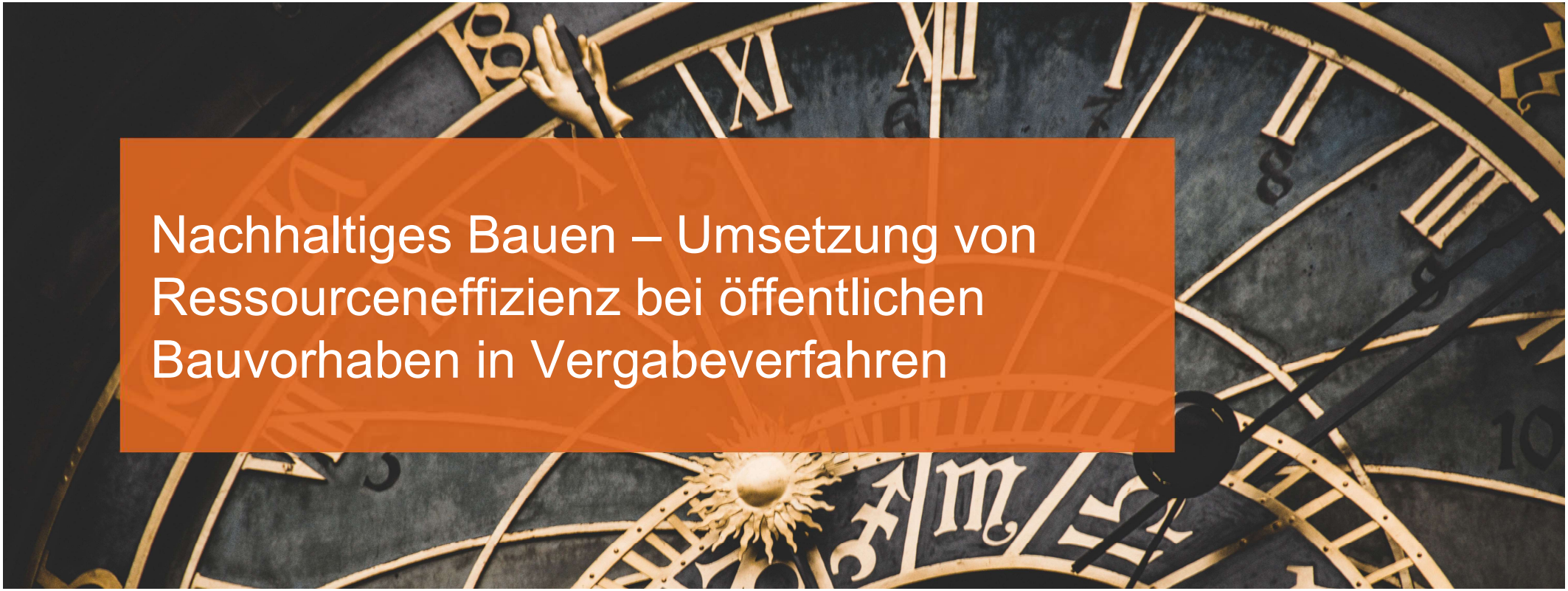
Rechtsanwalt Dr. Jan Mädler, 02.02.2022



Nachhaltiges Bauen – Umsetzung von Ressourceneffizienz bei öffentlichen Bauvorhaben in Vergabeverfahren

REDEKER | SELLNER | DAHS

Ausgangslage und Fragestellung

- Die öffentliche Hand ist einer der größten Einzelnachfrager nach Bauleistungen.
- Der Bereich hat deshalb erheblichen Einfluss auf die erfolgreiche Umsetzung ressourceneffizienten Bauens.
- Lässt sich das Ziel des ressourceneffizienten Bauens mit den Vorgaben des Vergaberechts in Einklang bringen?

Ausgangslage und Fragestellung

Und weitergehend: Lässt sich das Faktor X Modell in einem Vergabeverfahren umsetzen?

Der „Faktor X“ steht für besonders klima- und ressourcenschonendes Bauen. Genauer gesagt, bezeichnet es einen ganzheitlichen Ansatz, bewährte Konzepte des energiesparenden Bauens und Sanierens hinsichtlich des gesamten Lebenszyklus eines Gebäudes zu optimieren und um den stofflichen Ressourcenschutz zu erweitern. In der Praxis geschieht dies beispielsweise durch den Einsatz von nachwachsenden und/ oder recycleten Baustoffen sowie eine intelligent geplante Architektur, die besonders langlebig und wartungsfreundlich konstruiert ist. Dadurch eröffnen sich große, bislang ungenutzte Einsparpotenziale.

Nachhaltiges Bauen – II. Vorgaben des Vergaberechts

Vorgaben im GWB

- § 127 Abs. 1 GWB: Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. … Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch … **umweltbezogene … Aspekte** berücksichtigt werden.

- § 128 Abs. 2 GWB: Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. … Sie können insbesondere … **umweltbezogene …** Belange ….

Nachhaltiges Bauen – II. Vorgaben des Vergaberechts

Vorgaben in der EU VOB/A

- § 7a Abs. 1 Nr. 2 EU VOB/A: **Leistungsbeschreibung**: Die geforderten Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Leistungen oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind.
- §16d EU VOB/A: **Zuschlagkriterien** (inkl. umweltbezogenen Kriterien)
- § 16d EU VOB/A: Lebenszykluskosten
- § 8c EU VOB/A : Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen.

Vorgaben in VOB/A Abschnitt 1 (Unterschwellenbereich): ähnlich ausgestaltet

Nachhaltiges Bauen – II. Vorgaben des Vergaberechts

Fazit: Im Grundsatz erlaubt das Vergaberecht die Berücksichtigung von umweltbezogenen Kriterien in weitem Umfang und auf nahezu allen Ebenen, teils verpflichtet das Vergaberecht sogar zur Berücksichtigung solcher Kriterien (Vgl. § 8c EU VOB/A).

- Ebenen:
  - Eignungskriterien (nur bedingt zur Berücksichtigung von Umweltkriterien geeignet und nur bedingt zulässig)
  - **Schwerpunkt**: leistungsbezogene Vorgaben
    - Beschaffungsgegenstand/Leistungsbeschreibung/ Ausführungsbedingungen
    - Zuschlagkriterien

- Art und Weise: zwingend einzuhaltende Umweltkriterien oder Umweltkriterien, die nur im Rahmen der Zuschlagkriterien berücksichtigt werden.

Nachhaltiges Bauen – II. Vorgaben des Vergaberechts

Anforderungen

an die Berücksichtigung von Umweltkriterien in der Beschaffungsentscheidung/ Leistungsbeschreibung/den Ausführungsbedingungen/den Zuschlagkriterien:

- mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend
- angemessen/verhältnismäßig
- nicht-diskriminierend
- überprüfbar/messbar
- transparent bekanntgemacht

Umweltkriterien und Verbindung zum Auftragsgegenstand

- Verbindung besteht zum einen, wenn sich das Kriterium direkt auf eine Eigenschaft des Auftragsgegenstandes bezieht.

- Verbindung besteht auch, wenn sich Kriterium 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.

- Keine Verbindung und unzulässig allgemeine Vorgaben zu einer nachhaltigen Unternehmenspolitik, die vorstehende Verbindung nicht aufweist.

Umweltkriterien und Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit

- Insoweit ist darauf zu achten, dass die Vorgaben in einem angemessenen Verhältnis zur Art der zu beschaffenden Leistung (dem Auftragsgegenstand) sowie dem Auftragswert stehen. Die Abwägung ist im Einzelfall vorzunehmen und zu dokumentieren. Weiter Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.

