

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

STEFFEN KRAUS
 CHRISTIAN SIENZ
 CHRISTOPH WAGNER
 DR. CLAUD SCHWITZ MA
 JOSEPHARD STOLZ
 DR. A. OLIVIK VOGEL

HEIMETANSTRASSE 35
 80339 MÜNCHEN
 TELEFON: 089/1790980
 TELEFAX: 089/17909870
 E-MAIL: MUEHA@FRA.FR.DE

NAME KRAUS, SIENZ & PARTNER, HEIMETANSTRASSE 35 80339 MÜNCHEN

vorab per Fax: 08122/58-1109

Landratsamt Erding
 Herrn Heinz Fischer
 Alois-Schießl-Platz 2

85435 Erding

07.12.2006
 313/06BS01
 D3/243/is

Landkreis Erding wg. Energieausschreibung

Sehr geehrter Herr Fischer,

als Anlage beigefügt übergebe ich Ihnen meine rechtliche Stellungnahme zur Frage, ob grundsätzlich und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen es vergaberechtlich zulässig ist, neben dem Preis als weiteres Kriterium die "CO²-Minderung" vorzusehen, wie dies in der Arbeitshilfe des Bundesumweltamtes vorgeschlagen wird.

Wie Sie der Zusammenfassung unter Ziffer V entnehmen können, schließt das Vergaberecht die Verwendung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterium nicht aus. Nach der Rechtsprechung des EuGH gelten hierfür allerdings bestimmte Voraussetzungen. Ob diese in sachlicher Hinsicht vorliegend erfüllt sind, müsste ggf. noch einmal mit Ihrem sachverständigen Berater, Herrn Wider, besprochen werden.

Denn es muss zum einen sichergestellt sein, dass der als Bezugsmaßstab zu verwendende CO²-Ausschuss bei dem "durchschnittlichen

Blatt 2 vom 07.12.2006

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Strommix" allgemein anerkannt und wissenschaftlich belegt ist. Wenn sich dieser Bezugsmaßstab in Frage stellen lässt, kann das Kriterium als sachwidrig angegriffen werden.

Ferner muss sichergestellt werden, dass die von den Bietern angegebenen CO²-Minderungswerte von diesen belegbar und seitens des Auftraggebers - ggf. unter Zuhilfenahme sachverständiger Beratung - auch objektiv überprüfbar sind. Inwieweit dies der Fall ist, kann ich nicht beurteilen. Auch dies müsste mit Herrn Wider besprochen werden.

Wie das Bundesumweltamt, empfehle auch ich von einer "Alternativausschreibung" abzusehen. Bei einer Alternativausschreibung fehlt es generell an dem Erfordernis vergleichbarer Angebote, so dass eine solche vergaberechtlich problematisch und angreifbar wäre.

Ich rate auch von einer Aufnahme einer bestimmten CO²-Minderung als Mindestanforderung, wie in der Arbeitshilfe des Bundesumweltamtes vorgesehen, ab. Denn hierdurch würde - der voraussichtlich sowieso nur eingeschränkt bestehende Wettbewerb - noch weiter eingeschränkt.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


(Bernhard Stolz)

Anlage

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Rechtliche Stellungnahme

zur Frage, ob die "Höhe der CO²-Minderung" im Rahmen der beim Landkreis Erding anstehenden "Stromausschreibung" als Zuschlagskriterium vorgegeben werden kann.

I. Sachverhalt/Problemstellung

1. Der Landkreis Erding beabsichtigt den Auftrag über die Lieferung von elektrischer Energie (Stromlieferung) für die landkreiseigenen Abnahmestellen zu vergeben. Die Auftragsvergabe soll im Wege einer europaweiten Ausschreibung erfolgen.

