

DAGEFÖRDE
Öffentliches Wirtschaftsrecht

Neues aus dem Vergaberecht

19. Niedersächsisches Bodenschutzforum

Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde
Hannover

28. November 2018

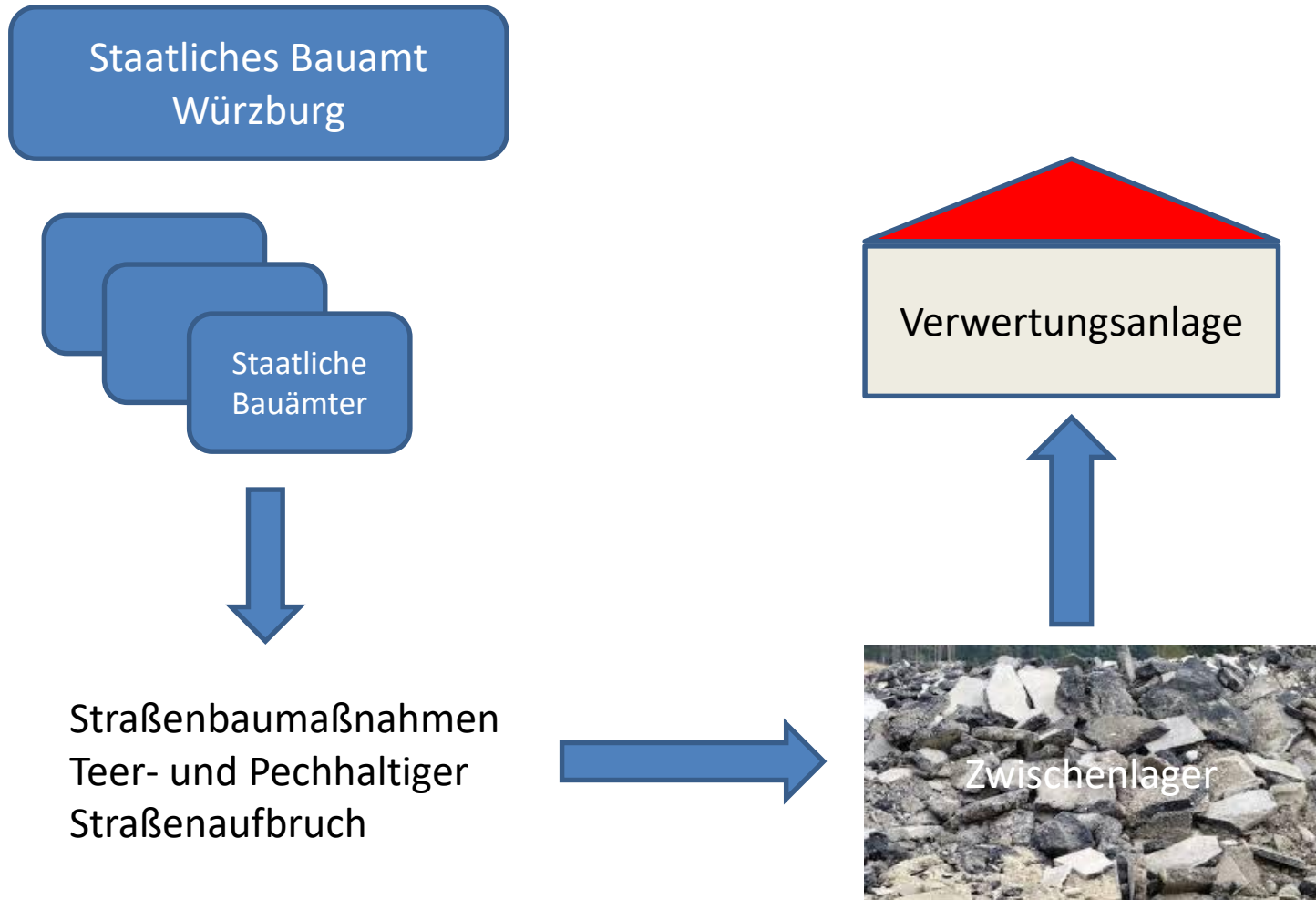
DAGEFÖRDE
Öffentliches Wirtschaftsrecht



OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17

- Europaweite Ausschreibung im nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 119 Abs. 4 GWB, § 16 VgV.
- Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen →
 - Abholung teer-und pechhaltigen Straßenaufbruchs, Transport in Zwischenlager und **thermische Verwertung in geeigneter Verwertungsanlage** (sowohl in Bekanntmachung als auch Leistungsbeschreibung).
 - Zuschlagskriterien (Preis 60% / Entfernung zum Zwischenlager 40%).

OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17



Veröffentlichung der Ausschreibung

- *„Der Freistaat Bayern strebt eine weitestgehend, langfristige bzw. dauerhafte und sichere Ausschleusung des Schadstoffpotentials des teer-/pechhaltigen Straßenaufbruchs sowie die hochwertige und ressourcenschonende Verwertung der mineralischen Fraktion an. Der im Rahmen von Straßenbaumaßnahmen durch die Staatlichen Bauämter Aschaffenburg, Schweinfurt und Würzburg anfallende teer-/pechhaltige Straßenaufbruch soll **einer thermischen Behandlung** (vollständige Verbrennung der Schadstoffe und Wiederverwendung der enthaltenen Gesteinskörnungen) zugeführt werden.“*
- Transport und Thermische Verwertung von teer- und pechhaltigem Straßenaufbruch. Ca. 36.000 t teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch mit Fremdstoffanteilen. Der Auftrag umfasst die Annahme inkl. Abholung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch an den Zwischenlagern des Auftragnehmers, und die rechtskonforme Verwertung des teer-/pechhaltigen Straßenaufbruchs **durch thermische Behandlung.**
- Nebenangebote sind zulässig: **nein**

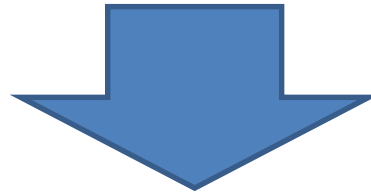
Argumente der Parteien

- Unternehmen → Rüge: zwingende thermische Verwertung des Materials steht im Widerspruch zum KrWG!
 - Ökoeffizienzanalysen zu Entsorgungsoptionen von teer- und pechhaltigem Straßenaufbruch aus 2007 und 2017.
 - Vorschriften des KrWG sind zu beachten.
 - Verwertung als Deponieersatzstoff als alternative Verwertungsmöglichkeit.
- Vergabestelle: möglichst rasche Beseitigung der im Straßenaufbruch enthaltenen Schadstoffe ohne Gefahr für Mensch und Umwelt maßgeblich.
 - Erstellung einer Ökobilanz ist nicht erforderlich.
 - Abwägung hinsichtlich einer vorzugswürdigen Verwertung vor Beseitigung.

Fragestellung des Gerichts

Hat die Vergabestelle durch Festlegung des Entsorgungskonzepts (zwingend thermische Verwertung des Straßenaufbruchs) die Vorschriften des KrWG hinreichend beachtet?

Welchen Einfluss haben abfallrechtliche Bestimmungen auf das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers?



Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

- **Grundsatz:** Beschaffungsautonomie
 - Auftraggeber weiß selbst am besten, was er braucht.
 - AG muss Beschaffungsgegenstand nicht so definieren, dass alle am Markt tätigen Unternehmen anbieten können.
 - Weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.
- **Grenzen:** Vergaberecht, insb. Grundsätze des § 97 GWB
 - Bestimmung des Auftragsgegenstandes muss sein:
 - sachlich gerechtfertigt (auftragsbezogene Gründe),
 - nachvollziehbar, objektiv,
 - frei von Willkür und Diskriminierung.

