

Weg vom Preis – Was kann bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Klima und Nachhaltigkeit getan werden?

3. Thüringer Bautag



RA Prof. Dr. Mark von Wietersheim
Geschäftsführer forum vergabe e.V.

4. November 2022

Ausgangspunkt: Wir sind alle in der Pflicht

Klimaschutz und ökologisch nachhaltiges Verhalten sind in jedem Lebensbereich wichtig.

Der Baubereich ist weltweit für 38 % der CO₂-Emissionen verantwortlich.

Die öffentlichen Auftraggeber sind besonders in der Verantwortung: **faktisch**, weil sie besonders viel bauen, **rechtlich**, weil nach dem Bundesverfassungsgericht eine staatliche Pflicht zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität besteht.

Ausgangspunkt: Wir sind alle in der Pflicht

Nicht nur der Bund hat dies auch gesetzlich verankert:

§ 13 Abs. 2 Klimaschutzgesetz:

*Der Bund prüft bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der nationalen **Klimaschutzziele** nach § 3 beigetragen werden kann. Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage, dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Ziel der jeweiligen Maßnahme solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der **Minderung von Treibhausgasemissionen** über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann.*

Was heißt das praktisch?

Der öffentliche Auftraggeber will ein Bürogebäude errichten. Er will

- CO₂-neutral hergestellte Steine verwenden lassen, die nur ein Hersteller im Programm hat;
- dass der Auftragnehmer nur elektro-betriebene Bagger etc. einsetzt;
- dass der erfolgreiche Auftragnehmer in seinem ganzen Betrieb nur noch Hybrid- oder Elektrofahrzeuge einsetzt;
- Angebote besser werten, wenn das Gebäude im Betrieb eine bestimmte CO₂-Emission nicht überschreitet.

Was heißt das praktisch?

Der öffentliche Auftraggeber will ein Bürogebäude errichten. Er will

- CO₂-neutral hergestellte Steine verwenden lassen, die nur ein Hersteller im Programm hat:

Was heißt das praktisch?

In inzwischen langjähriger Rechtsprechung wird dem Auftraggeber das Recht zugebilligt, sich auf der Grundlage objektiver, tatsächlich vorhandener sach- und auftragsbezogener Gründe auf ein bestimmtes Erzeugnis oder eine bestimmte Technologie festzulegen, sofern die Entscheidung willkürfrei erfolgt und keine Bieter diskriminiert.

Die damit verbundene **Einschränkung oder Einengung des Wettbewerbs** ist als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen.

Was heißt das praktisch?

Bezogen auf ökologisch begründete Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers gibt es die **klare Aufforderung des Gesetzgebers**, solche in Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Die grundlegende Vorschrift des Vergaberechts, § 97 Abs. 1 GWB fordert öffentliche Auftraggeber auf, bei der Vergabe **Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte** nach den weiteren gesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen.

Was heißt das praktisch?

§ 31 Abs. 3 VgV erlaubt einen weiten Zusammenhang zwischen der Anforderung des Auftraggebers und der Leistung:

Die Merkmale können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.

*Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur **Herstellung oder Erbringung** der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen,*

auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind,

sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Was heißt das praktisch?

Der öffentliche Auftraggeber will ein Bürogebäude errichten. Er will

- dass der Auftragnehmer nur elektro-betriebene Bagger etc. einsetzt:

Was heißt das praktisch?

Ganz unproblematisch zulässig ist auch die Vorgabe, für die Ausführung nur elektrisch betriebene Fahrzeuge einzusetzen. Im GWB werden solche **Bedingungen für die Auftragsdurchführung** in § 128 GWB angesprochen, wobei ausdrücklich auf den erlaubten, weiten Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand in § 127 Abs. 3 GWB verwiesen wird.

Was heißt das praktisch?

Der öffentliche Auftraggeber will ein Bürogebäude errichten. Er will

- dass der erfolgreiche Auftragnehmer in seinem ganzen Betrieb nur noch Hybrid- oder Elektrofahrzeuge einsetzt:

Diese Anforderung ist unzulässig, da sie in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag und dem Auftragsgegenstand steht.

Was heißt das praktisch?

Der öffentliche Auftraggeber will ein Bürogebäude errichten. Er will

- Angebote besser werten, wenn das Gebäude im Betrieb einen bestimmte CO₂-Emission nicht überschreitet.

Was heißt das praktisch?

Die vom Auftraggeber gewünschte Bewertung der Emissionen bei der Produktion ist ebenfalls ganz klar vom Gesetz gedeckt. Der Gesetzgeber fordert öffentliche Auftraggeber im GWB und im Klimaschutzgesetz auf, umweltbezogene Aspekte bei der Angebotswertung einzusetzen:

So sagt § 127 Abs. 1 GWB, dass sich das wirtschaftlichste Angebot sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ergeben soll. Zur Ermittlung dieses Verhältnisses können, so die Regelung weiter, neben dem Preis oder den Kosten auch **qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte** berücksichtigt werden.

Was heißt das praktisch?

Das Vergaberecht erlaubt aber diesen weiten Zusammenhang ausdrücklich, und das zeigt sich in § 127 Abs. 3 GWB: *„Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der **Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung** bezieht, **auch** wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“*

Was heißt das praktisch?

Dies würde z.B. auch erlauben die bessere Bewertung von **optional angebotenen** (also nicht in der Leistungsbeschreibung zwingend vorgegeben)

- Besonderen Herstellungsmethoden wie CO₂-neutrale Produktion
- Einsatz nur elektrischer Fahrzeuge
- Einsatz von Recycling-Material
- Bessere Entsorgbarkeit von verwendeten Materialien
- ...

Was heißt das praktisch?

Die Verwendung von Zuschlagskriterien anstelle verbindlicher Vorgaben hat zur Folge:

- Mehr Wettbewerb, da auch Firmen mitbieten können, die eine Eigenschaft nicht bieten können;
- Die Eigenschaft kann, muss aber nicht erreicht werden;
- Flexiblere Wirtschaftlichkeitsüberlegungen: „Was ist mir diese Eigenschaft wert?“

Was heißt das praktisch?

Nachhaltigkeit kann auch noch in anderer Weise verfolgt werden, durch das Verlangen von Nachweisen über Systeme von Umweltmanagementmaßnahmen, Gütesiegel ...

Was heißt das praktisch?

Nachhaltige Beschaffung ist machbar!

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit