger das Umweltkriterium durch den Auftragsgegenstand „gerechtfertigt“ sein müsse, scheint der EuGH sich gegen die beiden restriktiven Positionen entscheiden zu wollen. Dafür spricht auch, dass die „Spareffekte im medizinisch-sozialen Bereich“, die von Seiten der Stadt Helsinki als wirtschaftlicher Vorteil der umweltfreundlichen Transportdienstleistungen benannt werden (Tz. 46), vom EuGH ohne Weiteres als wirtschaftlicher Vorteil zum Nutzen des Auftraggebers akzeptiert werden.

Ein sinnvoller Zusammenhang zwischen Vergabekriterien und Auftragsgegenstand reicht demnach aus. Für Umweltkriterien als „physisch vermittelte Merkmale“ lässt sich regelmäßig ein solcher Zusammenhang finden, sobald die abgefragte Leistung eine Rückwirkung auf die Umwelt hat.⁴²

Zur Bestimmung dieser Grenze kann zunächst näherungsweise auf die Verkehrssanschauung eines für Umweltbelange offenen Verbrauchers abgestellt werden. Unproblematisch können daher beispielsweise der **Lärmpegel, der Verbrauch und das Abgasverhalten von Fahrzeugen** abgefragt werden, wenn es um **Transportdienstleistungen** geht.

³⁹ EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Concordia“, Tz. 59, in: NVwZ 2002, S. 1356.

⁴⁰ EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Concordia“, Tz. 53 bis 69. Im Kontext der dritten Vorlagefrage (Diskriminierungsverbot) spricht der Gerichtshof allerdings von dem „unmittelbaren Zusammenhang der Kriterien mit dem Fuhrpark“ (Tz. 83). In der Entscheidung EuGH v. 04.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“ ist ebenfalls nur von einem „Zusammenhang“ zwischen Kriterium und Auftragsgegenstand die Rede (Tz. 33 f., 60).

⁴¹ EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Concordia“, Tz. 52: „Die Kriterien müssten (...) in enger Verbindung zum Gegenstand des betreffenden Auftrags stehen und einen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers enthalten“

⁴² Charro, CMLR 2003, S. 181, 190 f. „This [...] might lead to environmental criteria gaining greater weight than other secondary considerations – such as social or political – in public procurement, as ecological criteria will normally be closer to the nature of the product / service being provided.“

Dieser weiten Lesart hat sich nunmehr bewusst auch das Europäische Parlament angeschlossen, dass in zweiter Lesung der neuen Vergaberichtlinien am 02.07.2003 eine Formulierung vorschlägt, wonach die Kriterien zwar mit dem Auftragsgegenstand *verbunden* sein müssen, nicht mehr aber durch den Auftragsgegenstand *gerechtfertigt* sein müssen. Das Europäische Parlament verweist zur Begründung ausdrücklich auf die rechtliche Situation, die durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofes geschaffen sei und die nun nachvollzogen werden solle.⁴³

Umwelteigenschaften eines Produkts, d.h. **Materialien, Energieverbrauch, aber auch Verpackung, produktbezogene umweltrelevante Konsumenteninformation, Langlebigkeit** etc. weisen den erforderlichen Bezug zum Auftragsgegenstand unstreitig auf. Gleiches gilt grundsätzlich für eine umweltfreundliche Gewinnung oder Produktionsmethode. Die im Rahmen der „Handreichungen“ (Teil 2 des Forschungsberichts) beispielhaft erarbeiteten Kriterien für eine umweltschonende Beschaffung zeigen Möglichkeiten für die Verwendung solcher zulässigen umweltbezogenen Zuschlagskriterien auf.

In der Gesamtbewertung kann der Zuschlag also auch auf das etwas teurere Produkt erteilt werden, wenn dieses aufgrund der abgefragten Umwelteigenschaften vorzugswürdig ist.

3.3 Wirtschaftlichkeitsbegriff

In engem Zusammenhang zu der oben angesprochenen Frage des Zusammenhangs zwischen dem Zuschlagskriterium und dem Auftragsgegenstand steht die Frage, ob zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots i.S.d. Art. 36 Abs. 1 RL 92/50 nur auf den wirtschaftlichen Vorteil abgestellt werden darf, den das Angebot für den Auftraggeber (d.h. für die beschaffenden Behörde / Kommune) bietet, oder ob auch auf den (gesamt-) wirtschaftlichen Vorteil abgestellt werden darf, der sich für einen weiteren Kreis von Personen oder die Allgemeinheit ergibt, selbst wenn der Zuschlag für den Auftraggeber zunächst sogar teurer ist. In der Literatur wird hier etwa unterschieden zwischen der sogenannten mikroökonomischen Wirtschaftlichkeit und der makroökonomischen Wirtschaftlichkeit.⁴⁴

In den Richtlinienvorschriften selber finden sich zu dieser Frage keine Anhaltspunkte. Allerdings muss wohl davon ausgegangen werden, dass die Vergaberichtlinien aufgrund ihres Ursprungs im klassisch fiskalisch ausgerichteten Vergabewesen der Mitgliedsstaaten davon ausgehen, dass wirtschaftlich vorteilhaft nur bedeuten kann, dass der Auftraggeber selber einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Leistung ziehen wird.

In der Interpretierenden Mitteilung hat die Kommission unter Punkt II.3.1.-3.3. zu dieser Frage Stellung bezogen. Sie weist ausdrücklich darauf hin, dass bereits jetzt über die Definition des Leistungsgegenstandes und damit die Entscheidung für ein Produkt, dessen Eigenschaften in einer Life-Cycle-Analyse positiv umschrieben sind, die Möglichkeit besteht, in der Vergabenentscheidung die tatsächlichen Kosten eines

⁴³ Vgl. etwa die Begründung zum Änderungsantrag 50 zu Art. 55 Abs. 1 a des Richtlinien-Entwurfs zu Sektoren-Richtlinien (Dokument A5-0254/2003, Empfehlung für die zweite Lesung, Berichterstatter *Zappalà*) im Verfahren COD/2000/0117.

⁴⁴ *Steinberg*, EuZW 2002, S. 634, 635.

Produktes während seines Lebenszyklusses abzubilden und zu berücksichtigen. (Interpr. Mitteilung, II.3.1. a. E., 3.2.). Diese Kosten könnten dann auch bei der Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes in Ansatz gebracht werden.⁴⁵

Der Gerichtshof selber hat sich zur Frage des wirtschaftlichen Vorteils nicht direkt geäußert. Im Verfahren „Concordia“ hatte die Stadt Helsinki vorgetragen, dass mit der Entscheidung für umweltfreundliche Busse Einsparungen im Bereich der medizinisch-sozialen Versorgung der Bevölkerung erzielt würden, ohne diese Spareffekte im Einzelnen aufzuschlüsseln oder zu quantifizieren (Tz. 46). Das wurde vom Gerichtshof zumindest nicht moniert. Die Entscheidung wurde im Sinne der Stadt Helsinki gefällt. Dem Gerichtshof scheint in Textziffer 65 ein allgemeiner, an der Verkehrsauffassung orientierter Zusammenhang zwischen Kriterium und Auftragsgegenstand zur sinnvollen Steuerung des in den Richtlinien normierten Vergabeverfahrens auszureichen, ohne dass es auf eine wirtschaftliche quantifizierte Nachvollziehbarkeit dieses Zusammenhangs ankäme.

Im Übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass bereits die Aufnahme des Kriteriums „Ästhetik“ in die Liste der zulässigen Zuschlagskriterien in Art. 36 der RL 92/50 beweist, dass es auf einen quantifizierbaren wirtschaftlichen Vorteil, sei es für den Auftraggeber oder für die Allgemeinheit, nicht ankommen kann.⁴⁶ Denn im Falle der Ästhetik als Zuschlagskriterium wird sich ein solcher Vorteil regelmäßig ebenfalls nicht bemessen lassen.