Die fünfstufige Abfallhierarchie, § 6 KrWG



Steuerungswirkung der Abfallhierarchie

- § 6 Abs. 2: *„Ausgehend von der Rangfolge nach Absatz 1 soll (...) diejenige Maßnahme Vorrang haben, die den **Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen unter Berücksichtigung des Vorsorge- und Nachhaltigkeitsprinzips am besten gewährleistet.**“*
- Für die Betrachtung der Auswirkungen auf Mensch und Umwelt nach Satz 1 ist der **gesamte Lebenszyklus** des Abfalls zugrunde zu legen.
- Hierbei sind insbesondere zu berücksichtigen
 1. die zu erwartenden Emissionen,
 2. das Maß der Schonung der natürlichen Ressourcen,
 3. die einzusetzende oder zu gewinnende Energie sowie
 4. die Anreicherung von Schadstoffen in Erzeugnissen, in Abfällen zur Verwertung oder in daraus gewonnenen Erzeugnissen.
- Die technische Möglichkeit, die wirtschaftliche Zumutbarkeit und die sozialen Folgen der Maßnahme sind zu beachten.

Verwertung

- 1) **„Ob“ der Verwertung**, § 7 Abs. 2 KrWG (Grundpflichten der Kreislaufwirtschaft): „... **Die Verwertung von Abfällen hat Vorrang vor deren Beseitigung.** Der Vorrang entfällt, wenn die Beseitigung der Abfälle den Schutz von Mensch und Umwelt nach Maßgabe des § 6 Absatz 2 Satz 2 und 3 am besten gewährleistet. Der Vorrang gilt nicht für Abfälle, die unmittelbar und üblicherweise durch Maßnahmen der Forschung und Entwicklung anfallen.“
- 2) **„Wie“ der Verwertung**, § 8 Abs. 1 KrWG: Bei der Erfüllung der Verwertungspflicht nach § 7 Absatz 2 Satz 1 hat diejenige (...) Verwertungsmaßnahme Vorrang, die den Schutz von Mensch und Umwelt nach der Art und Beschaffenheit des Abfalls unter Berücksichtigung der in § 6 Absatz 2 Satz 2 und 3 festgelegten Kriterien am besten gewährleistet. Zwischen mehreren gleichrangigen Verwertungsmaßnahmen besteht ein Wahlrecht des Erzeugers oder Besitzers von Abfällen. Bei der Ausgestaltung der nach Satz 1 oder 2 durchzuführenden **Verwertungsmaßnahme ist eine den Schutz von Mensch und Umwelt am besten gewährleistende, hochwertige Verwertung anzustreben.**

Schink, in: Schink/Versteyl, zu § 8 KrWG

- § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG enthält einen „Strebsamkeitsappel“ für Abfallerzeuger und Besitzer.
- Das Gebot, eine hochwertige Verwertung durchzuführen, ist nicht rechtlich verbindlich, sondern hat bloßen Appell- bzw. Programmcharakter.
- § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG enthält keine konkrete Rechtspflicht (BEACHTEN „anzustreben“).
- § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG enthält keine durch Ordnungsverfügung konkretisierbare und vollziehbare Rechtspflicht.
- Die Anforderungen an die Hochwertigkeit der Verwertung werden in § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG nicht näher konkretisiert.

Gresse/Lau, in: Kopp-Assenmacher, zu § 8 KrWG

- Wortlaut spricht gegen die Verbindlichkeit der Hochwertigkeitsanforderungen.
- Gesetz verlangt im Einzelfall nur dann keine strikte Durchführung der hochwertigen Verwertungsoptionen, sondern lediglich eine Optimierung der Verwertung, soweit verordnungsrechtliche Vorgaben nicht bestehen (Gesetzesbegründung).
- Durchsetzung des Hochwertigkeitsgebots nur mit konkretisierender Rechtsverordnung.

OLG München, 9.3.2018, Verg 10/17

- Leitsatz:

„Schreibt ein öffentlicher Auftraggeber einen ganz bestimmten Umgang mit dem Abfall vor und schließt er alle sonstigen (nicht von vornherein offensichtlich nachrangigen) Möglichkeiten der Verwertung/Entsorgung zwingend aus, muss er die zentralen Aspekte, die für bzw. gegen die beabsichtigte Festlegung sprechen, gegenüberstellen und bewerten und dabei die grundlegende Konzeption des KrWG berücksichtigen.“

