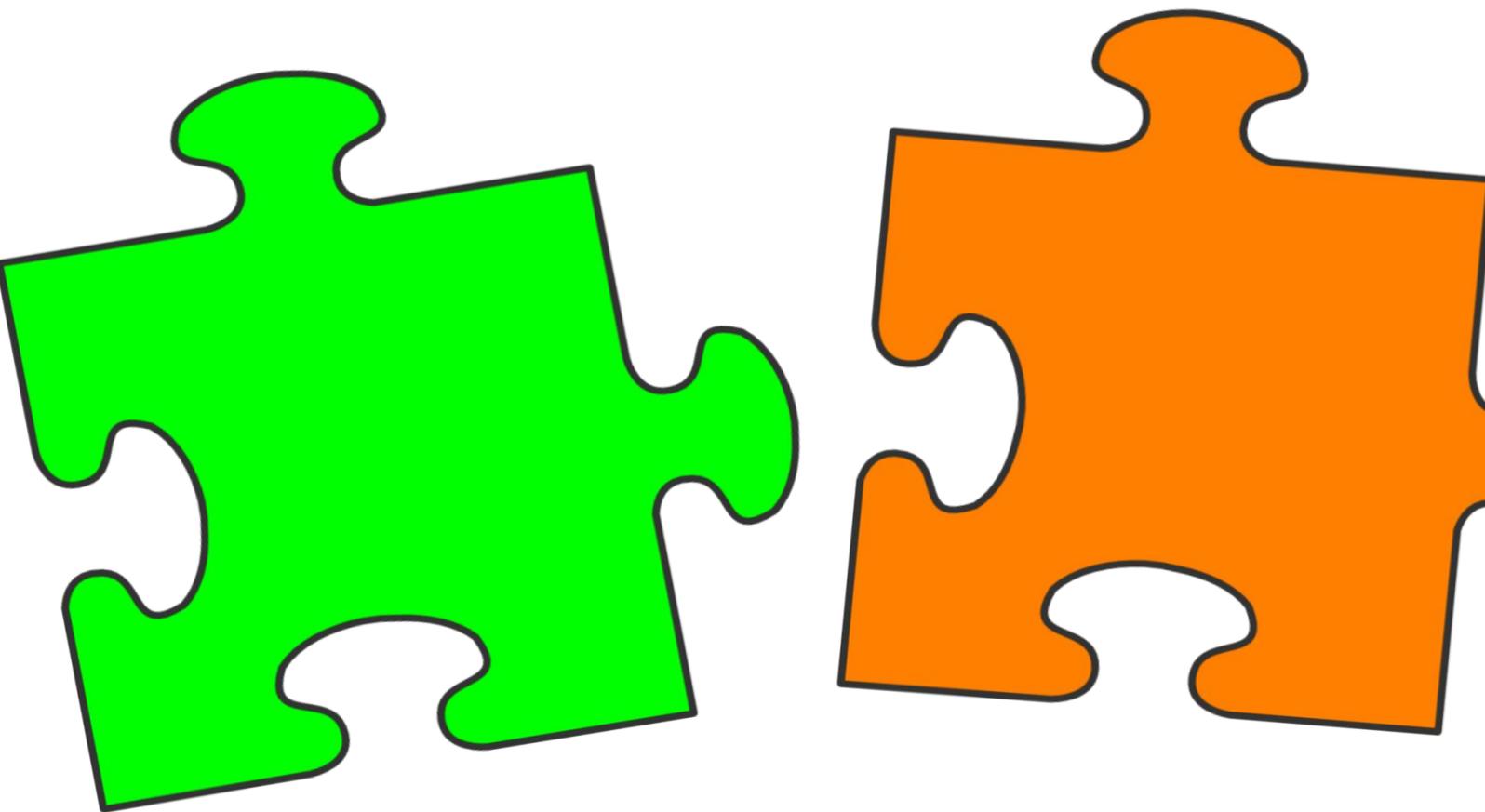


**Kooperationen zwischen  
öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern  
und sozialwirtschaftlichen Betrieben  
bei der Vorbereitung zur Wiederverwendung  
von Abfällen**

Ein Handlungsleitfaden vor dem Hintergrund des  
Abfall- und Vergaberechtes

Von Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde, Hannover



**Auftraggeber und Herausgeber:**

Abfallwirtschaftsbetriebe AWM Münster

AFG Förderverein für die Rehabilitation psychisch Kranker und Behinderter Eschweiler e. V.

Arbeitskreis Recycling e. V. – RecyclingBörse!, Herford

AWA Entsorgung GmbH, Eschweiler

AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH & Co.

Bundesarbeitsgemeinschaft Arbeit e. V., Berlin

Dachverband FairWertung e. V., Essen

Diakoniewerk Duisburg GmbH

Umweltbetrieb der Stadt Bielefeld

Wirtschaftsbetriebe Duisburg - AÖR

gefördert im Rahmen des Projektes Ressource@Region –

November 2014

## Inhalt

I.	Einleitung/Fragestellung.....	4
II.	Zusammenfassung der Ergebnisse, Do's and Dont's .....	5
III.	Formen der Kooperation zwischen Kommunen und kommunalen Unternehmen einerseits sowie sozialwirtschaftlichen Betrieben andererseits.....	7
1.	Informelle Kooperationsbeziehungen.....	7
a.	Förderung im Rahmen der Abfallberatung des öRE gem. § 46 KrWG .....	7
b.	Förderung im Rahmen der Allgemeinen Verhaltenspflicht des § 2 LAbfG NRW (Förderung der Kreislaufwirtschaft) .....	8
c.	Förderung gemeinnütziger Sammlungen .....	9
2.	Formalisierte Kooperationsbeziehungen .....	9
a.	Drittbeauftragung, § 22 KrWG .....	9
b.	Kooperation bei der Arbeit auf Wertstoffhöfen .....	10
3.	Gebührenfähigkeit der Kosten einer Kooperation zwischen öRE und sozialwirtschaftlichem Betrieb .....	11
IV.	Zum Anwendungsbereich des Abfallrechts: Welche Leistungen sind unter Beachtung des Abfallrechtsregimes zu erbringen?.....	12
1.	Die (neue) fünfstufige Abfallhierarchie des § 6 KrWG.....	12
2.	Abgrenzung der Abfallvermeidung (Nr. 1) von der Vorbereitung zur Wiederverwendung (Nr. 2) = Abgrenzung Produkt ↔ Abfall .....	12
3.	Fazit .....	14
V.	Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts: Welche Leistungen sind im Vergabeverfahren zu vergeben? .....	14
1.	Persönlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftraggeber.....	14
a.	bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen über 207.000 EUR netto .....	14
b.	bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 207.000 EUR netto.....	15
aa.	Empfehlung zur Anwendung der VOL/A 1. Abschnitt .....	15
bb.	Freistellung von der VOL/A 1. Abschnitt .....	15
cc.	Verpflichtung zur Anwendung der VOL/A 1. Abschnitt .....	16
2.	Sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftrag .....	16
a.	Verträge mit Unternehmen.....	16
b.	Entgeltlichkeit.....	16
c.	Beschaffungscharakter .....	17
3.	Zwischenfazit .....	18
4.	Anzuwendende Vorschriften .....	18
5.	Auftragsvolumen/Wertgrenzen .....	18
VI.	Berücksichtigung sozialwirtschaftlicher Betriebe in Vergabeverfahren über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung .....	20
1.	Wahl der Vergabeverfahrensart.....	20
a.	Freihändige Vergabe an Werkstätten für Behinderte .....	21
b.	Freihändige Vergabe an (lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe.....	21
c.	Freihändige Vergabe wegen Unterschreitens des landesrechtlich vorgesehenen Schwellenwerts (in NRW: 100.000 EUR netto) .....	22
2.	Leistungsbeschreibung (Kernstück der Vergabeunterlagen).....	22
a.	Beschreibung der zu erbringenden Leistung; Recht des Auftraggebers, Leistung frei zu bestimmen.....	22
b.	Auftragsausführungsbedingungen.....	23
3.	Anforderungen an die Eignung der Bieter .....	26
a.	Fachkunde.....	26
b.	Leistungsfähigkeit.....	26
c.	Zuverlässigkeit.....	27
d.	Mindestanforderungen an die Eignung .....	27
e.	Anforderungen, die bereits ortsansässige Betriebe bevorzugen .....	28
4.	Zuschlagskriterien .....	28
a.	Soziale Zuschlagskriterien .....	29
b.	Umwelt .....	29
c.	Bevorzugung von Behindertenwerkstätten.....	31

## Anhang (Grafik)

## I. Einleitung/Fragestellung

Gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 KrWG sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen zur **ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung** ihrer Abfälle verpflichtet. Sie müssen diese Abfälle **den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern (örE) überlassen**, soweit sie zu einer Verwertung auf dem eigenen Grundstück nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KrWG).

Die örE haben die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen nach Maßgabe der §§ 6 bis 11 KrWG zu verwerten. **Vorrang** bei der Erfüllung dieser Verwertungspflicht hat diejenige der in § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 KrWG genannten Verwertungsmaßnahmen (in dieser Reihenfolge: Vorbereitung zur Wiederverwendung, Recycling sowie sonstige Verwertung), die den Schutz von Mensch und Umwelt nach der Art und Beschaffenheit des Abfalls unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 festgelegten Kriterien am besten gewährleistet; bei der Ausgestaltung der Verwertungsmaßnahme ist eine den Schutz von Mensch und Umwelt am besten gewährleistende, **hochwertige Verwertung** anzustreben (§ 8 Abs. 1 KrWG). Das KrWG legt daher den Schwerpunkt auf (Abfall-) Vermeidung und Ressourcenschonung durch (Vorbereitung zur) Wiederverwendung.

Die örE können Dritte in die Erfüllung ihrer Verwertungspflichten einschalten. Sie sind dabei jedoch als öffentliche Auftraggeber ggfs. dem Vergaberecht unterworfen. Gleichzeitig möchten örE rechtssicher die Potentiale und Leistungen der regional arbeitenden sozialwirtschaftlichen Betriebe<sup>1</sup> oder Einrichtungen wie Werkstätten für behinderte Menschen als Partner in ihre Konzepte zur Umsetzung und Förderung der Abfallvermeidung und Vorbereitung zur Wiederverwendung einbeziehen.

Deshalb stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung zwischen örE und sozialwirtschaftlichen Betrieben dem Vergaberecht unterfallen. Ist dies der Fall, muss der betreffende örE den Auftrag über die von ihm nachgefragte Leistung ausschreiben, wenn und soweit er den vergaberechtlichen Regelungen unterworfen ist. Sozialwirtschaftliche Betriebe stünden bei einer Ausschreibung als Bieter grundsätzlich in einem offenen Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern.

**Um in der Praxis Handlungs- und Rechtssicherheit zu geben, grenzt der vorliegende Handlungsleitfaden vergaberechtsfreie von ausschreibungspflichtigen Kooperationsformen ab.**

**Ferner werden mögliche Kriterien für die Auswahl der Kooperationspartner des örE vor dem Hintergrund vergaberechtlicher Anforderungen aufgezeigt.**

---

<sup>1</sup> Ein sozialwirtschaftlicher Betrieb ist z. B. der Zweckbetrieb eines entsprechend Abgabengesetz als gemeinnützig anerkannten Vereins, einer gGmbH o. ä. In diesem Leitfaden werden auch sog. „Integrationsbetriebe“ für Menschen mit Behinderungen unter den Oberbegriff „sozialwirtschaftliche Betriebe“ gefasst. Sofern für Integrationsbetriebe besondere Bestimmungen gelten, werden diese im Leitfaden explizit genannt. Sozialwirtschaftliche Betriebe sind in der Regel durch eine soziale Zielsetzung und eine gemeinnützige Ausrichtung gekennzeichnet. Kriterien neben der Gemeinnützigkeit können die Beschäftigung sozialhilfeberechtigter Arbeitsloser, allgemeiner: die Eingliederung benachteiligter Personen in die Gesellschaft und den Arbeitsmarkt und die Schaffung neuer Arbeitsplätze für solche Personengruppen sein. Jedenfalls steht die Verfolgung solcher Sachziele in sozialwirtschaftlichen Betrieben im Vordergrund; eine Gewinnerzielungsabsicht besteht i.d.R. nicht.

## II. Zusammenfassung der Ergebnisse, Do's and Dont's

### Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts:

- Jede Vereinbarung des örE über **Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung** von Gegenständen, die ihm – dem örE – von privaten Haushaltungen überlassen wurden (und deshalb **Abfälle** sind), ist ein dem Vergaberecht unterfallender Dienstleistungsauftrag.
- Regelt die Vereinbarung zwischen örE und sozialwirtschaftlichem Betrieb hingegen „nur“ Wiederverwendungsmaßnahmen des Betriebes für **Gegenstände aus privaten Haushaltungen**, die dem örE (noch) nicht überlassen wurden<sup>2</sup>, liegt **kein öffentlicher Auftrag** vor, den der örE ausschreiben müsste.

### Wenn Vergaberecht Anwendung findet:

#### Zur Wahl der Vergabeverfahrensart

- Eine **Freihändige Vergabe** eines Auftrages **an Sozialwirtschaftliche Betriebe** ist im Rahmen der Wertgrenzen-Regelung des nordrhein-westfälischen Landesrechts **bis 100.000 EUR** (netto) möglich, wenn das geschätzte Auftragsvolumen diese Wertgrenze unterschreitet.
- örE in Form des **Eigenbetriebs, der Eigengesellschaft oder kommunal beherrschten Gesellschaft** sowie Einrichtungen in privatrechtlicher Rechtsform und Zweckverbände, deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ist, sind unterhalb des EU-Schwellenwerts (207.000 EUR) nicht an die VOL/A – 1. Abschnitt – gebunden und **können** sozialwirtschaftliche Betriebe mit Leistungen **bis zu 207.000 EUR netto freihändig beauftragen**.
- **Behindertenwerkstätten** können **exklusiv** im Wege der **Freihändigen Vergabe** beauftragt werden, wenn das Auftragsvolumen den EU-Schwellenwert von **207.000 EUR** (netto) unterschreitet.

#### Zur Schätzung des Auftragsvolumens im Vorfeld der Vergabe

- Das **Auftragsvolumen** ist der **Marktwert** der konkret nachgefragten Leistung („Vorbereitung zur Wiederverwendung“); von Dritten erzielte **Erlöse sind einzubeziehen**, wenn sie beim Vertragspartner verbleiben, also nicht an den örE als „durchlaufender Posten“ weitergereicht werden.
- Bei Aufträgen, die jeweils getrennt vergeben werden, die aber regelmäßig wiederkehren, weil es **laufend** und auch künftig einen regelmäßig wiederkehrenden **Beschaffungsbedarf** für Leistungen der in Rede stehenden Art bei dem Auftraggeber gibt, ist maßgeblich die **Summe aller Aufträge**, die **im letzten Haushaltsjahr** oder Geschäftsjahr ausgelöst wurden.

#### Zur Einbeziehung sozialer Aspekte in die Leistungsbeschreibung

- **Soziale Kriterien**, die einer direkten oder unmittelbaren Bevorzugung von sozialwirtschaftlichen Betrieben dienen könnten, können **nur sehr begrenzt in der Leistungsbeschreibung** definiert werden. Denn es fehlt ihnen häufig der hierfür zwingend erforderliche Auftragsbezug.

---

<sup>2</sup> und für die auch keine Überlassungspflicht besteht.

- Teil der Leistungsbeschreibung sind aber auch die sogenannten **Auftragsausführungsbedingungen**. Diese sind für die Berücksichtigung sozialer Aspekte **gut geeignet** (zum Beispiel die **Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen** bezogen auf den konkreten Auftrag; **Anforderungen an die Vermarktung** der im Rahmen der Vorbereitung zur Wiederverwendung anfallenden Ware bzw. des Materiales; **Höchstentfernung** zwischen dem örE-Gebiet und dem Ort, wo die Abfälle zur Wiederverwertung vorbereitet werden sollen). Auftragsausführungsbedingungen sollten in der Leistungsbeschreibung klar als solche gekennzeichnet werden (z. B. durch eine entsprechende Überschrift „Auftragsausführungsbedingungen“).

### Zu den Eignungskriterien

- Der örE kann in eigenem Ermessen Kriterien an die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Anbieter aufstellen; dazu können auch **Mindestanforderungen** gehören (z. B. *mindestens* dreijährige Erfahrung im Bereich Vorbereitung zur Wiederverwertung (Materialkenntnis) oder *mindestens* zwei Referenzen über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwertung).
- Vergaberechtlich **problematisch** sind Eignungsanforderungen, die schon ortsansässige Betriebe bevorzugen, wie zum Beispiel der Nachweis einer lokal „etablierten“ Wiederverwendungsstruktur. Zur Rechtfertigung bedürfte es eines sachlichen auftragsbezogenen Grundes, der auf den ersten Blick nicht offensichtlich ist.

### Zur Angebotswertung

- örE in NRW sollen bei der **Angebotswertung** weitere Aspekte wie Umweltschutz, Energieeffizienz oder Lebenszykluskosten einbeziehen, statt nur auf den niedrigsten Preis abzustellen (so das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW). Die Berücksichtigung sozialer Aspekte ist hingegen nicht zwingend vorgegeben, sondern fakultativ.
- Die Berücksichtigung von **sozialen Aspekten bei der Angebotswertung** kann nur die **Arbeitsbedingungen der unmittelbar an der Leistungserbringung beteiligten Personen** betreffen wie zum Beispiel der **Gesundheitsschutz** dieser Mitarbeiter, die **Förderung ihrer sozialen Integration** oder die **Barrierefreiheit** für Menschen mit Behinderungen, die bei der Ausführung des Auftrags des örE zum Einsatz kommen.
- Zum Gegenstand der Wertung kann auch die **Transportstrecke** zwischen dem Abholungsort der zu überlassenden Abfälle und dem Ort, wo diese zur Wiederverwertung vorbereitet werden sollen, gemacht werden, beispielsweise indem größere Entfernungen mit Preisauflagen („X EUR pro Mehr-km“) „sanktioniert“ werden.
- Als mögliches Zuschlagskriterium kommt ferner die qualitativ höherwertigere Verwertung gegenüber qualitativ weniger hochwertigen Verwertungen (z. B. thermische Verwertung) in Betracht. Hier können **Wiederverwendungsquoten** eine Rolle spielen.
- Ist das Angebot einer Behindertenwerkstatt bei einer beschränkten Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe ebenso wirtschaftlich wie das eines „anderen“ Bieters oder maximal 15 % teurer, so ist der Werkstatt der **Zuschlag** zu erteilen.

### III. Formen der Kooperation zwischen Kommunen und kommunalen Unternehmen einerseits sowie sozialwirtschaftlichen Betrieben andererseits

Wenn es um Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung geht, kann die Zusammenarbeit zwischen öRE und sozialwirtschaftlichen Betrieben vielfältige Formen aufweisen. Sie kann sowohl auf informeller Basis als auch auf vertraglich geregelter Basis erfolgen.

Im Folgenden werden einige mögliche Kooperationsformen und die Gebührenfähigkeit der damit verbundenen Kosten dargestellt:

#### 1. Informelle Kooperationsbeziehungen

##### a. Förderung im Rahmen der Abfallberatung des öRE gem. § 46 KrWG

Die öRE sind im Rahmen der ihnen überlassenen Aufgaben dazu verpflichtet, die Bürger in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich über Möglichkeiten der Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen zu beraten und zu informieren (§ 46 Abs. 1 S. 1 KrWG)<sup>3</sup>. Dadurch, dass den öRE ein eigenverantwortlicher Gestaltungsspielraum gegeben wird, wird eine **an die jeweiligen örtlichen und regionalen Verhältnisse angepasste flexible Informations- und Beratungstätigkeit** ermöglicht. § 46 KrWG gibt nicht vor, wie die Beratung konkret umzusetzen ist. Die Art und Weise ist in das Gestaltungsermessen des öRE gestellt<sup>4</sup>. Schriften, Broschüren, „Abfallkalender“ und Info-Veranstaltungen sind ebenso denkbar wie eine telefonische „Hotline“ oder das Vorhalten von Informationen im Internet. Inhalte der Abfallberatung sind Abfallreduzierung, Sammelsysteme, Getrennthaltungspflichten, Wiederverwendungsmöglichkeiten, alternative Verwertungs- und Beseitigungswege<sup>5</sup>. Als Themen kommen nicht zuletzt **Tausch-, Verschenk- und Recyclingbörsen** in Betracht.<sup>6</sup> Jedenfalls aber ist der öRE verpflichtet, sich auch über neue, in seinem Zuständigkeitsbereich (bislang) nicht vorhandene Möglichkeiten der Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen zu informieren und solche Informationen im Rahmen seiner Abfallberatung weiterzugeben.<sup>7</sup> Die durch die Abfallberatung verursachten Kosten können in die Kalkulation der Abfallgebühren aufgenommen werden (§ 9 Abs. 2 Satz 2, erster Spiegelstrich LAbfG NRW)<sup>8</sup>.

Lex specialis und „sinnvolle Ergänzung“ zu § 46 KrWG ist § 9 Abs. 2 ElektroG: Die öRE haben die privaten Haushalte nicht nur über die Pflicht, Altgeräte einer getrennten Erfassung zuzuführen, sondern auch über die Möglichkeiten u. a. zur Wiederverwendung zu informieren<sup>9</sup>. Im Rahmen der Abfallberatung können öRE mithin private Haushalte darüber informieren, dass sie Elektro-Altgeräte bei vor Ort tätigen sozialwirtschaftlichen Betrieben abgeben können, wo diese zur Wiederverwendung vorbereitet werden.

<sup>3</sup> Dem § 46 KrWG ähnliche Verpflichtungen finden sich auch in den Abfallgesetzen einzelner Bundesländer; Auflistung der Landesgesetze bei *Dageförde*, in: Kopp-Assenmacher, Berliner Kommentar zum KrWG, § 46 Rn 3, Fn 2.

<sup>4</sup> *Prelle*, in: Jahn/Deifuß-Kruse/Brandt, KrWG 1. Aufl. 2014, § 46 Rn 9.

<sup>5</sup> *Prelle*, a. a. O., Rn 7.

<sup>6</sup> *Dageförde*, in: Kopp-Assenmacher, Berliner Kommentar zum KrWG, § 46 Rn 9 m. w. N.; *Schomerus*, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG 3. Aufl. 2012, § 46 Rn 10.

<sup>7</sup> *Schomerus*, a. a. O., § 46 Rn 4 m. w. N.

<sup>8</sup> *Prelle*, a. a. O. Rn 9; *Schomerus*, a. a. O. Rn 12.

<sup>9</sup> *Thärichen*, in: *Prelle/Thärichen/Versteyl*, ElektroG, 2008, § 9 Rn 19. Im Entwurf des neuen ElektroG vom Februar 2014 findet sich diese Bestimmung in § 18 Abs. 1 Nr. 2.

Im Rahmen der Einzelberatung können öRE ferner z. B. **Aufträge zur Haushaltsauflösung** an sozialwirtschaftliche Betriebe weitervermitteln, es sei denn, es handelt sich um überlassungspflichtige Abfälle<sup>10</sup>. Weitervermittlung ist an dieser Stelle nicht als Unterbeauftragung zu verstehen. Vielmehr leitet der öRE entsprechende Anfragen von privaten Haushalten an den oder die sozialwirtschaftliche(n) Betrieb(e) lediglich weiter oder gibt an anfragende Bürger die Kontaktdaten des Betriebes heraus.

Dabei sollten sich öRE möglichst „**wettbewerbsneutral**“ verhalten und über das gesamte Angebot der Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung in ihrem jeweiligen Gebiet informieren. Eine gezielte Steuerung zugunsten bestimmter Betriebe und zu Lasten anderer Marktteilnehmer könnte mit § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB kollidieren. Diese Vorschrift hat den unbehinderten Wettbewerb und die Chancengleichheit aller im relevanten Markt tätigen Unternehmen zum Ziel und untersagt es deshalb marktbeherrschenden Unternehmen, andere (auch auf Drittmärkten tätige) Unternehmen unbillig zu behindern oder ohne sachlichen Grund anders zu behandeln als gleichartige Unternehmen.

#### **b. Förderung im Rahmen der Allgemeinen Verhaltenspflicht des § 2 LAbfG NRW (Förderung der Kreislaufwirtschaft)**

Die öffentlichen Hände sind verpflichtet, durch ihr Verhalten, also bei ihrer gesamten hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeit<sup>11</sup>, zur Erfüllung der Ziele des Landesabfallgesetzes beizutragen. Sie sollen diesbezüglich auch auf alle juristischen Personen des Privatrechts einwirken, an denen sie beteiligt sind, damit diese in gleicher Weise verfahren (§ 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 LAbfG NRW). Zu den Zielen des Gesetzes gehört u. a. die Wiederverwendung von Stoffen und Produkten (§ 1 Abs. 1 Nr. 10 LAbfG NRW). Zur Erreichung dieses Ziels unterstützt das Land insbesondere die Steigerung der Wiederverwendung oder Mehrfachverwendung von Erzeugnissen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 LAbfG NRW). Ebenso wie der an den Bund adressierte wortgleiche § 45 Abs. 1 S. 1 KrWG dürfte § 2 Abs. 1 S. 1 LAbfG NRW die „Anstoß- und Vorbildfunktion“<sup>12</sup> der öffentlichen Hände im Blick haben.

Vor dem Hintergrund der allgemeinen kreislaufwirtschaftlichen Verhaltenspflicht sowie der Anstoß- und Vorbildfunktion kommt eine Stärkung der (Vorbereitung zur) Wiederverwendung durch eine (Leuchtturm-) **projektbezogene Förderung** sozialwirtschaftlicher Betriebe seitens der öRE in Betracht. Auf die Tätigkeit der geförderten Einrichtungen kann der öRE sodann die privaten Haushalte im Rahmen seiner Abfallberatung – unter Beachtung der o. g. Wettbewerbsneutralität – aufmerksam machen. Er kann die Bürger z.B. darauf hinweisen, dass sie etwa Textilien, gebrauchsfähiges Sperrgut und Elektrogeräte bei diesen Einrichtungen abgeben oder aber von diesen abholen lassen können.<sup>13</sup>

**Praxisbeispiel:** Zuwendungen der AWA Entsorgung GmbH und der StädteRegion Aachen an Recyclingbörsen zur Unterstützung von Gebrauchtmöbelinitiativen in der StädteRegion Aachen. Der Zuschuss ist u. a. daran gebunden, dass Beschäftigungsmöglichkeiten für sozialhilfeberechtigte Arbeitslose erschlossen und gesichert werden.

<sup>10</sup> Eine Überlassungspflicht besteht dann nicht, wenn es sich nicht um Abfälle handelt, wenn also gebrauchsfähige Gegenstände einer Wiederverwendung zugeführt werden.

<sup>11</sup> Zu dem an den Bund adressierten § 45 KrWG: v. Komorowski, in: Jarass/Petersen, KrWG 2014, § 45 Rn 34.

<sup>12</sup> Diese Formulierung findet sich bei Webersinn, in: Schink/Versteyl, KrWG 2012, § 45 Rn 6.

<sup>13</sup> Auf die Notwendigkeit, das Bewusstsein der Bürger zum Zwecke der Effizienzsteigerung von Sammlungen zu schärfen, wurde auch auf der Abschlussstagung „E-Schrott-Recycling in Rheinland-Pfalz“ am 30.4.2014 in Mainz wiederholt hingewiesen.

### c. Förderung gemeinnütziger Sammlungen

Der öRE kann sozialwirtschaftliche Betriebe auf die Möglichkeit, eine gemeinnützige Sammlung im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrWG durchzuführen, aufmerksam machen. Bei einer gemeinnützigen Sammlung handelt es sich um eine Sammlung, die durch eine nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftssteuergesetzes steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse getragen wird und der Beschaffung von Mitteln zur Verwirklichung ihrer gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecke i. S. d. §§ 52 bis 54 Abgabenordnung (AO) dient<sup>14</sup>. Der öRE kann die sozialwirtschaftlichen Betriebe dahingehend beraten, dass sie eine gemeinnützige Sammlung gemäß § 18 Abs. 1 KrWG spätestens drei Monate vor ihrer beabsichtigten Aufnahme durch ihren Träger der zuständigen Behörde anzuzeigen haben. Die von der gemeinnützigen Sammlung betroffenen Abfälle aus privaten Haushaltungen müssen dem öRE vom Bürger nicht mehr überlassen werden (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrWG).

## 2. Formalisierte Kooperationsbeziehungen

### a. Drittbeauftragung, § 22 KrWG

Gemäß § 22 KrWG können öRE Dritte mit der Erfüllung ihrer Verwertungs- und Beseitigungspflichten beauftragen. Dritter kann jede natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts<sup>15</sup>, mithin auch ein sozialwirtschaftlicher Betrieb sein. § 22 KrWG ist für die öRE die „Schnittstelle“ zum Vergaberecht, wenn diese sich bei der Erfüllung der öffentlichen Entsorgungspflichten Dritter bedienen wollen<sup>16</sup>.

Der Entsorgungsanspruch von Abfallbesitzern gegenüber den öRE bleibt auch bei einer Drittbeauftragung bestehen und richtet sich nicht gegen den beauftragten Dritten. Der beauftragte Dritte ist lediglich „nachgeordneter Verwaltungshelfer“, der in den Vollzug der Aufgabe eingeschaltet ist.<sup>17</sup> Der Drittbeauftragte erbringt nach außen Leistungen der zur Entsorgung Verpflichteten; unmittelbare Rechtsbeziehungen zu Leistungsempfängern der öRE bestehen hingegen nicht.<sup>18</sup> Allerdings kann im Außenverhältnis zu Abfallerzeugern und -besitzern der Drittbeauftragte im eigenen Namen tätig werden, falls der Drittbeauftragtenvertrag dies vorsieht.<sup>19</sup>

Gegenstand der Drittbeauftragung können alle abfallwirtschaftlichen Maßnahmen sein, die der öRE im Rahmen der Erfüllung seiner Entsorgungspflichten sonst selbst auszuführen hätte. Daher können in der Praxis sowohl der Gegenstand als auch der Umfang der Drittbeauftragung im Einzelfall stark variieren:

In der Zusammenarbeit zwischen öRE und sozialwirtschaftlichen Betrieben bei der Vorbereitung zur Wiederverwendung kommt beispielsweise eine Beauftragung gemäß § 22 KrWG im Hinblick auf Haushaltsauflösungen der Bürger im Zuständigkeitsbereich des öRE in Betracht. Der sozialwirtschaftliche Betrieb erbringt dabei im Auftrag des öRE Sammel- und Verwertungstätigkeiten.

<sup>14</sup> Durch § 5 Abs. 1 Nr. 9 (KStG) werden Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung) von der Körperschaftssteuer befreit. Gemäß Satz 2 ist die Steuerbefreiung ausgeschlossen, wenn ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird.

<sup>15</sup> Dieckmann, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2014, § 22 Rn 13 m. w. N.

<sup>16</sup> Dieckmann, a. a. O. Rn 2.

<sup>17</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG 2012, Rn. 27 m.w.N.

<sup>18</sup> Schink, a.a.O.

<sup>19</sup> Schink, a.a.O.

ÖrE können sozialwirtschaftliche Betriebe ferner in die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro-Altgeräten, für die sie im Rahmen der Optierung gemäß § 9 Abs. 6 ElektroG die Behandlungs- und Verwertungspflicht übernommen haben, einbinden. In dem Entwurf eines neuen ElektroG findet sich das Optierungsrecht in § 14, und zwar für alle Geräte einer Sammelgruppe und für einen Zeitraum von mindestens zwei (statt bisher einem) Kalenderjahren<sup>20</sup>. Bei der Optierung haben die örE sicherzustellen, dass die Elektro-Altgeräte einer ordnungsgemäßen Behandlung und Entsorgung i.S.d. ElektroG zugeführt werden. Sie müssen die Elektro-Altgeräte deshalb zertifizierten Erstbehandlungsanlagen übergeben.

**Praxisbeispiel: RecyclingBörse! Herford**

Die RecyclingBörse! Herford wird von Städten und Gemeinden des Landkreises Herford mit der Sammlung und der Vorbereitung zur Wiederverwendung von wiederverwendungsfähigen Elektro-Altgeräten bzw. dem Recycling **beauftragt**. Die Recyclingbörse führt die Sammlung zum einen im Rahmen einer mobilen Sammlung und zum anderen mit drei stationären Annahmestellen für Elektro-Altgeräte durch. Wiederverwendungsfähige Elektro-Altgeräte werden ebenso wie funktionstüchtige Bau- und Ersatzteile über verschiedene Filialen der RecyclingBörse! verkauft und so dem Wirtschaftskreislauf wieder zugeführt.

**Praxisbeispiel: Nordthüringer Werkstätten gGmbH**

Die Nordthüringer Werkstätten gGmbH bieten Beschäftigungsangebote für behinderte Menschen. Der Betrieb ist Entsorgungsfachbetrieb nach der EfbV für Elektro- und Elektronik-Altgeräte. Der Landkreis Nordhausen hat von der Optierungsmöglichkeit Gebrauch gemacht. Er hat sowohl den Betrieb der Annahmestelle als auch die Behandlung sowie Entsorgung vollständig in die Hand der Nordthüringer Werkstätten gGmbH gegeben. Die Nordthüringer Werkstätten sind zentrale Sammelstelle des Landkreises Nordhausen nach dem ElektroG. Die privaten Haushalte können kostenlos sämtlichen haushaltsüblichen Elektro- und Elektronikschrott anliefern. Einen entsprechenden Hinweis gibt das Landratsamt Nordhausen auf seiner Internetseite (<http://www.landratsamt-nordhausen.de/Abfallwirtschaft-Deponie.663.0.html>).

**b. Kooperation bei der Arbeit auf Wertstoffhöfen**

In der Richtlinie 2012/19/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. Juli 2012 über Elektro- und Elektronik-Altgeräte<sup>21</sup> (nachfolgend „WEEE-Richtlinie“) heißt es in Art. 6 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 1, dass die Mitgliedstaaten

*„im Interesse einer möglichst weitgehenden Vorbereitung zur Wiederverwendung fördern, dass Sammelsysteme bzw. Rücknahmestellen ggfs. so ausgestaltet werden, dass vor jedem weiteren Transport an den Rücknahmepunkten diejenigen Elektro- und Elektronik-Altgeräte, die zur Wiederverwendung vorbereitet werden sollen, von den anderen getrennt gesammelten Elektro- und Elektronik-Altgeräten separiert werden, insbesondere indem Mitarbeitern von Wiederverwendungsstellen Zugang gewährt wird“.*

Das Zugangsrecht für Wiederverwendungsstellen wird in der FAQ-Liste der Europäischen Kommission in Ziffer 1.22 dahingehend konkretisiert, dass die Wiederverwendungsstellen akkreditiert oder anerkannt sein müssen, wie in Ziffer 16 des Anhangs IV zur AbfRRL 2008/98/EG gefordert.

<sup>20</sup> In dem im Februar 2014 vorgelegten Entwurf war zunächst ein Zeitraum von drei Kalenderjahren, in dem nach der Anhörung überarbeiteten Gesetzentwurf sind nunmehr zwei Kalenderjahre vorgesehen

<sup>21</sup> Richtlinie 2012/19/EU über Elektro- und Elektronik-Altgeräte (WEEE-Richtlinie) vom 04.07.2012, ABl. EU L 197 vom 24.07.2012, Seite 38 ff.

In dem im Februar 2014 vorgelegten Entwurf des neuen ElektroG wird das Zugangsrecht für Wiederverwendungsstellen nicht umgesetzt; stattdessen wird dort die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung weitergehende Anforderungen zur getrennten Sammlung von Altgeräten, die zur Wiederverwendung vorbereitet werden sollen, festzulegen.

**Praxisbeispiel:** Projekt LoNaK (Lokale Nachhaltige Kreislaufwirtschaft)

Das Projekt Lokale Nachhaltige Kreislaufwirtschaft LoNaK der RecyclingBörse! und des Umweltbetriebes der Stadt Bielefeld hat die (alltagstauglichen) Grundlagen der Kooperation von Wertstoffhöfen mit Wiederverwendungs- und Reparaturzentren erarbeitet. Um die Wiederverwendungs-Sortierkriterien den vom öRE auf dem Wertstoffhof eingesetzten Mitarbeiter zu vermitteln, wird ein Mitarbeiter der Wiederverwendungseinrichtung wiederholt über mehrere Tage auf dem Wertstoffhof eingesetzt. Dies hat zum Ziel, den Blick und die Sensibilität für die Wiederverwendbarkeit der Mitarbeiter des öRE zu schärfen und die dafür in Betracht kommenden Kriterien im Alltagsbetrieb zu schulen, da sich angesichts der Vielfalt des anfallenden Materials und des Spektrums der zu beschreibenden Kriterien diese einer schriftlichen Abfassung entziehen. Die Ergebnisse des Projekts einschließlich detaillierter Hinweise zu Arbeits- und Datenschutz, Haftung und Versicherung finden sich unter <http://www.recyclingboerse.org/lonak/>.

### 3. Gebührenfähigkeit der Kosten einer Kooperation zwischen öRE und sozialwirtschaftlichem Betrieb

Zu den im Rahmen der Gebührenerhebung ansatzfähigen Kosten des öRE gehören alle Aufwendungen, die diesem für die Erfüllung abfallwirtschaftlicher Aufgaben entstehen (z. B. § 9 Abs. 2 Satz 1 LAbfG NRW)<sup>22</sup>. Gebührenfähig sind insbesondere mithin die dem öRE durch die Erfüllung seiner Entsorgungspflichten aus § 20 KrWG entstehenden Kosten.

Weil § 20 KrWG die öRE u. a. zur Verwertung nach Maßgabe der §§ 6 bis 11 KrWG verpflichtet und in § 6 KrWG der Vorrang der Vorbereitung zur Wiederverwendung normiert ist, gehört die Vorbereitung zur Wiederverwendung zu den Pflichten des öRE. Die Kosten einer **Beauftragung** gemäß § 22 KrWG eines sozialwirtschaftlichen Betriebes mit Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung sind daher gebührenfähig.

Daneben können auch die Kosten der **Abfallberatung** grundsätzlich als betriebsbedingte Kosten über die Abfallgebühren finanziert werden (§ 9 Abs. 2 Satz 2 Spiegelstrich 1 LAbfG NRW)<sup>23</sup>.

Ferner sollen nach der abfallrechtlichen Kommentarliteratur bei den Gebühren (in einem angemessenen Verhältnis) auch „leistungsferne“ Aspekte berücksichtigt werden können, zu denen die Kommunen durch Rechtsnormen bezüglich der Ausgestaltung der Entsorgung angehalten sind, wie z. B. der Verwertungsvorrang und die Ressourcenschonung<sup>24</sup>.

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, was „leistungsferne Aspekte“ der öRE-Tätigkeit sind. Den Verwertungsvorrang als „leistungsfern“ einzustufen, wie in der genannten Kommentierung geschehen, erscheint nach hiesiger Auffassung verfehlt, gehört dieser doch zu den Grundpflichten der öRE. Denn diese haben gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 KrWG die ihnen überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen nach Maßgabe der §§ 6 bis 11, also gerade unter Einhaltung der Abfallhierarchie in § 6 und der dortigen Abstufung innerhalb der drei Verwertungsverfahren, zu verwerten.

<sup>22</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 20 Rn 79; Queitsch, in: Schink/Queitsch/Scholz, LAbfG NRW, Kommentar, Stand. Mai 2013, § 9 Rn 126o.

<sup>23</sup> Schink, a. a. O.; Queitsch, a. a. O. Rn 126n.

<sup>24</sup> Worms, in: Jahn/Deifuß-Kruse/Brandt, KrWG, § 20 Rn 30 m. w. N.

„Leistungsferne“ Kosten könnten nach hiesiger Einschätzung ggfs. vielmehr die Kosten sein, die dem öRE in Umsetzung seiner allgemeinen Verhaltenspflicht aus § 2 Abs. 1 LAbfG NRW (dem landesrechtlichen Pendant zu § 45 Abs. 1 KrWG) entstehen. Denkbar erscheint es deshalb, die Kosten der oben in Ziff. 1. b. angesprochenen Förderung sogenannter Leuchtturmprojekte als „leistungsferne Aspekte“ bei den Abfallgebühren zu berücksichtigen.

#### IV. Zum Anwendungsbereich des Abfallrechts: Welche Leistungen sind unter Beachtung des Abfallrechtsregimes zu erbringen?

##### 1. Die (neue) fünfstufige Abfallhierarchie des § 6 KrWG

Das 2012 in Kraft getretene Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) setzt die durch die im Jahr 2009 novelierte europäische Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL) eingeführte fünfstufige Abfallhierarchie in deutsches Recht um. Gemäß dieser Abfallhierarchie soll nach der Abfallvermeidung der Vorbereitung zur Wiederverwendung vor dem Recycling Vorzug gegeben werden. Da diese Verwertungsform in besonderer Weise dem Ressourcenschutz dient, wird sie nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 KrWG als **vorrangige Verwertungsoption** gekennzeichnet<sup>25</sup>. Der (Vorbereitung zur) Wiederverwendung wird dadurch ein hoher Stellenwert eingeräumt<sup>26</sup>.

##### 2. Abgrenzung der Abfallvermeidung (Nr. 1) von der Vorbereitung zur Wiederverwendung (Nr. 2) = Abgrenzung Produkt ↔ Abfall

Der Begriff der Wiederverwendung und die Einordnung im deutschen Abfallrecht waren bislang unklar, da im KrW-/AbfG die Wiederverwendung nur in § 22 Abs. 1 Nr. 4 und § 55 Abs. 1 Nr. 4 b) erwähnt wurde. Eine exakte Begriffsbestimmung ist jedoch von zentraler Bedeutung. Die Wiederverwendung ist nämlich eng mit dem Abfallbegriff und mit Beginn und Ende der Abfalleigenschaft verknüpft.<sup>27</sup>

Im KrWG sind – in Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie – Definitionen für die Abfallvermeidung, die Wiederverwendung, die Vorbereitung zur Wiederverwendung, die Behandlung und das Recycling aufgenommen worden, um deren Begriffsumfang klarzustellen. **Vorbereitung zur Wiederverwendung** ist danach

*„jedes **Verwertungsverfahren** der Prüfung, Reinigung oder Reparatur, bei dem Erzeugnisse oder Bestandteile von Erzeugnissen, die zu Abfällen geworden sind, so vorbereitet werden, dass sie ohne weitere Vorbehandlung wieder für denselben Zweck verwendet werden können, für den sie ursprünglich bestimmt waren“ (§ 3 Abs. 24 KrWG).*

Die Gesetzesbegründung betont, dass Vorbereitung zur Wiederverwendung Erzeugnisse oder deren Bestandteile betrifft, **die zu Abfall geworden sind**<sup>28</sup>. Vorbereitung zur Wiederverwendung ist z. B. das Aus-sortieren von noch funktionsfähigen Gegenständen aus Sachgesamtheiten oder die Vornahme von kleineren Reparaturen, die einen Gegenstand mit wenigen Handgriffen wieder funktionstüchtig werden lassen.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> BR-Drucks. 216/11, S. 177.

<sup>26</sup> *Prelle*, Begriff und Bedeutung der (Vorbereitung zur) Wiederverwendung im Abfallrecht, AbfallR 2008, 220.

<sup>27</sup> *Prelle*, a. a. O.

<sup>28</sup> BR-Drucks. 216/11, S. 177 [Anm.: Hervorhebung durch Verf.].

<sup>29</sup> BR-Drucks. 216/11, S. 177.

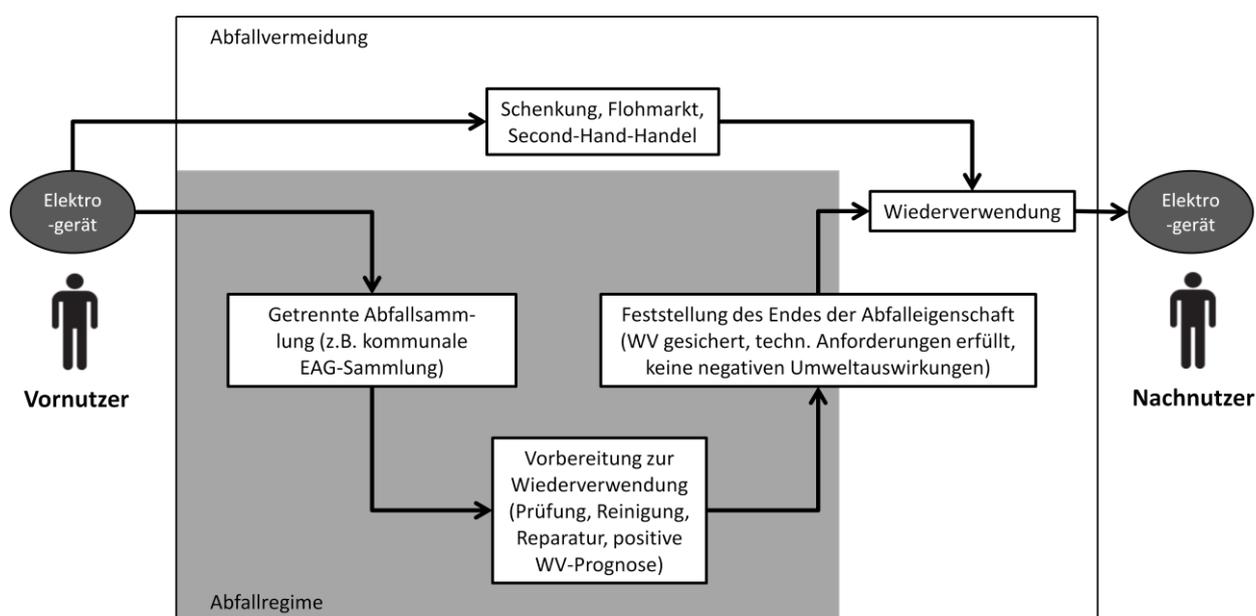
Die Vorbereitung zur Wiederverwendung und damit die Abfalleigenschaft endet mit dem Eintreten des Verwertungserfolges<sup>30</sup>. Das bloße Aussortieren ist hierfür jedoch nicht ausreichend, da es nur einen ersten Teilschritt im Zuge der beabsichtigten Verwertung darstellt<sup>31</sup>. Erforderlich ist vielmehr zumindest der Abschluss der Prüfung, Reinigung und Reparatur mit der positiven Wiederverwendungsprognose, d. h. der Bestimmung des Materials zur unmittelbaren Wiederverwendung, der Vorbehandlung oder dem Recycling von Abfallmaterialien. Entscheidend sind für das Ende der Abfalleigenschaft nach der Vorbereitung zur Wiederverwendung nämlich die gesicherte Wiederverwendbarkeit für bestimmte Zwecke, die Erfüllung technischer Anforderungen und der Ausschluss von schädlichen Umwelt- und Gesundheitsfolgen, spätestens aber die tatsächliche Wiederverwendung für denselben Zweck<sup>32</sup>. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang auch Anhang VI der Richtlinie 2012/19/EU über Elektro- und Elektronik-Altgeräte (WEEE-Richtlinie), der als Mindestanforderung an die Verbringung verschiedene Kriterien zur Abgrenzung *gebrauchter* Elektro-/Elektronikgeräte von Elektro-/Elektronik-*Altgeräten* aufstellt wie z. B. volle Funktionsfähigkeit des Geräts, Bestimmung für die direkte Wiederverwendung, angemessener Schutz vor Beschädigung bei Lagerung oder Beförderung.