Da positive Umwelteigenschaften – zumindest mittelfristig – in der Regel mit Entlastungseffekten verbunden sind, die sich positiv für die Allgemeinheit und den Staatshaushalt und die kommunalen Haushalte auswirken, ist mit einer Einschränkung in der Berücksichtigungsmöglichkeit unter diesem Gesichtspunkt in der Praxis nicht zu rechnen. Das gilt umso mehr, als über Art. 6 EGV und vergleichbare Regelungen auf nationaler Ebene (Art. 20 a GG) die Vergabestellen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten verpflichtet sind, im Sinne einer nachhaltigen Politik nicht einen kurzfristigen, sondern einen zumindest mittel- bis langfristigen Planungshorizont zur Grundlage ihrer Kalkulation zu machen.

⁴⁵ Noch weitergehend sieht die Kommission die Möglichkeit, die sogenannten externen Kosten., d.h. die Belastung der Allgemeinheit mit negativen Umweltauswirkungen, die von Herstellern, Vertreibern und Nutzern des Produktes nicht getragen werden, durch die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren internalisieren zu können (Interpr. Mitteilung II.3.3.). Das ist eine sehr weitgehende Position, die aber zunehmend auch in der Literatur geteilt wird (*Bungenberg*, NVwZ 2003, S. 314, 315 f.; *Bungenberg/Nowak*, ZUR 2003, S. 10, 14 f.; *Kaelble*, VergabeR 2002, S. 604, 605 f.; *Charro*, CMLR 2003, S. 179, 185; *Schneider*, DVBl. 2003, S. 1186, 1190). Es wird hier möglicherweise die Gefahr gesehen, dass die Zuschlagsentscheidung durch die Hereinnahme solcher teilweise nur schwer zu quantifizierbaren Kostenüberlegungen intransparent und nicht mehr nachvollziehbar wird. Dadurch sei Missbrauchsmöglichkeiten die Bahn bereitet. Diesen Bedenken kann in der Praxis durch eine sorgfältige Aufbereitung der Umweltkriterien im Vorfeld des Vergabeverfahrens begegnet werden. Über standardisierte, anerkannte und transparente Kriterienraster für bestimmte Produkt- oder Dienstleistungsgruppen (ggf. unter Einbeziehung von Life-Cycle-Ansätzen) lassen sich diese Umweltkosten oder „realen Kosten“ für das Vergabeverfahren handhabbar machen, ohne gleichzeitig zu Einbußen bei Transparenz und Gleichbehandlung zu führen.

⁴⁶ EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Concordia“. Tz. 55; *Steinberg*, EuZW 2002, S. 634, 635.

3.4 Nicht-auftragsbezogene Kriterien (z.B. die EMAS-Registrierung) können kein Zuschlagskriterium sein

Aus Sicht einer möglichst weitgehenden Berücksichtigung von Umweltbelangen im Vergaberecht und um beispielsweise dem Förderungsauftrag aus Art. 11 Abs. 2 EMAS-VO gerecht zu werden, böte die Berücksichtigung auch von bieterbezogenen Merkmalen als Zuschlagskriterium eine Reihe von Vorteilen. Umweltfreundliches Verhalten der Unternehmen zahlt sich für diese als Wettbewerbsvorteil im Vergabeverfahren aus. Es ergäbe sich ein hoher Anreiz, sich nach einem der Umweltmanagementsysteme registrieren zu lassen. Eine solche Registrierung könnte als Zuschlagskriterium sehr flexibel eingesetzt werden. Die Nicht-Teilnahme etwa an EMAS wäre kein absolutes Ausschlusskriterium. EMAS wäre lediglich ein Pluspunkt. Im Einzelfall könnten daher hocheffiziente Lösungen von nicht registrierten Bietern oder auch von Bietern ohne Umweltmanagement in der Ausschreibung weiter berücksichtigt werden.

Der Nachteil wäre – möglicherweise – ein Verlust an Transparenz und Nachvollziehbarkeit, bzw. höhere Sorgfaltsanforderungen an den Auftraggeber und ein entsprechend höheres Risiko. Der Auftraggeber müsste klar festlegen, welches Gewicht er den jeweiligen bieterbezogenen Umweltkriterien gibt. Im Falle der Umweltmanagementsysteme müsste er offenlegen, ob er die Registrierung nach einem bestimmten System verlangt und auf welche Einzelaspekte innerhalb dieses bevorzugten Systems er besonderen Wert legt, damit die Bieter ihr Umweltmanagement entsprechend ausrichten können und ggf. die Gleichwertigkeit nachweisen können.

Der Berücksichtigung beispielsweise einer EMAS-Registrierung als Zuschlagskriterium steht aber entgegen, dass in den geltenden (und geplanten) Vergaberichtlinien von „auf den jeweiligen Auftrag bezogenen Kriterien“ gesprochen wird und der EuGH im Fall „Concordia“ in Textziffer 59 – wie oben dargestellt – daraus ableitet, dass Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen müssen. Das ist bei bieterbezogenen Kriterien in der Regel nicht der Fall.

4 Zusätzliche Bedingungen

Mit seiner Entscheidung in dem Rechtsstreit „Beentjes/Niederlande“ Rs. 31/87, Urt. v. 20.9.1988 hat der EuGH „zusätzliche Bedingungen“ (Tz. 35), die zur Voraussetzung für eine Vergabeentscheidung gemacht werden, für zulässig erklärt (Tz. 20).⁴⁷ Er stellt ausdrücklich fest, dass diese zusätzlichen Bedingungen keine Eignungs- oder Zuschlagskriterien sind (Tz. 28). Die genaue Bezeichnung dieser vierten Kategorie ist teilweise umstritten.⁴⁸ Im folgenden soll mit dem Begriff „zusätzliche Bedingungen“ die vom EuGH selbst verwendete Bezeichnung benutzt werden.

Mit den „zusätzlichen Bedingungen“ **schafft der EuGH die Grundlage für eine „Politisierung des Beschaffungswesens“** außerhalb der Vergaberichtlinien.

⁴⁷ EuGH v. 20.09.2988, Rs. 37/88, „Beentjes“, in: NJW 1990, 353 f.

⁴⁸ Vgl. Ziekow, VergabeR 2003, S. 1, 3, 5; u.a.

Für den Großteil der Umwelteigenschaften, die in der Vergabepraxis von Bedeutung sind, spielt diese vierte Kategorie der “zusätzlichen Bedingungen” keine Rolle. Denn alle auftragsbezogenen Merkmale (Produkt- oder Produktionseigenschaften, Umweltrelevanz der zu erbringenden Dienstleistung) können auf Grundlage des geltenden deutschen und europäischen Rechts und innerhalb der Systematik der Vergaberichtlinien in der Ausschreibung voll berücksichtigt werden.

Die “zusätzlichen Bedingungen” sind lediglich für die Fälle von Bedeutung, in denen kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Umweltkriterium und dem Auftragsgegenstand besteht. In der Praxis betrifft das die **“bieterbezogenen Kriterien”**, insbesondere die Teilnahme von Bietern an Umweltmanagement- oder Klimaschutzprogrammen. Umweltpolitisch gesehen mag ein daran teilnehmender Bieter vorzugswürdig sein, weil die Gesamtheit der umweltbeeinträchtigenden Auswirkungen seiner Tätigkeit geringer als die anderer Bieter ist. Bezogen auf den Ausschreibungsgegenstand muss das aber nicht bedeuten, dass dieser Bieter die unter Umweltgesichtspunkten optimalste Lösung anbietet.

Die Zulässigkeit des Einsatzes “zusätzlicher Bedingungen” in einer Ausschreibung soll im folgenden am Beispiel der EMAS-Registrierung dargestellt werden.