OLG München

- *„... sofern er an seiner Beschaffungsabsicht festhält –, das Verfahren auf den Stand vor der Bekanntmachung **zurückzusetzen**, die verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten der Behandlung des Straßenaufbruchs eingehender in Bezug auf ihre **Vor- und Nachteile sowie unter Berücksichtigung des Risikopotenzials des Abfalls zu prüfen** und zu bewerten und dann neu zu entscheiden, ob er bei der Ausschreibung an der Vorgabe einer ausschließlichen thermischen Verwertung festhält oder (auch) andere Verwertungsarten zulässt.“*

OLG München

Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet:

- Vorgabe der thermischen Verwertung liegt wohl eng mit Verwendung als Deponieersatzbaustoff beieinander.
 - Vorteil: zeitnahe, endgültige Beseitigung potenziell gefährlicher Schadstoffe.
 - Nachteil: Umweltbelastung durch Transport in die Niederlanden, da derzeit keine größeren derartigen Anlagen in Deutschland.
 - Ökobilanz in Form umfassender Analyse der abfallwirtschaftlichen und ökologischen Rahmenbedingungen ist nicht erforderlich.
- Aber ordnungsgemäße Ermessensausübung des Auftraggebers erfordert Gegenüberstellung und Bewertung zentraler Aspekte, die für die beabsichtigte Festlegung der thermischen Verwertung (und gegen etwaige andere Maßnahmen) sprechen.
- Dabei Berücksichtigung der Konzeption des KrWG.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – VII Verg 105/11

- Europaweite Ausschreibung im offenen Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB, § 15 VgV.
- Landkreis in NRW, Vergabe von Entsorgungsleistungen →
 - Transport und Entsorgung von Rest- und Sperrmüll, aufgeteilt in zwei Mengenlose für die Dauer von neun Jahren.
 - Vergabeunterlagen sahen zwei Entsorgungskonzepte vor:
 1. Thermische Behandlung in Müllverbrennungsanlage.
 2. Aufbereitung in einer mechanisch-biologischen oder mechanischen Aufbereitungsanlage mit anschließender getrennter stofflicher oder energetischer Verwertung oder, sofern nicht anders möglich, Beseitigung.
- Bieter rügt die unzureichende Berücksichtigung des Näheprinzips und der Abfallhierarchie.

OLG Düsseldorf

- Entsorgungsrechtliche Prinzipien wie
 - Grundsatz der Nähe
 - Abfallhierarchie

zählen zwar nicht zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

Sie sind aber im Vergabenachprüfungsverfahren inzident – im Sinne vorgelagerter Rechtsfragen – zu prüfen.

- Einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, wonach außervergaberechtliche, unter anderem entsorgungsrechtliche Normen im Vergabenachprüfungsverfahren nicht zu prüfen sind, gibt es demnach nicht.
- Abfallrechtliche Vorschriften betreffen die Leistungsbeschreibung, die Bedingungen für die Auftragsausführung und die Zuschlagskriterien.

OLG Düsseldorf

- Die Leistungsbeschreibung hat die Entsorgungshierarchie zu respektieren.
- Die Entsorgungshierarchie ist in den Vergabeunterlagen in vertretbarer Weise zu berücksichtigen.
- In dem Streitfall vom OLG bejaht, wie der Auftraggeber die abfallrechtlichen Vorschriften mit Leben füllt, ist seinem Bestimmungsrecht überlassen.

Fazit

- Vergaberecht verhilft dem Abfallrecht zur Durchsetzung.
- Abfallrechtliche Vorschriften können von Bietern in Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden (Stichwort: Bieterschutz).
- Auftraggeber darf Abfallrecht bei Konzeptionierung von einschlägigen Vergabeverfahren nicht völlig außer Acht lassen.
- Überlegungen/Abwägungen sind zu dokumentieren (Vergabeakte!).

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin
Dr. jur. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Podbielskistraße 344 • 30655 Hannover

dagefoerde@kanzlei-dagefoerde.de

www.kanzlei-dagefoerde.de

DEUTSCHLANDS
**BESTE
ANWÄLTE
2018**

Dr. Angela Dageförde
Öffentliches
Wirtschaftsrecht

Handelsblatt

Handelsblatt · 13.07.2018
Eine Kooperation mit

 Best Lawyers®