Die hierfür maßgeblichen Rechtsvorschriften finden sich im zweiten Abschnitt der VOL/A (in der seit dem 01.11.2006 geltenden Fassung), in der Vergabeverordnung (in der seit dem 01.11.2006 geltenden Fassung) und im 4. Teil des GWB (§ 97 bis 126 ff.). Da diese Vorschriften der Umsetzung der Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie dienen, sind darüber hinaus im Wege der richtlinienkonformen Auslegung auch die Vorschriften der Vergabekoordinierungsrichtlinie und die zugrunde liegende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen.

2. Es soll geklärt werden, ob grundsätzlich und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen es zulässig ist, neben dem Preis auch Umweltschutzgesichtspunkte als Zuschlagskriterien in das Vergabeverfahren aufzunehmen. Es soll insbesondere überprüft werden, ob die Aufnahme des Kriteriums "Höhe der CO²-Minderung", das in der "Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung zur Beschaffung von Ökostrom im offenen Verfahren" des Umweltbundesamtes vorgeschlagen wird, zulässig ist.

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

II. Ausgestaltung der Zuschlagskriterien nach der Arbeitshilfe des Bundesumweltamtes

In der Arbeitshilfe des Umweltbundesamtes für eine europaweite Ausschreibung zur Beschaffung von Ökostrom im offenen Verfahren (im Folgenden kurz: Arbeitshilfe) werden in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots unter Ziffer 15 die Zuschlagskriterien wie folgt benannt:

"Der Zuschlag wird auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot ist das Angebot mit den besten Preis-/Leistungsverhältnis. Die Zuschlagskriterien sind der Angebotspreis und die Höhe der CO²-Minderung im Lieferzeitraum. Einzelheiten zu den Zuschlagskriterien sind in der Leistungsbeschreibung dargestellt. Die Strombezugskosten netto werden für jedes ordnungsgemäß abgegebene Angebot auf der Grundlage der angegebenen jährlichen Verbrauchs- und Leistungsdaten ermittelt."

Auf Seite 20 der Leistungsbeschreibung werden als Zuschlagskriterien noch einmal der "Angebotspreis" und die Höhe der "CO²-Minderung im Lieferzeitraum" als Zuschlagskriterien benannt.

Diesen beiden Zuschlagskriterien wird jeweils ein prozentualer Wertungsanteil zugeordnet.

Für den Angebotspreis sollen die jährlichen Strombezugskosten (netto) maßgeblich sein.

Für die Höhe der CO²-Minderung im Lieferzeitraum soll maßgeblich sein die CO²-Minderung "gegenüber einer Stromlieferung entsprechend dem durchschnittlichen nationalen Strommix".

Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots wird dem Prinzip nach der Angebotspreis und die mit Punkten bewertete prozentuale CO²-Minderung entsprechend der festgesetzten Gewichtung ins Verhältnis gesetzt und auf diese Weise das unter Berücksichtigung der vorgegebenen Zuschlagskriterien insgesamt wirtschaftlichste Angebot ermittelt.

- 3 -

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

III. Rechtliche Voraussetzung für die Berücksichtigung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien

Für die Frage der Zulässigkeit von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien ergibt sich folgender Rechtsrahmen:

a) In § 25a Nr. 1 VOL/A heißt es:

"(1) Der Auftraggeber berücksichtigt bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise, Qualität, preistechnischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeit und Lieferungs- oder Ausführungsfrist. Er hat die Kriterien zu gewichten.....

(2) Bei der Wertung der Angebote darf der Auftraggeber nur die Kriterien berücksichtigen, die in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen genannt sind."

b) § 25a VOL/A stellt die Umsetzung der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie dar und ist dementsprechend im Sinne dieser Richtlinie auszulegen. In der Vergabekoordinierungsrichtlinie heißt es im ersten Erwägungsgrund:

"Die vorliegende Richtlinie gründet auf der Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich einzugehen, sofern derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien (Grundsatz des freien Warenverkehrs, Grundsatz der Niederlassungsfreiheit, Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit, Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz) entsprechen.