4.1 Beschränkung der Vergaberichtlinien auf prozedurale Fragen (“Beentjes”)

Begründet wird die Zulassung dieser vierten Kategorie der “zusätzlichen Bedingungen” in der Entscheidung “Beentjes” damit, dass die maßgebliche Vergaberichtlinie “kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern dass es den Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Verbote, die aus den vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen, unbenommen bleibt, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen” (Tz. 20).⁴⁹

In Textziffer 17 der Entscheidung “Beentjes” wird ausdrücklich betont, dass die Vorschriften der Vergaberichtlinie “nicht darauf abzielen, die Mitgliedstaaten in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens dargetan werden kann”. Die Vergaberichtlinien haben also einen primär prozeduralen Ansatz, nicht aber einen auf die Inhalte gerichteten.

Die Vergaberichtlinien sind keine Rechtsakte auf dem Gebiet der Umwelt-, Klima- oder Sozialpolitik der Gemeinschaft. Sie sind auf Rechtsgrundlagen gestützt, die die Verwirklichung des Binnenmarktes ermöglichen sollen (damalige Art. 57 Abs. 2, Art. 66 und Art. 100 EGV, jetzt entsprechend Art. 47 Abs. 2, Art. 55 und Art. 95 EGV).

⁴⁹ EuGH v. 20.09.2008, Rs. 37/88, “Beentjes”, Tz. 20, in: NJW 1990, 353 f.

In den Erwägungsgründen der Richtlinie 92/50/EWG (Dienstleistungen) heißt es etwa unter Hinweis auf die „Notwendigkeit der Verwirklichung des Binnenmarktes“:

“Es müssen Maßnahmen getroffen werden, um bis zum 31. Dezember 1992 den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen. Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Dieses Ziel erfordert die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. (...) Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr müssen vermieden werden.”

Entsprechende Passagen finden sich in den Erwägungsgründen der beiden anderen Vergaberichtlinien.⁵⁰ In allen drei Richtlinien findet sich der Hinweis, dass

“ bei der Koordinierung die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Verfahren und Verwaltungspraktiken so weit wie möglich berücksichtigt werden sollten”⁵¹

Auch in der Literatur wird diese These von der vorrangigen Ausrichtung der Richtlinien auf das Verfahren vertreten.⁵² Die Begrenztheit der Richtlinien wird ausdrücklich konstatiert:

“The Coordination Directives have a limited aim. Their major objective is to make public procurement more transparent.”⁵³

Die “zusätzlichen Bedingungen” i.S.d. Beentjes-Rechtsprechung sind gleichsam vor die Klammer des in den Vergaberichtlinien geregelten Verfahrens gezogen und ermöglichen den Mitgliedstaaten, bestimmte Vergabeverfahren oder sämtliche Vergabeverfahren *als solche* in eine politisch gewünschte Richtung zu lenken bzw. durch die Steuerungswirkung dieser Vergabeverfahren politische Ziele zu verfolgen. Dass diese Möglichkeit der “Politisierung des Vergabewesens” als Option auf Ebene des Gemeinschaftsrechts nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, zeigt sich auch in der Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahre 1998, in der sie die Mitgliedstaaten ausdrücklich auffordert und ermutigt,

“ihre Kaufkraft für die Verfolgung der [im Text benannten] sozialen Ziele zu benützen.”⁵⁴

⁵⁰ In den Erwägungsgründen der Richtlinie 93/36/ EWG (Lieferaufträge) heißt es u.a.: “Die Verwirklichung des freien Warenverkehrs (...) erfordert neben der Aufhebung der Beschränkungen eine Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. (...) Damit auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ein echter Wettbewerb entsteht, ist es erforderlich, dass die beabsichtigten Auftragsvergaben der öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten in der gesamten Gemeinschaft bekannt gemacht werden.” Gleichlautende Passagen finden sich in den Erwägungsgründen der Richtlinie 37/93/EWG (Baufaufträge) und der Richtlinie 92/50/EWG (Dienstleistungen). Auch dort heißt es am Ende der Erwägungsgründe: “Es bedarf gemeinsamer Vorschriften für die Beteiligung an öffentlichen Bauaufträgen, die sowohl Kriterien für die qualitative Auswahl als auch Kriterien für die Auftragsvergabe umfassen müssen.”

⁵¹ RL 93/36, vgl. *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, S. 485; RL 93/37, vgl. *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, S. 488; in der Dienstleistungs-RL (92/50/EWG) heißt es etwas anders formuliert: “Die Ziele dieser Richtlinie erfordern keine Änderung des gegenwärtigen Zustands auf einzelstaatlicher Ebene bezüglich des Preiswettbewerbs zwischen Anbietern bestimmter Dienstleistungen”.

⁵² *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, Rz. 3 zu Art. 55 EGV; *Ziekow*, VergabeR 2003, S. 1, 5; *Schima*, NZBau 2002, S. 1, 2, Sinn und Zweck der Richtlinien sei (allein) die Verwirklichung der Grundfreiheiten.

⁵³ *Winter*, CMLR 1991, S. 741, 745 f.

⁵⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission “Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union” vom 11.03.1998 KOM (1998) 143, zitiert nach *Rittner*, EuZW 1999, S. 677.

Die politische Steuerung des Vergabewesens über die “zusätzlichen Bedingungen” findet demnach *außerhalb* des Regelungsbereichs der Vergaberichtlinien statt. Erst für die Durchführung eines bestimmten Vergabeverfahrens greifen die Richtlinienvorschriften für die Verfahrensstufen 1 bis 3 wieder ein und legen innerhalb dieses Regelungsbereichs jeweils die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung (1), die zulässigen Nachweise bei der Bieterauswahl (2) oder die zulässigen Kriterien bei der Zuschlagserteilung (3) fest, die für alle Vergabestellen einheitlich im Bereich des Gemeinsamen Marktes gelten sollen. Daneben sind die Mitgliedstaaten aber frei, alle Arten von Zwecken im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verfolgen, solange diese im öffentlichen Interesse verfolgt werden.⁵⁵

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Möglichkeit, die Beschaffung zu politisieren, überhaupt als “Beschränkung” der Dienstleistungs- oder Warenverkehrsfreiheit angesehen werden kann. Denn die Politisierung verhält sich neutral mit Blick auf die Ziele des Binnenmarktes. Sie kann lediglich zu einer Umlenkung der Warenströme nach Sachgesichtspunkten, nicht aber zu einer Umlenkung nach nationalen Wirtschaftsinteressen führen. Benachteiligt werden ggf. bestimmte umweltbelastende Industrien gegenüber umweltschonenderen Industrien, nicht aber ausländische Industrien gegenüber heimischen Industrien. Auch wird im Regelfall durch ein politisches Kriterium nicht ein bestimmtes Unternehmen gegenüber allen Mitbewerbern bevorzugt.⁵⁶ Die Politisierung wirkt daher “wettbewerbsneutral”.⁵⁷

Die “Politisierung” führt auch nicht grundsätzlich zu einer Absenkung der Wirtschaftsaktivität, sondern stimuliert vielmehr bestimmte umweltfreundliche und i.d.R. fortschrittliche Wirtschaftsaktivitäten, die allen Wirtschaftsteilnehmern potenziell offenstehen.⁵⁸

Das Gemeinschaftsrecht ist nicht zuständig, über die Aufgabe der Koordinierung und Harmonisierung der Vergabeverfahrensvorschriften hinaus auf Ebene des Sekundärrechts Regelungen zu treffen, solange diese Ziele des Vergaberechts und die Ziele des EG-Vertrags auch ohne solche weitergehenden Regelungen gewährleistet sind. Aus dem sog. “Kompetenzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz” des Art. 5 Abs. 3 EGV folgt zwingend, dass eine gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsrechtsetzung dann nicht erforderlich ist, wenn die abwehrrechtliche Wirkung der Grundfreiheiten ausreicht, um die Binnenmarktrechte (Freier Verkehr der Wirtschaftsfaktoren) zu gewährleisten.⁵⁹ Ohne die Erforderlichkeit einer

⁵⁵ Vgl. Charro, CMLR 2003, S. 179, 181. Dass die Sekundärzwecke im “öffentlichen Interesse” verfolgt werden müssen, wird als Grundvoraussetzung jeder rechtmäßigen Vergabeentscheidung nur selten ausdrücklich genannt, sollte aber nicht aus den Augen verloren werden.

⁵⁶ vgl. Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779, 781 f.; Pünder, VerwArch 2004, im Ersch., Manuskript, S. 6, 9 ff.; Gebauer/Wollenteit/Hack, ZNER 2001, S. 12, 16 f.

⁵⁷ Rust, EuZW 1999, 453, 456; Ziekow, NZBau 2001, S. 72, 76; a.A. Rittner, EuZW 1999, 677, 680.

⁵⁸ So ausdrücklich auch Schima, NZBau 2002, S. 1, 7: “Die bloße Tatsache, dass in einem Vergabeverfahren ein Kriterium Berücksichtigung findet, das nicht als wirtschaftlich betrachtet werden kann, behindert jedoch noch nicht unbedingt die Dienstleistungsfreiheit oder den freien Warenverkehr. Eine solche Behinderung tritt immer dann ein, wenn eine Anforderung, welcher Art auch immer, den Bietern oder Interessenten nicht bekanntgegeben wird. (...) Die Zulässigkeit solcher Kriterien bietet im Gegenteil Bietern die Möglichkeit, ihre Angebote selbst unter Berücksichtigung des Geforderten zu gestalten; ähnlich Ziekow, NZBau 2001, S. 72, 76: “die Vergaberichtlinien stehen nach der Rechtsprechung des EuGH der Verfolgung materiell vergabefremder Zwecke indifferent gegenüber”; Ziekow, VergabeR 2003, S. 1, 5.

⁵⁹ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Rz. 12 zu Art. 47 EGV. Es fehlt der Gemeinschaft die Kompetenz, die politischen Entscheidungen, die mit der Zielbestimmung im Vergabeverfahren getroffen werden, bindend für die Mitgliedstaaten zu regeln. Richtlinien haben nicht die Kompetenz, die Mitgliedstaaten für weite Bereiche ihres staatlichen Handelns (Anteil der öffentlichen Beschaffung am jeweiligen Haushalt, am jeweiligen Sozialprodukt) auf eine Politik der Nichteinmischung festzulegen.

gemeinschaftlichen Regelung verbleibt die Regulierungszuständigkeit bei den Mitgliedstaaten.

In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des Gerichtshofs zum Tabakwerbeverbot aus dem Jahr 2000 zu verweisen. In den Jahren vor der Entscheidung zum Tabakwerbeverbot hatte es – vereinfacht dargestellt – im Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten eine Tendenz bei den EU-Gesetzgebungsorganen gegeben, unter Hinweis auf Art. 95 EGV und den Binnenmarkt- und Harmonisierungsauftrag sowie einen angeblichen Sachzusammenhang auch solche Materien auf Ebene des Gemeinschaftsrechts durch Richtlinien normieren zu wollen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft, sondern der Mitgliedstaaten fallen. In der Entscheidung zum Tabakwerbeverbot zeigt der EuGH klar die Grenzen dieser Methode der Kompetenzerweiterung über den Hebel der Binnenmarktzuständigkeit auf.⁶⁰ Die Gemeinschaft durfte nicht – gleichsam nebenbei – im Rahmen einer Harmonisierungs- und Koordinierungsrichtlinie gesundheitspolitische Wertentscheidungen (Tabakwerbeverbot) mit bindender Wirkung für die Mitgliedstaaten treffen. Auch die Koordinierung der Vergabeverfahren darf deshalb nur so weit gehen, wie die Verwirklichung des Binnenmarktes es erfordert.⁶¹

Einzelne Autoren sehen dagegen gerade in der Detailfülle der Vergaberichtlinien einen Beweis für einen Regelungsanspruch des Gemeinschaftsgesetzgebers, der auch die Inhalte und politischen Wertungen umfasst. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber eine so wichtige Frage wie die Zulässigkeit sog. vergabefremder Auswahlkriterien absichtlich nicht geregelt habe und sie in der Kompetenz der Mitgliedstaaten beließe. Eine solche Zurückhaltung der Richtlinien würde nach der Befürchtung dieser Autoren das „aus ordnungspolitischen Gründen fein austarierte“ Konzept der gemeinsamen Teilnahmebestimmungen unterkarrieren oder sogar dessen langfristigen Erfolg vereiteln.⁶² Dieser Standpunkt lässt sich nur vertreten, wenn die Entscheidung „Beentjes“ als Fehlentscheidung angesehen wird.⁶³ Dafür besteht in Anbetracht der oben beschriebenen Ermächtigungsgrundlage, auf der die Vergaberichtlinien beruhen und der daraus folgenden Begrenztheit ihrer Regelungsbefugnis kein Anlass.

Der in der Literatur geäußerten Kritik steht auch die spätere Rechtsprechung des EuGH entgegen:

In der Entscheidung „Nord-Pas-de-Calais“ vom 26.09.2000 ging es um eine vergleichbare Konstellation.⁶⁴ Eine französische Behörde nahm in die Ausschreibung für eine Bauleistung den Hinweis mit auf, die Angebote würden „anhand verschiedener Zuschlagskriterien, zum Beispiel des Preis-Leistungs-Verhältnisses des technischen Angebots [...] und eines Zusatzkriteriums im Hinblick auf die Beschäftigung“ geprüft. Die Bieter mussten sich offenbar verpflichten, an jeweils lokalen Beschäftigungsinitiativen mitzuwirken. Der EuGH hat auch hier das mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Kriterium für zulässig erklärt, ohne allerdings

⁶⁰ EuGH v. 05.10.2000, Rs. C-376/98, „Tabakwerbeverbot“, Tz. 105, 114 ff., in: DVBl 2000, S. 1682.

⁶¹ *Schima*, NZBau 2002, 1, 7.

⁶² Götz, EuR 1999, S. 621, 631 f. mit Verweis auf *Seidel*, in: Dauses, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1994, Rz. 112.

⁶³ So aber Götz, EuR 1999, S. 621, 633 f.; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. 2001, Rz. 127 zu § 97 GWB; *Rittner*, EuZW 1999, 677, 679; der nicht von einer Fehlentscheidung, sondern (nur) von einer sehr relativierten Bedeutung des Beentjes-Urteils spricht.

⁶⁴ EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-225/98, „Nord-Pas-de-Calais“, in: NJW 2000, S. 3629 ff.

nachvollziehbar zu erklären, wie dieses zusätzliche Kriterium systematisch einzuordnen sei. Der EuGH nimmt ausdrücklich Bezug auf Passagen aus dem „Beentjes“-Urteil. Er benennt die Funktionsweise des Kriteriums zutreffend als „Ausschluss-Kriterium“, um dann aber zu dem Schluss zu kommen, das zusätzliche Kriterium sei daher als Zuschlagskriterium einzustufen (Tz. 52). Diese unklare Position ist zu Recht kritisiert worden. In der Sache bestätigt der EuGH aber die Kernaussage aus der Entscheidung „Beentjes“ (Tz. 50 f.).

Diese vom EuGH entwickelten Grundsätze gelten grundsätzlich auch für Umweltbelange, wie der EuGH in der Entscheidung „Concordia“ ausdrücklich klargestellt hat (Tz. 59, 61 ff.). Eine weitere Auseinandersetzung damit, ob Umweltaspekte als „zusätzliche Bedingungen“ verwendet werden können, findet sich in der Entscheidung „Concordia“ aber nicht, was auch nicht notwendig war, weil entscheidungserheblich ein mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängendes Zuschlagskriterium war.