- Der Grundsatz muss insbesondere beachtet werden, wenn nur wenige Anbieter am Markt vorhanden sind, welche die umweltbezogenen Anforderungen erfüllen (können), und/oder die Anforderungen nur eine geringe Verbindung zum Auftragsgegenstand haben, weil sie (ausschließlich) die Produktion und/oder Lieferkette, nicht jedoch die spezifischen Merkmale und Eigenschaften der zu beschaffenden Produkte betreffen.

Umweltkriterien und Diskriminierungsfreiheit

- Diskriminierungsfreiheit bedeutet nicht, dass möglichst viele Unternehmen in der Lage sind, die Leistung zu erbringen. Sachgerechte Umweltkriterien stellen in aller Regel keine Diskriminierung dar, wenn sie angemessen und verhältnismäßig ist. Grenze: Reduzierung des Wettbewerbs auf ein Unternehmen.

Umweltkriterien und Transparenz

- Kriterien müssen transparent und für alle Bieter verständlich gemacht werden.

Umweltkriterien und Überprüfbarkeit/Messbarkeit des Kriteriums

- Umweltkriterien dürfen dem Auftraggeber kein uneingeschränktes Ermessen eröffnen. Der Auftraggeber muss in der Lage sein, anhand der Angebote effektiv zu überprüfen, ob sie die Umweltkriterien erfüllen. Kriterien, bei denen der AG keine Möglichkeit hat, die Einhaltung zu prüfen, sind grundsätzlich unzulässig.

- In der Rechtsprechung sind unbestimmt formulierte Kriterien, wie etwa die „Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ oder die „Energieeffizienz allgemein“, für unzulässig erklärt worden, da ohne nähere Spezifikationen in den Vergabeunterlagen der konkrete Inhalt des Begriffes für die Bieter nicht erkennbar war und zudem eine Vergleichbarkeit der Angebote und eine objektive Bewertung nicht gewährleistet war.

Nachhaltiges Bauen – III. Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Grundsatz: Auftraggebern steht ein sehr weiter Spielraum zu, Umweltaspekte zu berücksichtigen. Im Grundsatz fördert das Vergaberecht die Berücksichtigung von Umweltaspekten.

Gute Vorbereitung des Vergabeverfahrens

- Welche Umweltkriterien sind inhaltlich-fachlich in dem konkreten Projekt wichtig?
- Welche Umweltkriterien sollen dementsprechend berücksichtigt werden?
- Wie sollen sie berücksichtigt werden? Leistungsbeschreibung, Ausführungsbedingung, Zuschlagkriterium?
- Sind die Kriterien so konkret, dass sie objektiv überprüfbar und messbar sind?

Sinnvoll: Hilfestellung von Einrichtungen wie die der Faktor X Agentur, die sich konkret mit konkreten Kriterien und ihrer Messbarkeit befassen, nutzen. Rad muss häufig nicht neu erschafft werden.

1. Kriterium: Nicht erneuerbare Primärenergie

- als umweltbezogene Spezifikation in der Leistungsbeschreibung/als Ausführungsbedingung/ als Zuschlagkriterium
- vergaberechtlich zulässig (z.B. Festlegung, dass Mindestanteil und/oder möglichst hoher Anteil der zu erbringenden Leistungen für eine Neubaumaßnahme unter Einsatz erneuerbarer Primärenergieträger erfolgen soll).
- Verbindung zum Auftragsgegenstand, wenn Zuschlagskriterium sich auf ein beliebiges Stadium der Leistung bezieht. Gesetzesbegründung nennt exemplarisch den Einsatz energieeffizienter Maschinen.
- D.h. Zuschlagskriterium, dass in allen Leistungsstadien auf größtmöglichen Anteil von erneuerbaren bzw. geringstmöglichen Anteil nicht erneuerbarer Primärenergieträger abstellt, ist als umweltbezogenes Qualitätskriterium i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB zulässig.