**Wiederverwendung** ist gemäß § 3 Abs. 21 KrWG

*„jedes Verfahren, bei dem Erzeugnisse oder Bestandteile, die keine Abfälle sind, wieder für denselben Zweck verwendet werden, für den sie ursprünglich bestimmt waren“.*

Während die Vorbereitung zur Wiederverwendung eindeutig als Verwertungsmaßnahme qualifiziert wird, betrifft die Wiederverwendung Erzeugnisse oder Bestandteile von Erzeugnissen, die keine Abfälle sind. Die Wiederverwendung stellt folglich eine **Abfallvermeidungsmaßnahme** dar.

Die Wiederverwendung endet einerseits mit dem Beginn der Abfalleigenschaft; sie beginnt andererseits wiederum nach dem Ende der Abfalleigenschaft eines Erzeugnisses oder dem Bestandteil eines Erzeugnisses, wenn es für denselben Zweck verwendet wird, für den es ursprünglich bestimmt war. Dies verdeutlicht die folgende Abbildung:



<sup>30</sup> BVerwG, Urteil vom 19.11.1998, Az. 7 C 31.97, NVwZ 1999, 1111 = DÖV 1999, 784 („Originalsammelware“).

<sup>31</sup> BVerwG, a. a. O.

<sup>32</sup> Prella, a. a. O., S. 221 unter Hinweis auf Art. 6 der AbfRRL; ähnlich: Kopp-Assenmacher/Glass, Das Ende der Abfalleigenschaft bei Gebrauchteilen aus Altfahrzeugen, AbfallR 2010, S. 228, 233 f.

### 3. Fazit

Ist eine Maßnahme als Wiederverwendung einzustufen, liegt kein Abfall vor, sondern der in Rede stehende Gegenstand ist als Produkt anzusehen. Das Abfallrechtsregime greift mithin nicht.

Bei einer Maßnahme, die als Vorbereitung zur Wiederverwendung einzustufen ist, ist von der Abfalleigenschaft auszugehen und das Abfallrechtsregime findet Anwendung. Der öRE hat die Pflichten gemäß § 20 KrWG zu erfüllen.

## V. Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts: Welche Leistungen sind im Vergabeverfahren zu vergeben?

Das Vergaberecht regelt die Art und Weise der Anbahnung von öffentlichen Aufträgen, also den „Weg bis zum Vertragsschluss“. Es findet dann Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergibt. Oberhalb bestimmter Auftragsvolumina (den sog. Schwellenwerten)<sup>33</sup> ist das deutsche Vergaberecht durch europäische Vergaberichtlinien geprägt und der Auftraggeber zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens verpflichtet<sup>34</sup>. Im Liefer- und Dienstleistungsbereich beträgt dieser Schwellenwert aktuell 207.000 EUR netto (§ 2 Nr. 2 VgV)<sup>35</sup>.

Wie oben gezeigt, kann die Zusammenarbeit zwischen öRE und sozialwirtschaftlichen Betrieben verschiedenste Formen haben. Nachfolgend wird dargestellt, unter welchen Voraussetzungen diese dem Vergaberecht unterliegen.

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftraggeber

Ausschreibungspflichten setzen zunächst voraus, dass der zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen Verpflichtete als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht verpflichtet ist.

#### a. bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen über 207.000 EUR netto

§ 98 Nr. 1 GWB unterwirft die klassischen **öffentlichen Hände**, also die Gebietskörperschaften wie Bund, Länder, Landkreise und kreisfreie Städte sowie Gemeinden (sowie deren Regie- und Eigenbetriebe) dem Vergaberecht.

<sup>33</sup> Verordnung Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. EU L 319 vom 2.12.2011, S. 43.

<sup>34</sup> Insbesondere: Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff. Diese Richtlinie wird am 18.4.2016 abgelöst durch die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG vom 26.2.2014, ABl. EU L 94 vom 28.3.2014, S. 65 ff., in Kraft getreten am 17.4.2014.

<sup>35</sup> Verordnung Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren. Mit einer Änderung des Wertes ist frühestens zum 1.1.2016 zu rechnen.

Ferner sind kommunale Eigengesellschaften sowie kommunal beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen öffentliche Auftraggeber. Denn gemäß § 98 Nr. 2 GWB werden dem Vergaberecht auch die sogenannten funktionalen Auftraggeber unterworfen. Dies sind „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn öffentliche Hände sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben“<sup>36</sup>.

Wandelt eine Kommune ihren Abfallwirtschaftsbetrieb also z. B. vom Eigenbetrieb in eine Eigengesellschaft in Form einer GmbH um, ist auch diese GmbH als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht in aller Regel unterworfen und muss Aufträge öffentlich ausschreiben.

Daneben sind **Verbände** an Vergaberecht gebunden, wenn ihre Mitglieder Gebietskörperschaften oder funktionale Auftraggeber sind (§ 98 Nr. 3 GWB). Diese Vorschrift erfasst insbesondere Abfallzweckverbände.

**b. bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 207.000 EUR netto**

**aa. Empfehlung zur Anwendung der VOL/A 1. Abschnitt**

Erteilt eine **Gemeinde, ein Gemeindeverband oder eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung in NRW** einen Dienstleistungsaufträge mit einem Netto-Auftragsvolumen unterhalb dieses Schwellenwerts, wird ihr die Anwendung des Vergaberechts – genauer: der VOL/A – 1. Abschnitt – **empfohlen**. Danach ist die nachgefragte Leistung grundsätzlich öffentlich auszuschreiben<sup>37</sup>. Dies ergibt sich aus :

- § 25 Abs. 2 GemHVO NRW, in Verbindung mit:
- kommunale Vergabegrundsätze des Runderlasses des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 6.12.2012<sup>38</sup>.

**bb. Freistellung von der VOL/A 1. Abschnitt**

Die Empfehlung, die VOL/A - 1. Abschnitt anzuwenden, gilt allerdings gemäß Ziff. 1.2 der kommunalen Vergabegrundsätze vom 6.12.2012 **nicht** für folgende Institutionen:

- Eigenbetriebe,
- kommunal beherrschte Unternehmen,
- Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts,
- Zweckverbände, deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ist.<sup>39</sup>

**Fazit:** Die öRE in NRW, die in Form des Eigenbetriebs, der Eigengesellschaft oder der kommunal beherrschten Gesellschaft geführt werden, sind dann **nicht** an die VOL/A (1. Abschnitt) gebunden, wenn das Volumen des zu vergebenden Auftrags (der Wert der beschafften Leistung) unterhalb des EU-Schwellenwerts von 207.000 EUR liegt. Dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG) sind diese öRE jedoch verpflichtet. Da die kommunalen Vergabegrundsätze des Landes NRW überdies die Bestimmun-

<sup>36</sup> So z. B. für die Berliner Stadtreinigung (BSR) entschieden vom *KG Berlin*, Beschl. v. 29.2.2012, Az. Verg 8/11.

<sup>37</sup> Vgl. § 55 LHO.

<sup>38</sup> MBl. NRW vom 14.12.2012, 719 ff., verlängert bis 31.12.2018 durch Runderlass vom 26.11.2013.

<sup>39</sup> Ziff. 1.2 des Runderlasses des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 6.12.2012.

gen des Bundes-Vergaberechts nicht abbedingen können, sind die genannten Institutionen bei der Vergabe von Aufträgen, deren Volumen mehr als 207.000 EUR netto beträgt, an Vergaberecht gebunden (s.o. Ziff. V. 1. a.). Sie müssen dann die VOL/A – 2. Abschnitt – anwenden.

#### cc. **Verpflichtung zur Anwendung der VOL/A 1. Abschnitt**

Folgende Institutionen in NRW sind hingegen wiederum zur Anwendung des Vergaberechts (VOL/A – 1. Abschnitt) bei der Vergabe von Abfallentsorgungsleistungen explizit **verpflichtet**:

- Unternehmen und Einrichtungen von Gemeinden und Kreisen, die als Anstalt des öffentlichen Rechts geführt werden (Kommunalunternehmen).
- Gemeinsame Kommunalunternehmen gem. § 27 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit.

Dies ergibt sich aus § 8 Kommunalunternehmensverordnung (KUV) i. V. m. § 107 Abs. 2 Nr. 4 GemO NRW.

## 2. **Sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftrag**

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche **Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Marktleistungen**.

### a. **Verträge mit Unternehmen**

Der örE unterliegt nur dem Vergaberecht, wenn er einen *Vertrag* mit einem Unternehmen schließt (also nicht hoheitlich handelt). Als **Unternehmen** gilt dabei jeder, der sich wirtschaftlich am Markt betätigt. Wenn die Vertragsparteien dabei die Rechtsform des **öffentlich-rechtlichen Vertrages** im Sinne von §§ 54 ff. VwVfG, wählen, führt dies nicht per se aus dem Vergaberecht hinaus; auch öffentlich-rechtliche Verträge können öffentliche Aufträge sein, wenn sie der Beschaffung dienen<sup>40</sup>. Maßgeblich ist vielmehr immer der konkrete Vertragsinhalt<sup>41</sup>.

### b. **Entgeltlichkeit**

Ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge sind zudem dadurch gekennzeichnet, dass sich der Auftraggeber zu einer geldwerten **Gegenleistung** verpflichtet. Der Entgeltbegriff umfasst jede Art von Vergütung, die einen geldwerten Vorteil bedeutet<sup>42</sup>. Als **Entgelt** ist deshalb nicht nur eine Geldzahlung zu verstehen, sondern auch die Überlassung jeden anderen Gegenstandes mit Vermögenswert, wie beispielsweise eine werthaltige Abfallfraktion<sup>43</sup>. Ein Entgelt kann ferner **auch** in **Zuwendungen** z. B. bei nicht kostendeckenden Dienstleistungen bestehen, wenn das Zuwendungsverhältnis eine Pflicht zur Leistungserbringung beinhaltet<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> So z. B. *VK Sachsen*, Beschluss vom 26.3.2008, Az. 1 SVK/005-08; *EuGH*, Urteil vom 12.7.2001, Az. C-399/98.

<sup>41</sup> *BGH*, Urteil vom 1.12.2008, Az. X ZB 32/08.

<sup>42</sup> *OLG Naumburg*, Beschluss vom 3.11.2005, Az. 1 Verg 9/05.

<sup>43</sup> So entschieden für den Verkauf von Altpapier: *BGH*, Beschluss vom 1.2.2005, Az. X ZB 27/04.

<sup>44</sup> Für SPNV-Leistungen entschieden von: *VK Düsseldorf*, Beschluss vom 18.4.2002, Az. VK-5/2002-L.

**Praxisbeispiel:**

Auf Basis einer mit der Stadt geschlossenen öffentlich-rechtlichen **Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung** nimmt ein sozialwirtschaftlicher Betrieb an eigenen lokalen Betriebsstätten noch brauchbare Gegenstände aus Haushaltungen an (Hausrat, Geschirr, Möbel, Kleidung, Spielzeug, PCs, Elektrogeräte aller Art, Lampen, Fahrräder etc.). Der Betrieb bietet darüber hinaus einen Abholdienst an (Haushaltsauflösungen, Entrümpelungen). Die wiederverwendungsfähigen Gegenstände werden in einem Secondhand-Kaufhaus verkauft. Die Stadt fördert diese Tätigkeit des Betriebes, indem sie die Personal- und Sachkosten bezuschusst, die der Betrieb nicht allein aus den Erlösen der Verkäufe decken kann. Diese **finanzielle Förderung kann durchaus ein Entgelt im Sinne des Vergaberechts darstellen**. (Allerdings ist auch die hier in Rede stehende Vereinbarung nicht ausschreibungspflichtig, weil sie nicht dem Einkauf von Entsorgungsleistungen durch die Stadt dient. Die Gegenstände wurden der Stadt als öRE von den privaten Haushalten nämlich nicht überlassen. Sie trifft daher nicht die Pflicht zur Entsorgung aus § 20 KrWG.)

**c. Beschaffungscharakter**

Entscheidend ist letztlich, dass der Vertrag der Deckung eines **eigenen Bedarfs** des öRE dient<sup>45</sup>. Der öRE muss etwas **für sich** einkaufen. Daraus folgt:

Wenn der öRE Entsorgungsleistungen für ihm überlassene Abfälle beschafft, um seine Pflichten zur ordnungsgemäßen Verwertung oder Beseitigung gemäß § 20 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 2 bis 4 und § 15 KrWG zu erfüllen, dient der Vertrag der „Beschaffung von Leistungen“ im Sinne des Vergaberechts<sup>46</sup>. Zu den abfallrechtlichen Pflichten des öRE gehört der Vorrang der Verwertung und dort vorrangig die Vorbereitung zur Wiederverwendung. **Deshalb ist jede Vereinbarung des öRE über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung von Gegenständen, die ihm – dem öRE – von privaten Haushaltungen überlassen wurden (und deshalb Abfälle sind), ein Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB.**

Regelt die Vereinbarung zwischen öRE und sozialwirtschaftlichem Betrieb hingegen „nur“ Wiederverwendungsmaßnahmen des Betriebes für Gegenstände aus privaten Haushaltungen, die dem öRE (noch) nicht überlassen wurden<sup>47</sup>, liegt kein öffentlicher Auftrag vor, den der öRE ausschreiben müsste, denn dann beschafft er keine Entsorgungsleistung, um seine abfallrechtlichen Pflichten zu erfüllen.

**Praxisbeispiel:** Entrümpelungsservice der Wirtschaftsbetriebe Duisburg – AÖR

In Zusammenarbeit mit seiner 100%-Tochter Gemeinnützige Gesellschaft für Beschäftigungsförderung mbH (GfB) bietet der Wirtschaftsbetrieb Duisburg (WBD) einen Entrümpelungsservice an. Gemeinsam mit einem Möbelscout der GfB wird das Sperrgut vor Ort besichtigt und im Hinblick auf Brauchbarkeit begutachtet. Die Abholung der gut erhaltenen Möbel und Gegenstände erfolgt sodann durch den Möbelscout; das restliche Sperrgut wird über Mitarbeiter des Wirtschaftsbetriebes Duisburg als Sperrgut, Elektronikschrott, Metallschrott, Papier/Pappe und Hausmüll getrennt erfasst und abgefahren.

Weil hier die GfB die Gegenstände direkt beim privaten Haushalt abholt, BEVOR diese der WBD als öRE zur Entsorgung überlassen werden, dient die Vereinbarung zwischen WBD und GfB nicht dem Einkauf von Entsorgungsleistungen durch den Wirtschaftsbetrieb Duisburg und unterfällt daher nicht dem Vergaberecht.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Willenbruch, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, Kompaktcommentar, 3. Aufl. 2014, § 99 Rn. 9.

<sup>46</sup> So auch Jahn, in: Jahn/Deifuß-Kruse/Brandt, KrWG 1. Aufl. 2014, § 22 Rn 24.

<sup>47</sup> und die auch nicht überlassungspflichtig sind.

<sup>48</sup> Selbst wenn die WBD bei diesem Beispiel Entsorgungsleistungen bei der GfB beauftragen würde, käme hier eine vergaberechtsfreie In House-Beauftragung in Betracht, da es sich bei der GfB um eine 100%ige Tochter der Wirt-

### 3. Zwischenfazit

Ausschreiben muss der öRE nur, wenn ihm die Gegenstände von den privaten Haushalten überlassen wurden und er deshalb die Entsorgungspflicht gemäß § 20 KrWG hat. Dem Vergaberecht unterfällt mit hin nur die Drittbeauftragung gemäß § 22 KrWG.

### 4. Anzuwendende Vorschriften

Vergibt der öRE einen Auftrag gemäß § 22 KrWG an einen sozialwirtschaftlichen Betrieb, der Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung beinhaltet, sind folgende Vorschriften für das Vergabeverfahren einschlägig:

- Auftragsvolumen oberhalb 207.000 EUR netto: VOL/A – 2. Abschnitt – und VOL/B
- Auftragsvolumen unterhalb 207.000 EUR netto: VOL/A – 1. Abschnitt – und VOL/B<sup>49</sup>

Daneben gelten für alle o. g. Institutionen in Nordrhein-Westfalen die Regelungen des

- Tariftreue- und Vergabegesetzes –TVgG-NRW<sup>50</sup> nebst
- Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz NRW – RVO TVgG-NRW<sup>51</sup>.

Dies ergibt sich Ziff. 2.2. der Kommunalen Vergabegrundsätze und § 2 TVgG NRW.

### 5. Auftragsvolumen/Wertgrenzen

Das durch die europäischen Vergaberichtlinien geprägte Vergaberecht in Deutschland (für den hiesigen Kontext primär relevant: §§ 97 ff. GWB, VgV, VOL/A – 2. Abschnitt) gelangt nur dann zur Anwendung, wenn der konkret zur Vergabe anstehende öffentliche Auftrag ein geschätztes Auftragsvolumen von 207.000 EUR netto erreicht bzw. übersteigt. Das Auftragsvolumen ist vom Auftraggeber im Vorfeld der Bekanntmachung zu schätzen; dabei darf er sich nicht allein von der Erwägung leiten lassen, das EU-Vergabeverfahren zu umgehen.

Unterhalb des Schwellenwerts für EU-weite Vergaben sind bei der Wahl der Vergabeart und bestimmten Veröffentlichungspflichten ebenfalls Wertgrenzen zu beachten. Ob eine Dienstleistung der öffentlichen Hand beschränkt ausgeschrieben oder freihändig vergeben werden darf und somit eine Ausnahme von der Regel der öffentlichen Ausschreibung zugelassen ist, richtet sich unter anderem nach den jeweiligen Wertgrenzen der einzelnen Länder. In NRW kann bei einem Auftragswert bis 100.000 EUR wahlweise eine freihändige Vergabe oder eine beschränkte Ausschreibung durchgeführt werden<sup>52</sup>.

---

schaftsbetriebe Duisburg – AÖR handelt. Vergaberechtsfrei wäre die Beauftragung dann, wenn die GfB im Wesentlichen für die WBD tätig wäre.

<sup>49</sup> **Die VOL/A 1. Abschnitt müssen in NRW Eigenbetriebe, kommunal beherrschte Unternehmen (z. B. Eigengesellschaften), Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts, Zweckverbände**, deren Hauptzweck jeweils der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ist, **nicht anwenden**; Ziff. 1.2 der Kommunalen Vergabegrundsätze des Runderlasses des MI NRW vom 6.12.2012; s. o. Ziff. V. 1. b. bb.

<sup>50</sup> Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG – NRW) vom 10.1.2012.

<sup>51</sup> Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVO TVgG NRW) vom 8.4.2013.

<sup>52</sup> Ziff. 7.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze des Runderlasses des MI NRW vom 6.12.2012.

Zur Schätzung des Auftragsvolumens sind folgende Erläuterungen zu geben:

Bei der Schätzung des Auftragsvolumens ist die **voraussichtliche Gesamtvergütung** für die **vom öR konkret nachgefragte Leistung** maßgeblich (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VgV). Entscheidend ist der Verkehrs- bzw. Marktwert der nachgefragten Leistung im Zeitpunkt der Einleitung des Beschaffungsvorgangs<sup>53</sup>.

Das heißt, dass bei der Schätzung des Auftragsvolumens grundsätzlich **jeder einzelne Dienstleistungsauftrag gesondert** zu betrachten ist. Etwas anderes gilt dann, wenn es sich um mehrere Lose handelt, die **zusammen** vergeben werden (§ 3 Abs. 7 VgV).

Eine weitere Sonderregel betrifft **regelmäßig wiederkehrende Aufträge** oder **Daueraufträge** über Liefer- oder Dienstleistungen (vgl. § 3 Abs. 3 VgV). „Regelmäßige Aufträge“ sind Aufträge, die jeweils getrennt vergeben werden, die aber regelmäßig wiederkehren, weil es **laufend** und auch künftig einen regelmäßig wiederkehrenden **Beschaffungsbedarf** für Leistungen der in Rede stehenden Art bei dem Auftraggeber gibt<sup>54</sup>.

Bei dieser Art von Aufträgen wird gemäß § 3 Abs. 3 VgV der Gesamtwert aus der **Summe aller Aufträge** ermittelt, die **im letzten Haushaltsjahr** oder Geschäftsjahr ausgelöst wurden. Hierbei müssen Änderungen einkalkuliert werden, die im Laufe der ersten zwölf Monate des künftigen Leistungszeitraums auftreten könnten. Solche Änderungen können insbesondere aus höheren oder niedrigeren Liefermengen resultieren. Sollten keine Aufträge vorangegangen sein, so ergibt sich der Gesamtwert aus allen in den nächsten zwölf Monaten wiederkehrenden Aufträgen<sup>55</sup>.

Bei **Aufträgen über Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis nachgefragt wird, sondern Monatspreise, Tagespauschalen u. ä. gelten sollen**, gilt ebenfalls eine Sonderregelung: Bei auf bis zu 48 Monaten zeitlich begrenzten Verträgen ist der Gesamtwert für die Laufzeit dieser Aufträge maßgeblich (§ 3 Abs. 4 Nr. 1 VgV). Bei unbefristeten Verträgen, Verträgen ohne absehbarer Vertragsdauer oder bei Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten ist die 48-fache (d. h. auf vier Jahre hochgerechnete) monatliche Vergütung maßgeblich (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV).