Bestätigt wird die Sichtweise des EuGH auch durch die Neufassung der Vergaberichtlinien. Art. 26 des Entwurfs für die sog. klassische Richtlinie und Art. 38 des Entwurfs für die sog. Sektorenrichtlinie betonen ausdrücklich, dass die öffentlichen Auftraggeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben“ können. Dies können „insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte“ sein.⁶⁵

4.2 Einsatzvoraussetzungen für „zusätzliche Bedingungen“ (Transparenz, Gleichheitsgrundsatz, Grundfreiheiten)

Der EuGH legt im Urteil „Beentjes“ auch die Voraussetzungen fest, unter denen das Vergabeverfahren durch politisch motivierte zusätzliche Bedingungen instrumentalisiert werden darf. Die Vergabeverfahren sind jeweils daraufhin zu prüfen, ob dem Publizitätserfordernis Genüge getan ist und ob die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht verletzt sind (Tz. 29, 31 f.). Solange nicht die zusätzliche Bedingung nur von einheimischen Bietern erfüllt werden kann oder von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden kann, sind die Klauseln zulässig (Tz. 30). Für den Beispielfall der EMAS-Registrierung als „zusätzlicher Bedingung“ lassen sich diese genannten Erfordernisse „Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Grundfreiheiten“ im Regelfall ohne Weiteres sicherstellen:

Sofern die EMAS-Registrierung als zusätzliche Bedingung in den Ausschreibungsunterlagen deutlich gemacht wird, ist dem Erfordernis der Transparenz genügt.

Das Gebot der Gleichbehandlung würde es erforderlich machen, dem Bieter die Möglichkeit einzuräumen, die zusätzliche Bedingung durch gleichwertige Nachweise („Oder-gleichwertig-Klausel“) zu erfüllen.

Die Teilnahme an EMAS steht grundsätzlich Unternehmen aus allen Mitgliedsstaaten

⁶⁵ Die Tatsache, dass die Entwürfe der Richtlinien die „zusätzlichen Bedingungen“ nunmehr ausdrücklich benennen, bedeutet nicht, dass die Richtlinien den Anspruch und die Kompetenz hätten, die Frage solcher Sekundärzwecke zu regeln. Die Art. 26 und Art. 38 der Entwürfe stellen lediglich mit deklaratorischer Wirkung fest, dass der Bereich der „zusätzlichen Bedingungen“ von den Richtlinienvorschriften gerade unberührt bleibt.

offen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot käme daher nur in Betracht, falls hinter dieser vordergründig unterschiedslosen Bedingung eine verschleierte Bevorzugung bestimmter (heimischer) Unternehmen stünde. Davon kann nicht ausgegangen werden. Zwar sind die Teilnehmerzahlen an EMAS von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat unterschiedlich. Es reicht aber nach der Rechtsprechung des EuGH aus, dass zumindest eine Reihe von weiteren Bietern die Voraussetzung erfüllen können. Ob dies ausländische sein müssen, ist in der Entscheidung des EuGH "Concordia" (Tz. 85) offen gelassen worden. Die Unterschiede in den Zulassungszahlen sind nicht so gravierend, dass sich hier eine gezielte Beeinflussung aufdrängt. Im übrigen erleichtert die Beweislastverteilung (EuGH "Concordia", Tz. 85 f.) die Arbeit der ausschreibenden Stelle.

Auch die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten steht nicht in Frage. Soweit die Grundfreiheiten nach zutreffendem Verständnis als An- und Ausgleichsprogramm für die entlang der nationalen Rechts- und Wirtschaftsordnungen segmentierten Teilbereiche im Binnenmarkt verstanden werden, kommt eine Verletzung tatbestandlich nicht in Betracht. Denn die zusätzliche Bedingung "EMAS-Registrierung" verhält sich gegenüber den einzelnen Teilmärkten neutral. Eine Segmentierung des Binnenmarktes durch Berufung auf dieses Kriterium findet nicht statt.

Soweit man in den Grundfreiheiten weitergehend auch Beschränkungsverbote sehen möchte, wäre die Frage nach der EMAS-Registrierung eine nicht-diskriminierende (unterschiedslos geltende) Maßnahme. Sie ließe sich über das Umweltschutzziel als zwingendem Allgemeininteresse im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung rechtfertigen.⁶⁶ Eine Rechtfertigung käme nach der neueren Rechtsprechung des EuGH selbst dann in Betracht, wenn das Umweltkriterium zwischen ausländischen und einheimischen Bietern / Produkten unterscheidet. Denn das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Umwelt- und Klimaschutzzielen hat sich unter dem Einfluss des Art. 6 EGV (Umweltschutz als Querschnittsaufgabe) von dem ursprünglichen Regel-Ausnahme-Verhältnis zu einer echten Gleichrangigkeit fortentwickelt.⁶⁷

Die nach Art. 11 Abs. 2 EMAS-VO gebotene Prüfung, wie der EMAS-Eintragung bei der Festlegung von Kriterien für die Beschaffungspolitik Rechnung getragen werden kann, führt mithin zu dem Ergebnis, dass die EMAS-Eintragung europarechtlich als zusätzliche Bedingung verlangt werden kann. Art. 6 EGV in Verbindung mit der Pflicht aus Art. 11 Abs. 1 EMAS-VO, die Beteiligung an EMAS zu fördern, legen es deshalb nahe, dass die Bundesrepublik Deutschland entsprechend verfährt.

⁶⁶ In Abgrenzung etwa zu EuGH v. 03.06.1992 Rs. C-360/89; EuGH v. 20.03.1990 Rs. C-21/88; u.v.m.

⁶⁷ EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98. "PreussenElektra", in: NVwZ 2001, S. 665; EuGH v. 09.07.1992, Rs. C-2/91, "Wallonische Abfälle", zuletzt auch EuGH v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, "Schmidberger", Tz. 66; *Gebauer/Wollenteit/Hack*, ZNER 2001, S. 12, 16 f.; *Schima*, NZBAU 2002, S. 1, 6; *Bungenberg/Nowak*, ZUR 2003, S. 10, 11.

Teil 2: Innerstaatliche Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber

Das geltende europäische und deutsche Recht erlaubt es den Vergabestellen, auftragsbezogene Umweltkriterien (Produkteigenschaften und Produktionsmethoden) in sehr weitem Umfang in Ausschreibungen zu berücksichtigen, ohne dass dazu weitere Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers nötig wären.⁶⁸

Die zukünftigen EG-Vergaberichtlinien werden aller Voraussicht nach diese weiten Berücksichtigungsmöglichkeiten aufgreifen und verstärken. Nach Abschluss des Legislativpakets zur Neufassung der EG-Vergaberichtlinien werden diese in nationales Recht umzusetzen sein. Es ist damit zu rechnen, dass die Berücksichtigungsfähigkeit von Umweltbelangen in der öffentlichen Beschaffung dann auch in den deutschen gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften ausdrücklich verankert sein wird. Auch ohne eine solche textliche Anpassung des deutschen Vergaberechts steht das geltende deutsche Recht den Vorgaben aus den künftigen EG-Vergaberichtlinien indes nicht entgegen. Die Formulierungen des GWB, der Vergabeverordnung und der VOB, VOL und VOF sind offen für die weitgehende Berücksichtigungsfähigkeit von auftragsbezogenen Umweltkriterien, die in den EG-Vergaberichtlinien vorgegeben ist.

Nur falls in einer Ausschreibung auch bieterbezogene Umweltkriterien (z.B. die EMAS-Registrierung) zur Voraussetzung der erfolgreichen Teilnahme am Verfahren gemacht werden sollen, muss der deutsche (Bundes- oder Landes-) Gesetzgeber für diese Fälle eine neue gesetzliche Grundlage schaffen.