2. Treibhausgasemission als Zuschlagskriterium

- **als umweltbezogenes Qualitätskriterium**
  - Bsp.: emissionsarme Produktion der Bauprodukte, Transportemissionen für eine bestimmte Strecke
  - Verbindung zum Auftragsgegenstand zu bejahen
- **als preisbezogenes Kriterium**
  - OLG Düsseldorf: Berücksichtigung von Transportentfernungen bei der Berechnung des Angebotspreises mit preislichem Aufschlag pro km Entfernung zum Leistungsort zulässig (Transportzuschlag). (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 – VII-Verg 105/11)
  - Einbeziehung über den Lebenszykluskostenansatz bei der Preisbewertung: Einstellung der Kosten der Emission von Treibhausgasen als externe Umwelteffekte ist in § 16d Abs. 2 Nr. 5 lit. b EU VOB/A ausdrücklich vorgesehen [Faktoren: Gesamtstrecke (Anzahl * Entfernung), (Gesamt-)Verbrauch, erzeugte Emissionen, Umrechnung in Euro].
  - Problematisch kann aber ein Kriterium sein, welches den Bietern auferlegt, ihre Baustoffe innerhalb eines bestimmten Umkreises vom Leistungsort produzieren zu müssen (= Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen unzulässig!)

3. Nicht nachwachsende Rohstoffe (einschl. ökologischer Rucksack)

- ökologischer Rucksack = Rochstoffverbrauch, der sich nicht unmittelbar aus dem verwendeten Rohstoff ergibt, sondern Menge an Ressourcen, die bei Herstellung, Gebrauch und Entsorgung eines Produkts oder einer Dienstleistung verbraucht wird.
- Zulässig als qualitatives Umweltkriterium: Berücksichtigung des Umfangs nicht nachwachsender Rohstoffe bei der Herstellung eines Baustoffs als Teil des Prozesses i.R.d. Lebenszyklusstadiums der Herstellung der Leistung.
- Zulässig auch als Lebenszykluskosten-Element, wenn und soweit sich dies nachvollziehbar in ein Kostenermittlung überführen lässt.

Nachhaltiges Bauen – IV. Umweltkriterien im Rahmen des Faktor-X Ansatzes

FAZIT:

- Das Faktor X Modell lässt sich auch in einem Vergabeverfahren umsetzen.
- Der Auftraggeber hat einen sehr weiten Spielraum, um Umweltkriterien in ein Vergabeverfahren einzuführen.
- Die Kriterien müssen so konkret gefasst werden, dass das Kriterium messbar und überprüfbar ist. Es darf sich nicht um eine bloße Floskel handeln.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ihr Ansprechpartner

Dr. Jan Mädler

Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn

Tel +49 228 72625-212

maedler@redeker.de

Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB, Sitz Bonn, Essen PR 1947

Berlin · Bonn · Brüssel · Leipzig · London · München

www.redeker.de

REDEKER | SELLNER | DAHS

Berlin

Leipziger Platz 3
10117 Berlin
Tel +49 30 885665-0
Fax +49 30 885665-99
berlin@redeker.de

Bonn

Willy-Brandt-Allee 11
53113 Bonn
Tel +49 228 72625-0
Fax +49 228 72625-99
bonn@redeker.de

Brüssel

172, Av. de Cortenbergh
1000 Brüssel
Tel +32 2 74003-20
Fax +32 2 74003-29
bruessel@redeker.de

Leipzig

Stentzlers Hof
Petersstraße 39-41
04109 Leipzig
Tel +49 341 21378-0
Fax +49 341 21378-30
leipzig@redeker.de

London

4 More London Riverside
London SE1 2AU
Tel +44 20 740486 41
Fax +44 20 743003 06
london@redeker.de

München

Maffeistraße 4
80333 München
Tel +49 89 2420678-0
Fax +49 89 2420678-69
muenchen@redeker.de

Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft mbB, Sitz Bonn, Essen PR 1947

Berlin · Bonn · Brüssel · Leipzig · London · München

www.redeker.de

REDEKER | SELLNER | DAHS