Die Schätzung des Auftragswerts ist **aus der Perspektive eines potenziellen Bieters** heraus vorzunehmen<sup>56</sup>. Der Auftraggeber soll sich bei seiner Schätzung des Auftragswerts am Markt orientieren<sup>57</sup>. Der geschätzte Auftragswert ist nichts anderes als ein durch die Vergabestelle **simuliertes Angebot**. Die Form, Art und Weise, auf welche der Auftragnehmer seine Vergütung im Rahmen der Vertragsabwicklung erhält, ist dabei irrelevant. Erhält ein Auftragnehmer für eine ausgeschriebene Dienstleistung kein Entgelt vom Auftraggeber, sondern erzielt er einen Erlös aus der Verwertung einer werthaltigen Abfallfraktion, z.B. dem Verkauf von Altpapier, der seine Kosten für die Entsorgungsleistung mindestens deckt (in der Praxis regelmäßig übersteigt,) ist aus vergaberechtlicher Sicht der Verkauf des Altpapiers das rechtliche Gewand, in dem sich der Auftraggeber die Leistungen des Einsammelns und Beförderns des Altpapiers beschafft, und somit die ihr obliegende geordnete Abfall- resp. Altpapierentsorgung sicherstellt. Deshalb ist der Verwertungserlös zu berücksichtigen<sup>58</sup>, denn wenn der Auftragnehmer einen Teil seiner Vergütung über sonstige Erlöse erhält, ist auch dieses nichts anderes als eine mögliche Form der Vergütung für die erbrachte Leistung<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> Vgl. *OLG Celle*, Beschluss vom 5.2.2004, Az. 13 Verg 26/03; *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, VgV § 3 Rn 13.

<sup>54</sup> *Brandenburgisches OLG*, Beschluss vom 29.01.2013, Az. Verg W 8/12.

<sup>55</sup> *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, VgV § 3 Rn 24.

<sup>56</sup> *EuGH*, Urteil vom 18.01.2007, Az. C-220/05; *OLG Karlsruhe*, Beschluss vom 12.11.2008, Az. 15 Verg 4/08.

<sup>57</sup> *OLG Naumburg*, Beschluss vom 16.01.2007, Az. 1 Verg 6/07.

<sup>58</sup> *VK Münster*, Beschluss vom 28.08.2007, Az. VK 14/07, VK 15/07.

<sup>59</sup> im Ergebnis ebenso *EuGH*, Urteil vom 18.01.2007, Az. C-220/05; *VK Düsseldorf*, Beschluss vom 10.04.2008, Az. VK-05/2008-B.

Der Auftraggeber hat zwar theoretisch die Möglichkeit, die Höhe des Auftragsvolumens durch eine **Reduzierung der Laufzeit** des zur Vergabe anstehenden Auftrags zu gestalten. Eine dauerhafte Vergabepraxis dergestalt, dass in kurzen Zeitabschnitten regelmäßig inhaltsgleiche Aufträge vergeben werden, die eine geringe Laufzeit haben und deshalb vom Auftragsvolumen her unterhalb der Wertgrenzen für die freihändige Vergabe liegen, scheidet jedoch schon an der Regelung in § 3 Abs. 3 VgV, wonach bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen die Summe aller Aufträge des letzten Haushaltsjahres maßgeblich ist.

## VI. Berücksichtigung sozialwirtschaftlicher Betriebe in Vergabeverfahren über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung

Wenn der öRE die nachgefragte Leistung der Vorbereitung zur Wiederverwendung auszuschreiben hat, stellt sich die Frage, wie dabei die Besonderheiten sozialwirtschaftlicher Betriebe Berücksichtigung finden können.

Das Vergabeverfahren gliedert sich im Wesentlichen wie folgt auf:

- Wahl der Vergabeverfahrensart (EU-weit/national, öffentlich/beschränkt/freihändig ...).
- Erstellung der Vergabe-/Vertragsunterlagen, insbesondere Leistungsbeschreibung inkl. Auftragsausführungsbedingungen, Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.
- Bekanntmachung / Angebotsphase.
- Prüfung der Eignung der Bieter (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit).
- Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien.

In allen Phasen des Vergabeverfahrens können soziale Aspekte, Qualitätsanforderungen und Umweltaspekte einfließen, die mittelbar oder unmittelbar den Besonderheiten lokaler sozialwirtschaftlicher Betriebe gerecht werden. Die rechtliche Zulässigkeit der jeweiligen Anforderung bestimmt sich nach den die jeweilige Phase betreffenden Rechtsvorschriften.

### 1. Wahl der Vergabeverfahrensart

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stehen verschiedene Vergabeverfahren zur Verfügung; der öffentliche Auftraggeber hat zwischen diesen allerdings **nicht** die freie Wahl. Wenn es sich um einen Auftrag mit einem Auftragsvolumen von **mehr als 207.000 EUR netto** handelt, muss der Auftraggeber grundsätzlich das EU-weite **offene Verfahren** durchführen, da dieses größtmöglichen Wettbewerb sicherstellt (§ 101 Abs. 7 Satz 1 GWB). Nur ausnahmsweise darf der Auftraggeber vom offenen Verfahren abweichen und ein nichtoffenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren durchführen. Die entsprechenden Ausnahmetatbestände (wie z. B. die besondere Dringlichkeit der Beschaffung) sind abschließend in § 3 EG VOL/A aufgezählt.

Dasselbe Prinzip gilt auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem Volumen von **weniger als 207.000 EUR**: Grundsätzlich haben öffentliche Auftraggeber Leistungen in einer **öffentlichen Ausschreibung** zu vergeben; nur ausnahmsweise dürfen sie die beschränkte Ausschreibung oder die freihändige Vergabe anwenden, wenn einer der in § 3 VOL/A geregelten Ausnahmetatbestände dies erlaubt<sup>60</sup>. Diese Ausnahmetatbestände sind abschließend in § 3 VOL/A aufgelistet, eng auszulegen und restriktiv zu handhaben.

<sup>60</sup> Der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich u. a. aus § 55 LHO.

**Beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben** sind Verfahren, bei denen sich der öffentliche Auftraggeber mit oder auch ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wendet, um sie zur Angebotsabgabe aufzufordern oder aber – bei der freihändigen Vergabe – über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A). In der Praxis werden diese Vergaben häufig ohne Teilnahmewettbewerb, sondern dergestalt durchgeführt, dass der Auftraggeber ihm bekannte Unternehmen anspricht und Angebote von ihnen einholt. Das Verfahren der freihändigen Vergabe ist dabei von einer wesentlich geringeren Förmlichkeit und Wettbewerblichkeit geprägt als die anderen Vergabeverfahren. Aber auch bei freihändiger Vergabe „sollen“ mehrere – „grundsätzlich“ mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden (§ 3 Abs. 1 VOL/A).

#### a. Freihändige Vergabe an Werkstätten für Behinderte

Werkstätten für Behinderte dürfen durch die freihändige Vergabe bis zu einem Auftragsvolumen von 207.000 EUR netto unmittelbar bevorzugt werden: Öffentliche Auftraggeber können **Vergleichsangebote** im Wege einer freihändigen Vergabe **ausschließlich von Behindertenwerkstätten** einholen (§ 3 Abs. 5 lit. j VOL/A). Bei dieser Vorgehensweise werden gewerbliche Anbieter von vornherein ausgeschlossen. Es steht **im freien Ermessen** des Auftraggebers, ob er von dieser Möglichkeit der Angebots-einholung nur von Behindertenwerkstätten Gebrauch macht. Gemäß § 141 SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen) werden Aufträge der öffentlichen Hand, die von Werkstätten für behinderte Menschen ausgeführt werden können, solchen Werkstätten bevorzugt angeboten. Eine Werkstatt für behinderte Menschen ist eine Einrichtung zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben und zur Eingliederung in das Arbeitsleben (§ 136 Abs. 1 SGB IX).

Von der Begriffsbestimmung „Werkstatt für behinderte Menschen“ sind Integrationsprojekte nicht erfasst. **Integrationsprojekte** i. S. v. § 132 SGB IX sind rechtlich und wirtschaftlich selbstständige Unternehmen (Integrationsunternehmen) oder von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 71 Abs. 3 geführte Betriebe zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (§ 132 Abs. 1 SGB IX). In Abgrenzung zu den Werkstätten für behinderte Menschen, in denen die Beschäftigten keinen Arbeitnehmerstatus erlangen können, bieten Integrationsprojekte besonders betroffenen schwerbehinderten Menschen in erster Linie dauerhafte Beschäftigung in einem besonders geförderten und geschützten Bereich des allgemeinen Arbeitsmarktes<sup>61</sup>. Integrationsunternehmen und -betriebe sind in erster Linie Bestandteil des allgemeinen Arbeitsmarktes. Sie treten mit ihren Produkten, Angeboten und Dienstleistungen unmittelbar in Konkurrenz zu anderen Anbietern im gleichen Marktsegment und müssen sich wirtschaftlich eigenverantwortlich behaupten<sup>62</sup>. Integrationsprojekte bilden deshalb einen „dritten Weg“ zwischen dem allgemeinen Arbeitsmarkt und der Werkstatt für behinderte Menschen<sup>63</sup>. Integrationsprojekte können nicht gemäß § 3 Abs. 5 lit. j) VOL/A freihändig beauftragt werden. Wenn sie von öffentlichen Auftraggebern betrieben werden (**Integrationsbetriebe**), kommt allerdings eine freihändige Beauftragung im Rahmen eines In House-Geschäfts in Betracht.

#### b. Freihändige Vergabe an (lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe

(Lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe können im Wege der freihändigen Vergabe unmittelbar beauftragt werden, wenn der öRE nicht an die VOL/A 1. Abschnitt gebunden ist (so die o. g. Institutionen, die gemäß der kommunalen Vergabegrundsätze NRW von der Anwendung der VOL/A 1. Abschnitt befreit sind; s. o. Ziff. V. 1. b.). Diese öRE können sozialwirtschaftliche Betriebe mit Leistungen bis zu einem Wert von 207.000 EUR netto freihändig beauftragen.

<sup>61</sup> Dau/Düwell/Joussen, SGB IX 4. Auflage 2014 § 132 Rn. 4.

<sup>62</sup> Dau/Düwell/Joussen a.a.O., Rn. 5.

<sup>63</sup> Dau/Düwell/Joussen a. a. O., Rn. 8.

### c. **Freihändige Vergabe wegen Unterschreitens des landesrechtlich vorgesehenen Schwellenwerts (in NRW: 100.000 EUR netto)**

Gemäß § 3 Abs. 5 lit. i) VOL/A darf ausnahmsweise auch dann eine freihändige Vergabe erfolgen, wenn diese Verfahrensart von einem Landesminister bis zu einem bestimmten (Auftrags-)Höchstwert zugelassen ist. Gemäß Ziff. 7.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW können die Vergabestellen in NRW **bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 EUR netto wahlweise eine freihändige Vergabe oder eine beschränkte Ausschreibung** durchführen.<sup>64</sup> Unterschreitet das geschätzte Nettovolumen der nachgefragten Leistung die 100.000 EUR-Grenze, dürfen öRE in NRW die Leistung der Vorbereitung zur Wiederverwendung also freihändig vergeben, **ohne die Wahl dieser Verfahrensart näher begründen zu müssen**. Im Vergabevermerk reicht allein der Verweis auf Ziff. 7.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze und die Darlegung, wie der Auftragswert geschätzt wurde.

**Fazit: Eine freihändige Vergabe an sozialwirtschaftliche Betriebe ist zulässig, wenn das Auftragsvolumen unter 100.000 EUR netto liegt. Ist der Auftraggeber nicht an die VOL/A – 1. Abschnitt – gebunden, kann eine freihändige Vergabe bis 207.000 EUR Netto-Auftragsvolumen erfolgen. Behindertenwerkstätten können ungeachtet dessen von allen öffentlichen Auftraggebern mit Leistungen bis zu 207.000 EUR freihändig beauftragt werden.**

Hiervon unberührt bleiben die vergaberechtlich zulässigen Möglichkeiten einer mittelbaren Bevorzugung sozialwirtschaftlicher Betriebe durch die Ausgestaltung von Auftragsausführungsbedingungen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, die den Besonderheiten solcher Betriebe Rechnung tragen. Diese werden nachfolgend dargestellt.