Denn die Einführung einer EMAS-Registrierung als zusätzliche Bedingung für die Erteilung eines öffentlichen Auftrages ist für Aufträge, deren Wert oberhalb der Schwellenwerte nach § 2 VgV liegt, nach geltendem deutschen Vergaberecht nicht möglich, weil § 97 Abs. 4 GWB es verbietet, andere oder weitergehende Anforderungen als die in Halbsatz 1 genannten an Auftragnehmer zu stellen, wenn dies nicht durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Um eine EMAS-Registrierung als zusätzliche Bedingung im Vergabeverfahren einsetzen zu können, müsste zunächst eine gesetzliche Grundlage auf Bundes- oder Landesebene geschaffen werden, die ausdrücklich vorsieht, dass die EMAS-Registrierung als zusätzliche Bedingung von den Auftragnehmern öffentlicher Aufträge verlangt werden kann. Die genaue Ausgestaltung wäre gesondert zu untersuchen. Einige Eckpunkte sollen kurz aufgezeigt werden:

⁶⁸ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob und wie weit der Gesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber *verpflichten* kann und soll, von dieser Möglichkeit der „umweltfreundlichen Beschaffung“ Gebrauch zu machen. Die Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Auf Ebene des Gemeinschaftsrechts finden sich aber mit Art. 6 EGV und anderen Vorgabe Hinweise darauf, dass eine solche gesetzliche Verpflichtung von den Mitgliedstaaten geschaffen werden sollte. Das Gemeinschaftsrecht steht einer solchen nationalen Regelung jedenfalls nicht entgegen. Die Mitgliedstaaten können auch die Intensität der „Ökologisierung“ ihres Beschaffungswesens frei bestimmen, sofern die oben skizzierten Regeln (Transparenz, Gleichbehandlung, Grundfreiheiten) respektiert werden. Für die Bundesrepublik Deutschland müsste in jedem Einzelfall geklärt werden, ob Bund, Länder oder Kommunen eine solche Verpflichtung zur Beachtung bestimmter ökologischer Kriterien bei der Beschaffung in eigener Zuständigkeit festsetzen können (vgl. etwa BGH v. 18.01.2000, in: DVBl 2000, S. 1056 ff. zu dem vergleichbaren Problem der Tariftreueerklärungen).

I. Folgen einer gesetzlichen Bevorzugung

Ein solches Gesetz in Verbindung mit einer Vergabepaxis, die durchgängig die Teilnahme am Vergabeverfahren von einer EMAS-Registrierung abhängig macht, hätte voraussichtlich zur Folge, dass bestimmte Personen / Unternehmen, die auf öffentliche Aufträge wirtschaftlich angewiesen sind, entweder die EMAS-Registrierung erlangen oder riskieren, von der Berufsausübung faktisch ausgeschlossen zu werden. Für die Zeit bis zur Erlangung der EMAS-Registrierung oder der Einrichtung eines vergleichbaren Umweltmanagement-Systems sind sie – ohne entsprechende Übergangsregelungen – ebenfalls vom Zugang zur bisherigen Beschäftigung abgeschnitten.

Diese Folge wirft eine Reihe von Fragen auf. Zum einen ergeben sich möglicherweise in Einzelfällen Bedenken mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG. Unter welchen Voraussetzungen hier eine Verletzung von grundrechtlichen Positionen in Betracht kommt, und inwieweit durch Übergangsfristen und "Gleichwertigkeitsklauseln" oder Härteklauseln die Grundrechtsverletzung vermieden werden könnte, müsste im Einzelnen untersucht und geklärt werden.⁶⁹ Nach einer ersten Einschätzung ist aber nicht davon auszugehen, dass die EMAS-Registrierung als Vergabekriterium zu einer Grundrechtsverletzung bei ausgeschlossenen Bietern führt. Es ist bereits fraglich, ob die öffentliche Auftragsvergabe überhaupt als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG zu werten wäre.⁷⁰ Selbst bei unterstelltem Eingriff wäre ein solcher aber nur unter engen Voraussetzungen unverhältnismäßig. Diese engen Voraussetzungen decken sich nach der hier vertretenen Auffassung mit den Merkmalen, an denen sich eine gezielte Bevorzugung oder Benachteiligung im Verfahren nachweisen ließe. Auch den "Beitrittsdruck" zu einem bestimmten Umweltmanagementsystem oder vergleichbaren Präferenz-Gruppen wird man – etwa unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu den Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nach § 5 TVG – als zulässig ansehen können. Eine Grundrechtsverletzung ist aus diesem politisch motivierten Druck zur Verhaltensumsteuerung im Regelfall nicht abzuleiten.

Die zweite Folge in der Praxis ist ein (möglicher) Wertungswiderspruch, der weniger von Seiten des Vergaberechts als vielmehr von Seiten der EMAS-Vorschriften nachvollzogen werden kann. Denn der faktische Zwang zur Registrierung für den Fall, dass die öffentliche Hand die Teilnahme an EMAS ganz grundsätzlich zur Voraussetzung der erfolgreichen Teilnahme an einer Ausschreibung machen sollte, würde das Prinzip der Freiwilligkeit von EMAS aufheben.

Es muss geklärt werden, ob an dem Grundsatz der "Freiwilligkeit" von EMAS unter

⁶⁹ Ein Ansatzpunkt könnte etwa sein, die Teilnahme an EMAS nicht – im Vorfeld – zur Bedingung der Teilnahme zu machen, sondern die EMAS-Validierung als Nebenpflicht bei Ausführung des Auftrags anzusehen und entsprechend die Bieter zu verpflichten, sofern sie nicht bereits EMAS-registriert sind, diese Registrierung während der Laufzeit des Vertrags herbeizuführen. Nachteile dieser Lösung in der Praxis: Praktikabel wohl nur für Dauer-schuldverhältnisse, komplizierte Ausschreibung dieser Nebenpflicht, evtl. später Probleme mit der Durchsetzung bei Nicht-Compliance. Vgl. dazu auch die Ansicht von *Schima*, NZBau 2002, S. 1, 4, der unter Verweis auf die Mitteilung der Kommission von 1998 vorschlägt, das Beentjes-Urteil so zu verstehen, dass die "zusätzliche Bedingung" eine nachgeschaltete Bedingung ist, deren Erfüllung bei der Durchführung des Vertrags vom siegreichen Bewerber gefordert werden könne (...). Das steht aber, wie *Schima* u.E. zutreffend erkennt, in Widerspruch zum Wortlaut der Entscheidung "Beentjes", wo es um den Ausschluss der Bieter ging, die nicht in der Lage waren, die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen nachzuweisen. Zumindest nach der Entscheidung "Nord-Pas-de-Calais" lässt sich demnach (s. *Schima*, S. 4) die oben vorgeschlagene Lesart der "Beentjes"-Entscheidung nur sehr schwer halten.

⁷⁰ *Pünder*, Vorgaben des grundrechtlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 2004, im Ersch., Manuskript S. 12, mit Verweis auf *Puhl*, VVDStRL 60, 2001, S. 590 ff, u.a.

diesen Voraussetzungen noch festgehalten werden kann, welche Folgen für EMAS eine solche Verschiebung der Grundachse des ursprünglichen Konzepts bedeutet und ob das gesamte EMAS-Regime unter diesen Voraussetzungen nicht neu ausgerichtet werden müsste.

II. Praktische Bedeutung

Eine Teilnahme an einem bestimmten Umweltmanagementprogramm (z.B. EMAS-Registrierung) als „zusätzliche Bedingung“ im Vergabeverfahren lässt sich vor dem Hintergrund der Gleichbehandlungspflicht nur gesetzlich vorschreiben, wenn auf eine „Oder-gleichwertig-Klausel“ zurückgegriffen würde, die Bieter also die Möglichkeit hätten, die Erfüllung der Anforderungen des bevorzugten Systems auch durch ein anderes System nachzuweisen.

Das wirft für die Praxis eine Reihe von Fragen auf. Es müsste geklärt werden, ob andere Validierungs- und Zertifizierungssysteme grundsätzlich gleichgestellt werden, so dass – wie etwa bei EMAS – der bloße Hinweis auf die Teilnahme ausreicht. Für den potenziellen Bieter muss erkennbar sein, welche Anforderungen an den "freihändigen" Nachweis der gleichwertigen Qualifizierung zu stellen sind.