- 4 -

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWALT

Im Erwägungsgrund 46 der Vergabekoordinierungsrichtlinie heißt es darüber hinaus:

"Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, setzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umweltanfordernisse den öffentlichen Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit so, wie es in der Leistungsbeschreibung festgelegt ist, einzugehen."

c) Bei der im ersten Erwägungsgrund der Vergabekoordinierungsrichtlinie angesprochenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes handelt es sich um die Urteile des Europäischen Gerichtshofes vom 17.09.2002 (C 513/99 - "Concordia", Vergaber 2002, 593) und vom 04.12.2003 (C-448/01 - "Wienstrom", Vergaber 2004, 36). In diesen Entscheidungen hat der EuGH vier Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten als Zuschlagskriterien aufgestellt. Danach

- (1) müssen diese mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen,
- (2) dürfen diese dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen,
- (3) müssen diese ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sein und
- (4) alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot beachten.

In seinem Urteil vom 04.12.2003 hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass bei Vorliegen dieser vier Voraussetzungen die Aufnahme eines Kriteriums "Energie aus erneuerbaren Energieträgern", das mit einem Gewicht von 45 % versehen wurde, akzeptabel erscheint.

In Bezug auf die vierte Voraussetzung (Beachtung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbots) hat der EuGH in dieser Entscheidung jedoch

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWALT

auch ausgeführt, dass die objektive nicht diskriminierende und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote voraussetzt, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob und inwieweit ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Wenn der öffentliche Auftraggeber ein Zuschlagskriterium festlege, bei dem er nicht in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu überprüfen, verstoße er gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, denn ein solches Kriterium gewährleiste nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens.

IV. Vereinbarkeit einer der Arbeitshilfe des Umweltbundesamtes entsprechenden Ausgestaltung der Zuschlagskriterien mit dem hierfür geltenden Rechtsrahmen

Für die Frage, ob im vorliegenden Fall das vom Umweltbundesamt in seiner Arbeitshilfe vorgeschlagene Zuschlagskriterium der "CO²-Minderung im Lieferzeitraum" zulässig ist, kommt es vorliegend darauf an, ob dieses Kriterium die vier Voraussetzungen, die der Europäische Gerichtshof aufgestellt hat, erfüllt.

a) Auftragsbezug

Das Erfordernis des Auftragsbezugs verlangt, dass nur solche Umweltaspekte berücksichtigt werden, die sich auf Produktionsfaktoren beziehen, die bei der Auftragsdurchführung eingesetzt werden. Der öffentliche Auftraggeber darf jedoch die allgemeine Unternehmenspolitik eines Bieters im Hinblick auf Umweltaspekte weder im Wege zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsdurchführung vorschreiben noch im Rahmen der Eignungsprüfung oder der Zuschlagsentscheidung berücksichtigen (vgl. Opitz, VergabeR 2004, 428).

Da sich das Kriterium "CO²-Minderung" konkret auf die Produktionsfaktoren der Erzeugung elektrischer Energie bezieht, kann davon ausgegangen werden, dass das Erfordernis des Auftragsbezugs vorliegend erfüllt ist.

b) Keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit

Diese Voraussetzung wird Genüge getan, wenn das Kriterium spezifische und objektiv quantifizierbare Anforderungen an die Angebote stellt. Es geht hierbei vor allem um die hinreichende Bestimmtheit des Zuschlagskriteriums (vgl. Kaelble, VergabeR 2002, 605).

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWALT

Die Arbeitshilfe des Bundesumweltamtes sieht insoweit die Festlegung eines Bezugsmaßstabes, nämlich den CO²-Ausstoß beim "durchschnittlichen nationalen Strommix" vor.

Wird dieser in den Ausschreibungsunterlagen konkret benannt und als Bezugsmaßstab festgelegt, sind die Angebote und die darin angegebenen CO²-Minderungen hieran zu messen, so dass dem Auftraggeber eine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit nicht mehr zukommt.