In einer Anfangsphase bis zur großflächigen Durchsetzung einer bestimmter Registrierung würde die „Oder-gleichwertig-Klausel“ die Vergabestellen möglicherweise mit einem gewissen Zusatzprüfungsaufwand belasten. Das dürfte aber ein relativ schnell vorübergehendes Problem sein, weil die Bieter sich auch nicht in jedem Verfahren erneut auf einen aufwändigen Einzelfallnachweis einlassen werden wollen und deshalb zeitnah dazu übergehen würden, sich selbst um eine entsprechende Registrierung zu bemühen.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen können Umweltbelange berücksichtigt werden.

Auf Ebene der Leistungsbeschreibung steht es den Vergabestellen frei, die Leistung nach umweltfreundlichen Merkmalen (Produkteigenschaften und Produktionsmethoden) zu bestimmen. Darunter fallen u.a. Material, Energieverbrauch, Langlebigkeit, Verpackung, produktbezogene Konsumenteninformation, aber auch umweltschonende Herstellung und Energieerzeugung aus regenerativen Quellen. Zur einfachen Handhabung können die Vergabestellen bei der Bestimmung der Leistungsmerkmale auf anerkannte Umweltkennzeichen zurückgreifen.

Der Zuschlag darf einem ökologisch vorteilhaften Angebot erteilt werden, auch wenn es teurer ist als ein konkurrierendes Angebot. Voraussetzung ist, dass diese Präferenz in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt worden ist. Das Umweltkriterium muss mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Das ist bei den oben genannten Produkteigenschaften und Produktionsmethoden regelmäßig der Fall.

Nur in Ausnahmefällen können bieterbezogene Merkmale (Bsp.: Registrierung eines Unternehmens nach der EMAS-VO) Kriterium im Vergabeverfahren sein. Das ist nach geltendem Recht möglich, soweit der Leistungsgegenstand eine besondere Sachkunde im Umweltbereich erfordert (z.B.: Entsorgungs- und Transportdienstleistungen). Außerhalb dieser Sonderfälle wäre eine Bevorzugung z.B. von EMAS-registrierten Anbietern erst möglich, nachdem der deutsche Gesetzgeber eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen hat.

Die neuen EU-Vergaberichtlinien greifen diese weiten Berücksichtigungsmöglichkeiten auf und verstärken sie. Die neuen Richtlinien schaffen insbesondere Rechtsklarheit und eine verbesserte Berechenbarkeit für die Anwender, weil sie die Möglichkeiten und Grenzen der umweltfreundlichen Beschaffung, die sich bislang vor allem aus der Rechtsprechung des EuGH und aus rechtlich nicht bindenden Vorgaben der EU-Kommission (Interpretierende Mitteilung vom 04.07.2001) entnehmen ließen, nunmehr ausdrücklich und gemeinschaftsweit verbindlich regeln.

Referenzen juristischer Teil

Wissenschaftliche Literatur: Kommentare / Aufsätze / Monographien

Antweiler, Clemens, Nachprüfungsverfahren bei öffentlichen Aufträgen und nationale Ausschlussregeln, EuZW 2003, S. 330 ff.

Arrowsmith, Sue, Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives: Part I, Public Procurement Law Review 8 (1999), S. 115 ff.

Arrowsmith, Sue, Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives: Part II, Public Procurement Law Review 8 (1999), S. 161 ff.

Arrowsmith, Sue, The Community's Legal Framework on Public Procurement: „The Way Forward“ at Last?, Common Market Law Review 36 (1999), S. 13 ff.

Arrowsmith, Sue, The Problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: the Current Law and the Case for Reform, Public Procurement Law Review 7 (1998), S. 65 ff.

Arrowsmith, Sue / Fernandez Martín, José, Developments in Public Procurement in 1992, European Law Review 18 (1993), S. 323 ff.

Bartl, Harald, Handbuch Öffentliche Aufträge, 1998

Bartosch, Andreas, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?, EuZW 2001, S. 229 ff.

Benedict, Christoph, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren – Öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, Berlin 2000 (Dissertation)

Benedict, Christoph, „Vergabefremde“ Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais – Europarechtliche Vorgaben für die Anwendung von § 97 IV GWB, NJW 2001, S. 947 ff.

Birgel, Karl J, Öffentliches Auftragswesen und Preisrecht, 1994

Boesen, Arnold, Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000

Bungenberg, Marc, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2003, S. 314 ff.

Bungenberg, Marc / Nowak, Carsten, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei Zuschlagerteilung, ZUR 2003, S. 10 ff.

Burgbacher, Hans-Gerwin, Beschaffung und Beschäftigung, VergabeR 2001, S. 169 ff.

Byok, Jan / Jeager, Wolfgang, Kommentar zum Vergaberecht, 2000

Charro, Pablo, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 17.9.02, Rs. C-513/99, CMLR 2003, S. 179 ff.

Cremer, Wolfram, Ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und EG-Beihilferecht – Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte, ZUR 2003, S. 265 ff.

Dageförde, Angela, Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBauR 2001, S. 597 ff.

Daub, Walter / Meierrose, Rudolf, Kommentar zur VOL/A, 4. Aufl. 1998

Dreher, Meinhard, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-225/98 (Nord-Pas-de-Calais), JZ 2001, S. 140 f.

Ebel, Hans-Rudolf, Kartellrecht – GWB und EG-Vertrag, Kommentar, 40. Lfg. 2003

Falke, Josef, Das Grünbuch zur integrierten Produktpolitik – erste Etappe auf dem Weg zu einer Richtlinie über ökologische Produktverantwortung?, ZUR 2001, S. 314 ff.

Faßbender, Kurt, Die Bindungswirkung technischer Normen der Europäischen Gemeinschaft bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2003, S. 381 ff.

Fischer, Almut / Barth, Regine, Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz – Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, S. 1184 ff.

Fischer, Kristian, Erlaubt das WTO-Vergaberecht die Verfolgung politischer Ziele im öffentlichen Auftragswesen?, RIW 2003, S. 347 ff.

Führ, Martin, Anforderungen an ein umweltorientiertes Produktrecht, ZUR 2001, S. 297 ff.

Gebauer, Jochen / Wollenteit, Ulrich / Hack, Martin, Der EuGH und das Stromeinspeisungsgesetz: Ein neues Paradigma zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Umweltschutz, Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2001, S. 12 ff.

Götz, Walter, Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621 ff.

Götzke, Norbert, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Tübingen 2000

Griem, Niels, Umweltfreundliche Beschaffung im Bauwesen – Möglichkeiten und Grenzen aus rechtlicher Sicht, NVwZ 1999, S. 1171 ff.

Griem, Niels, Umsetzung des § 37 KrW-/AbfG durch die Bundesbehörden, Gutachten UBA März 2000

Griem, Niels, Umweltaspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bundesverband für Umweltberatung e.V. Januar 2002

Harks, Thomas, Kommunale Arbeitsmarktpolitik – Rechtliche Vorgaben und Grenzen, Stuttgart 2003

Grzeszick, Bernd, Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, S. 649 ff.

Herma, Michael, Auftragsvergaberecht als Mittel zur Durchsetzung von Umweltschutz und Umweltrecht, Natur und Recht 2002, S. 8 ff.

Hök, Götz-Sebastian, Neues zum öffentlichen Auftragsrecht in Frankreich / Marktöffnung für kleine und mittelständische Unternehmen und neue Vergabekriterien, ZfBR 2001, S. 518 ff.

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl. 2001

Jarass, Hans D., EMAS-Privilegierungen im Abfallrecht, DVBI 2003, S. 298 ff.

Jennert, Karsten, Vergabefremde Kriterien – Keine Beihilfe, sondern gemeinwirtschaftliche Pflicht, NZBau 2003, S. 417 ff.

Kaelble, Hendrik, Anmerkungen zu EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, VergabeR 2002, S. 604 ff.

Kämmerer, Jörn Axel / Thüsing, Gregor, Tariftreue im Vergaberecht. Zum Entwurf eines Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen, ZIP 2002, S. 596 ff.

Karenfort, Jörg, „Tariftreueregelungen“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vereinbar mit deutschem Kartellrecht und Europarecht?, BB 1999, S. 1825 ff.

Klindt, Thomas, Die CE-Kennzeichnung als umweltbezogene Produktaussage – Ökologisierung des technischen Sicherheitsrechts?, ZUR 2001, S. 321 ff.

Koenig, Christian / Kühling, Jürgen, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, S. 779 ff.

Kunert, Oliver, Vergaberecht und öffentliches Recht, Köln 2003

Lampe-Helbig, Gudrun, Praxis der Bauvergabe, VOB/A und EG-Recht, 1991

Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 8. Auflage 1998

Leinemann, Ralf, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 2. Aufl. 2001

Lübbe-Wolff, Gertrude, Pragmatismus oder Moralismus beim Blauen Engel – Über eine Grundfrage der Vergabepraxis für das Umweltzeichen, NJW Sonderheft 2002, S. 32 ff.

Meyer, Nina, die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, Berlin 2002 (Dissertation Bonn)

Opitz, Marc, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12 ff.

Ortlieb, Birgit, Vergaberechtliche Aspekte bei der Beschaffung von Ökostrom, Gutachten EnergieVision 2002

Pietzcker, Jost, Rechtsbindung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Archiv des öffentlichen Rechts 107.Band (1982), S. 61 ff.

Prieß, Hans-Joachim, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Aufl. 2001

Pünder, Hermann, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 2004, im Erscheinen

Reidt, Olaf / Stickler, Thomas / Glahs, Heike, Vergaberecht – Kommentar, 2000

Rittner, Fritz, Die „sozialen Belange“ i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677 ff.

Rößner, Sören / Schalast, Christoph, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland, NJW 2003, S. 2361 ff.

Rust, Ursula, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, S. 453 ff.

Rust, Ursula, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, EuZW 2000, S. 205 ff.

Schenk, Michael, Das neue Vergaberecht, Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2000 (Dissertation)

Schima, Bernhard, Wettbewerbsfremde Regelung – falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, NZBau 2002, S. 1 ff.

Schneider, Jens-Peter, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl 2003, S. 1186 ff.

Schneider, Tatjana, Vergaberecht und Umweltschutz, 2001

Seidel, Ingelore, Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 26.09.2000 (Nord-Pas-de-Calais), Rs. C-225/98, EuZW 2000, S.762 f.

Thieme, Hinrich / Correll, Cathrin, Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration, DVBL 1999, S. 884 ff.

Westphal, Thomas, Greening Procurement: An Attempt to Reduce Uncertainty, Public Procurement Law Review 8 (1999), S. 1 ff.

Weissenberg, Paul, Öffentliche Aufträge – Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung?, DB 1984, S. 2285 ff.

Winter, Jan A., Public Procurement in the EEC, CMLR 1991, S. 741 ff.

Ziekow, Jan, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 ff.

Gesetzestexte, Richtlinienentwürfe und sonstige Texte

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), 2002, in: Hansen-Reifenstein, Karsten / Dieblich, Franz, Vergabe- und Vertragsrecht 2003, 2003

Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), 2002, in: Hansen-Reifenstein, Karsten / Dieblich, Franz, Vergabe- und Vertragsrecht 2003, 2003

Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, (VOF), 2002, in: Hansen-Reifenstein, Karsten / Dieblich, Franz, Vergabe- und Vertragsrecht 2003, 2003
Vergabeverordnung, Neufassung vom 14.02.2003

Richtlinie 92/50/EWG vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 vom 24.07.1992, S. 1 ff.; ABl. L 199 vom 09.08.1993 und ABl. L 328 vom 28.11.1997, S. 1 ff.

Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. L 199 vom 09.08.1993, S. 1 ff.; ABl. L 328 vom 28.11.1997, S. 1 ff.

Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 199 vom 09.08.1993, S. 54 ff.; ABl. L 328 vom 28.11.1997, S. 1 ff.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 vom 10.05.2000; Verfahren COD/2000/0115, ABl. C 29 E vom 30.01.2001, S. 11 und ABl. C 203 E S. 210

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000) 276 vom 10.05.2000; Verfahren: COD/2000/0117, ABl. C 29 E vom 30.01.2001 S. 112 und ABl. C 203 E vom 27.08.2002, S. 183

Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (11029/2/2002 – sog. „klassische Richtlinie“) vom 20.03.2003 im Verfahren COD/2000/0115

Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (12634/3/2002 – sog. „Sektorenrichtlinie“) vom 20.03.2003 im Verfahren COD/2000/0117

Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (11029/3/2002 – C5-0141/2003 – 2000/0115/COD) vom 02.07.2003 in: PE 333.872 S. 11 ff.

Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (12634/3/2002 – C5-0142/2003 – 2000/0117/COD) vom 02.07.2003 in: PE 333.872 S. 24 ff.

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

Mitteilung der Kommission „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“ KOM (1998) 143 vom 11.03.1998

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Integrierte Produktpolitik – Auf den Lebenszyklus-Ansatz aufbauen“ KOM (2003) 302 vom 18.06.2003

EuGH-Urteile / Schlussanträge (Auswahl)

EuGH v. 09.07.1987, verb. Rs. 27/86, 28/86, 29/86, „CEI & Bellini“

EuGH v. 20.09.1988, Rs. 31/87, „Beentjes“, NVwZ 1990, S. 353 ff.

EuGH v. 20.03.1990, Rs. C-21/88, „Du Pont de Nemours“, NVwZ 1992, S. 1071 ff.

EuGH v. 03.06.1992, Rs. C-360/89, „Italienische Regionalförderung“

EuGH v. 26.04.1994, Rs. C-272/91, „Lottomatica“

EuGH v. 24.01.1995, Rs. C-359/93, „UNIX I“

EuGH v. 28.03.1995, Rs. C-324/93, „Evans Medical“

EuGH v. 25.04.1996, Rs. C-87/94, „Wallonische Busse“

EuGH v. 28.10.1999, Rs. C-328/96, „UNIX II“

EuGH v. 26.09.2000, Rs. C-225/98, „Nord-Pas-de-Calais“, NJW 2000, S. 3629 ff.

EuGH v. 18.10.2001, Rs. C-19/00, „SIAC“

EuGH v. 17.09.2002, Rs. C-513/99, „Finnische Busse“, ZUR 2003, S. 32 ff.

EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-325/00, „CMA-Gütesiegel“

EuGH v. 10.04.2003, verb. Rs. C-20/01, C-28/01, „Kommission der Europäischen Gemeinschaft gegen BRD u. UK“

EuGH v. 04.12.2003, Rs. C-448/01, „EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich“

Urteile deutscher Gerichte (Auswahl)

BGH v. 18.01.2000, Rs. KVR23/98, DVBL 2000, S. 1056 ff.

OLG Düsseldorf v. 12.01.2000, Rs. Verg 3/99, NvWZ 2000, S. 714 ff.

OLG Düsseldorf v. 21.01.2001, Rs. Verg 45/01, VergabeR 2002, S. 282 ff.

OLG Düsseldorf v. 31.01.2001, Rs. U (Kart 9/00), VergabeR 2001, S. 345 ff.

OLG Frankfurt v. 10.04.2001, Rs. 11 Verg 1/01, VergabeR 2001, S. 299 ff.

OLG Schleswig v. 06.11.2001, VergabeR 2002, S. 361 ff.

OLG Naumburg v. 07.05.2002, Rs. Verg 19/01, VergabeR 2003, S. 520 ff.

Bundeskartellamt v. 09.01.2001, Rs. VK 2-40/00, VergabeR 2001, S. 138 ff.

OVG Münster v. 23.3.2001, Rs. 4 A 2560/00, NVwZ 2001, S. 824 f.

Kammergericht Berlin v. 18.07.2002, Rs. KartVerg 4/02, VergabeR 2003, S. 78 ff