In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, inwiefern der in den Ausschreibungsunterlagen als Wertungsmaßstab vorgegebene CO²-Ausstoß des "durchschnittlichen nationalen Strommix" wissenschaftlich belegt und anerkannt ist. Sollte ein potentieller Bieter die Auffassung vertreten, dass der hierfür ermittelte CO²-Ausstoß unzutreffend ist könnte er das Zuschlagskriterium "CO²-Minderung" als sachwidrig angreifen. Es muss deshalb sichergestellt sein, dass der als Wertungsmaßstab vorgegebene CO²-Ausstoß beim durchschnittlichen nationalen Strommix weitgehend anerkannt ist und von den potentiellen Bietern nicht in Frage gestellt werden wird. In der Arbeitshilfe des Bundesumweltamtes wird dies nicht problematisiert. Ob die darin aufgeführten CO²-Werte für den durchschnittlichen nationalen Strommix zutreffend und wissenschaftlich belastbar sind, müsste also noch einmal sachverständig überprüft werden.

c) Bekanntmachung der Zuschlagskriterien

Das Zuschlagskriterium "CO²-Minderung" müsste in der Bekanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben werden. Dies ist unproblematisch möglich.

d) Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbots

Wie sich aus der Entscheidung des EuGH vom 07.12.2003 (s. oben Ziffer III) ergibt, setzt die objektive, transparente und dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Bewertung der verschiedenen Angebote voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob und inwieweit ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Wird ein Zuschlagskriterium gewählt, bei dem diese

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Möglichkeit nicht besteht, so verstößt dies gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, weil ein solches Kriterium nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens gewährleistet.

Auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies, dass es möglich sein muss, dass die Bieter Nachweise für die in ihrem Angebot angegebene CO²-Minderung mit dem Angebot liefern und anhand dieser Nachweise - ggf. mit sachverständiger Hilfe - auch überprüft werden kann, ob die vom jeweiligen Bieter gewählte Art der Stromerzeugung tatsächlich eine dem Angebot entsprechende CO²-Minderung gewährleistet.

Kann die im Angebot angegebene CO²-Minderung faktisch nicht belegt bzw. nachgewiesen werden und vom Auftraggeber auch nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden, fehlt es bezüglich dieses Kriteriums an der vierten Voraussetzung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Gegebenenfalls besteht das konkrete Risiko, dass ein Bieter die Verwendung dieses Kriteriums im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens angreift und in einem solchen Verfahren das Kriterium der CO²-Minderung mangels hinreichender Nachprüfbarkeit der diesbezüglichen Bieterangaben als vergaberechtswidrig beurteilt wird. Das hätte zur Folge, dass eine Neuausschreibung ohne dieses Kriterium erforderlich wäre.

Ob es für die Bieter tatsächlich möglich ist, den mit ihrem Angebot angegebenen CO²-Minderungsprozentsatz nachvollziehbar zu belegen und es ferner für den Auftraggeber möglich ist, die betreffenden Angaben auf ihre objektive Richtigkeit hin zu überprüfen, kann diesseits nicht beurteilt werden und müsste ggf. unter Zuhilfenahme sachverständiger Beratung geklärt werden.

V. Zusammenfassung

Das Vergaberecht lässt es grundsätzlich zu, neben dem Preis als weiteres Zuschlagskriterium die "CO²-Minderung im Lieferzeitraum" in die Ausschreibung des Stromlieferungsvertrages aufzunehmen.

Voraussetzung ist jedoch, dass der Bezugsmaßstab, der CO²-Ausstoß bei der Erzeugung des "durchschnittlichen nationalen Strommix", hinreichend anerkannt und wissenschaftlich belegt ist. Andernfalls könnte dieser Bezugsmaßstab als sachwidrig beanstandet werden.

KRAUS, SIENZ & PARTNER

RECHTSANWÄLTE

Ferner ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vergaberechtlich erforderlich, dass die CO²-Minderungsbeiträge, die die Bieter in ihren Angeboten angeben von diesen mit ihren Angeboten auch belegt und die betreffenden Angaben vom Auftraggeber auch auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können.

München, den 07.11.2006


Bernhard Stolz
Rechtsanwalt