## 2. **Leistungsbeschreibung (Kernstück der Vergabeunterlagen)**

### a. **Beschreibung der zu erbringenden Leistung; Recht des Auftraggebers, Leistung frei zu bestimmen**

Gemäß § 7 Abs. 1 VOL/A bzw. § 8 Abs. 1 VOL/A-EG ist die vom öRE im Rahmen der Ausschreibung nachgefragte Leistung **eindeutig und erschöpfend** zu beschreiben, denn die Leistungsbeschreibung ist Grundlage sowohl für die Angebote der Bieter als auch für die spätere Vertragserfüllung.

Im Hinblick auf die Beschreibung der Leistung ist der öRE weitgehend frei<sup>65</sup>. Überdies ist er nicht verpflichtet, den Ausschreibungsgegenstand so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind<sup>66</sup>. Insbesondere muss er nicht Standortvorteile einzelner Bieter in jeder Hinsicht ausgleichen, denn dies würde Bieter benachteiligen, die bereits im öRE-Gebiet Standorte haben<sup>67</sup>.

Begrenzt wird das Leistungsbestimmungsrecht des öRE durch das vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität in § 7 Abs. 4 VOL/A bzw. § 8 EG Abs. 7 VOL/A:

*„Bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen dürfen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist.“*

<sup>64</sup> Die allgemeinen Vergabeprinzipien Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb sowie die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit finden jedoch auch hier Anwendung (Ziff. 7 Abs. 1 der Kommunalen Vergabegrundsätze).

<sup>65</sup> Vgl. nur *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07; *Scharen*, GRUR 2009, 345, 346

<sup>66</sup> *OLG Düsseldorf*, a. a. O.

<sup>67</sup> So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf* im Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07.

Je mehr der örE mit seinen Festlegungen in der Leistungsbeschreibung den Wettbewerb begrenzt, umso besser muss der sachliche (auftragsbezogene) Grund sein, der ihn zu dieser Festlegung motiviert.

Ferner können auch Rechtsvorschriften außerhalb des Vergaberechts, namentlich des Abfallrechts, das Leistungsbestimmungsrecht des örE beeinflussen.<sup>68</sup>

**Beispiel:** Ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger möchte einen sozialwirtschaftlichen Betrieb in die Erfüllung von **Behandlungs- und Verwertungspflichten gemäß § 9 Abs. 6 i. V. m §§ 11, 12 ElektroG** (§ 14 Abs. 5 i. V. m. §§ 20, 22 ElektroG-E) einbinden. Der örE sollte dann in jedem Fall die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zum Gegenstand der Leistungsbeschreibung machen. Das erfordert z. B. die Festlegung,

- dass gemäß § 11 Abs. 1 ElektroG (§ 20 Abs. 1 ElektroG-E) vor der Behandlung zu prüfen ist, ob das Altgerät (oder einzelne Bauteile) einer Wiederverwendung zugeführt werden kann, soweit die Prüfung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.
- dass die Behandlung nach dem Stand der Technik im Sinne des § 3 Abs. 28 KrWG zu erfolgen hat (§ 11 Abs. 2 S. 1 ElektroG).
- dass mindestens alle Flüssigkeiten zu entfernen und die Anforderungen an die selektive Behandlung nach Anhang III zu erfüllen sind.
- dass bei der Behandlung mindestens die technischen Anforderungen nach Anhang IV erfüllt werden müssen (§ 11 Abs. 2 S. 2, 4 ElektroG).

**Soziale Kriterien, die einer direkten oder unmittelbaren Bevorzugung von sozialwirtschaftlichen Betrieben dienen könnten**, können nur sehr begrenzt in der Leistungsbeschreibung definiert werden. Denn es fehlt ihnen häufig der hierfür zwingend erforderliche Auftragsbezug.

Die RVO-TVgG NRW regelt in § 13 Abs. 1, dass in der Leistungsbeschreibung soziale Kriterien, soweit sie leistungsbezogen sind, immer dann berücksichtigt werden *können*, wenn die zu beauftragende Leistung dazu dienen soll, die **Bedürfnisse bestimmter sozialer Gruppen** zu decken. Dies betrifft aber nur **benutzerbezogene Elemente** wie z. B. die behindertengerechte Ausgestaltung der zu beauftragenden Leistung. In der Begründung zu § 13 RVO-TVgG NRW wird zutreffend erläutert, dass soziale Kriterien nur in engen Grenzen einen Produktbezug aufweisen und deshalb auf der Ebene der Leistungsbeschreibung nur schwer zu berücksichtigen sind.<sup>69</sup>

## b. Auftragsausführungsbedingungen

Teil der Leistungsbeschreibung sind aber auch die sogenannten Auftragsausführungsbedingungen. Diese sind für die Berücksichtigung sozialer Aspekte **gut geeignet**.

Denn gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB können für die Auftragsdurchführung

*„zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“*

<sup>68</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.8.2012, Az. Verg 105/11

<sup>69</sup> Der „Leitfaden“ nennt auf S. 37 als Praxisbeispiel 24 Schulsozialleistungen in kind- und behindertengerechten, vom Bieter zu stellenden Sozialräumen.

Öffentliche Auftraggeber können danach von ihren Auftragnehmern ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen, auch wenn sich Letztere ansonsten am Markt anders verhalten.

Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können zum Beispiel die **Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen** bezogen auf den konkreten Auftrag betreffen<sup>70</sup>. Auch § 13 Abs. 3 RVO-TVgG NRW regelt, dass sich soziale Kriterien als ergänzende Ausführungsbestimmung insbesondere auf die Beschäftigung von Personen beziehen können, deren **Eingliederung** besondere Schwierigkeiten bereitet; ferner kann auch die Beschäftigung einer höheren Zahl von **Menschen mit Behinderungen** gefordert werden, als nach nationalem Recht vorgeschrieben<sup>71</sup>.

**Praxistip:** öRE können den Auftragnehmer als Auftragsausführungsbedingung dazu verpflichten, für eine festgelegte Zeit eine **bestimmte Zahl von Arbeitslosen** zu beschäftigen, die von der Agentur für Arbeit zugewiesen werden<sup>72</sup>. Der Auftraggeber sollte Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung festlegen (Vertragsstrafen, Kündigungsrecht). Der Auftraggeber sollte aber gleichzeitig auch regeln, was gilt, wenn es dem Auftragnehmer nicht gelingt, diese Arbeitnehmer über die gesamte Dauer des Auftrags zu beschäftigen, ohne dass ihm dies zuzurechnen ist. Dazu kommt beispielsweise eine Regelung in Betracht, dass der Auftragnehmer in dem genannten Fall berechtigt ist, **vorübergehend** andere Mitarbeiter bei der Ausführung des Auftrags einzusetzen, sich aber in bestimmten – definierten – Zeitabständen **nachweislich** wieder bemühen muss, Arbeitslose bzw. geförderte Arbeitnehmer einzusetzen.

#### **Weitere in Betracht kommende Auftragsausführungsbedingungen bei der Beauftragung von Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung:**

- Pflicht des Auftragnehmers, den Arbeitsplatz individuell dem (behinderten) Beschäftigten und seinen Aufgaben anzupassen.
- Pflicht des Auftragnehmers, detaillierte Bildanleitungen, wie etwas zu demontieren und zu trennen ist und in welche Behältnisse die gewonnenen Materialien zu befördern sind, an den Arbeitsplätzen der Mitarbeiter anzubringen (z. B. an der Wand aufzuhängen).
- Anforderungen an die Qualifikation der Werkstatt- und Gruppenleiter (handwerkliche Ausbildung und (sonder-) pädagogische Zusatzqualifikation).
- Pflicht, in bestimmten zeitlichen Abständen regelmäßig Weiterbildungsmaßnahmen zum Thema Vorbereitung zur Wiederverwendung durchzuführen.
- Pflicht, (behinderte) Beschäftigte nach Bedarf (immer wieder) neu einzuweisen.
- Anforderungen an die Vermarktung der im Rahmen der Vorbereitung zur Wiederverwendung anfallende Ware bzw. des Materiales (z. B. diskriminierungsfreier Secondhand-Verkauf an „Jedermann“).

<sup>70</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung der BReg zum GesE auf BT-Drucks. 16/10117 vom 13.8.2008, Seite 16.

<sup>71</sup> Der vom Wirtschaftsministerium NRW herausgegebene „Handlungsleitfaden“ zum Tarifreue- und Vergabegesetz NRW (sog. „Aulinger-Papier“) nennt auf S. 36 die Ebene der ergänzenden Ausführungsbedingungen als den größten Anwendungsbereich der Berücksichtigung von sozialen Aspekten im Vergabeverfahren und beschreibt hierzu die Praxisbeispiele 27 und 28.; er verweist als weiterführende Hinweise auf das Arbeitspapier 34 „Arbeitshilfe zur Vergabe von Leistungen unter Berücksichtigung sozialer/arbeitsmarktlicher Aspekte“ der Gesellschaft für innovative Beschäftigungsförderung mbH aus Dezember 2010 (abrufbar unter: [www.gib.nrw.de](http://www.gib.nrw.de)), den Leitfaden „Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht“ des Deutschen Städtetages in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales sowie dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (abrufbar unter [www.bmas.de/WB/service/publikationen/a393-vergaberecht.html](http://www.bmas.de/WB/service/publikationen/a393-vergaberecht.html)) sowie den Leitfaden der EU-Kommission für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen (im Internet verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=de>).

<sup>72</sup> So ausdrücklich der mittlerweile aufgehobene § 279a Abs. 1 Nr. 1 SGB III aF; vgl. dazu *VK Sachsen-Anhalt*, Beschluss vom 27.7.2000, Az. VK Hal 20/00, S. 13 ff.

- Schulung der Mitarbeiter dahingehend, dass diese die Bürger bzw. Spender der zur Wiederverwendung oder Vorbereitung zur Wiederverwendung geeigneten Gegenstände beraten können.
- Öffentlichkeits-/Pressearbeit zum Zweck der „Akquisition“ von zur Wiederverwendung oder Vorbereitung zur Wiederverwendung geeigneten Gegenständen.
- Verpflichtung, Betriebsbesuche für die Öffentlichkeit in regelmäßigen Abständen zu ermöglichen („Tag der offenen Tür“), um auf die Möglichkeiten der Wiederverwendung bzw. Vorbereitung zur Wiederverwendung aufmerksam zu machen und die Bürger entsprechend zu informieren.

Für öRE in NRW gilt § 12 Abs. 4 der RVO-TVgG NRW: Danach sind bei der Vergabe von Abfallentsorgungsdienstleistungen die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der abfallrechtlichen **Grundsätze der Autarkie und Nähe** entsprechend zu berücksichtigen. Unter diesem Aspekt wird man es beispielsweise für zulässig erachten können, bestimmte **Höchstentfernungen** zwischen dem öRE-Gebiet und dem Ort, wo diese zur Wiederverwertung vorbereitet werden sollen, als Auftragsausführungsbedingung vorzugeben. Weitere sachliche Gründe für die Vorgabe von Höchstentfernungen können insbesondere auch wirtschaftliche Aspekte sein.

**Beispiel:** Der öRE schreibt in der Leistungsbeschreibung vor, dass die Übernahmestelle für die von ihm gesammelten Abfälle nicht weiter als X km (Luftlinie) außerhalb des öRE-Gebiets (Gemarkungsgrenze) entfernt sein darf. Im Vergabevermerk führt er dazu aus, dass diese Vorgabe dazu dient, die den Gemeinden und Städten des Kreises entstehenden Transportkosten (Folgekosten) und die Fahrzeiten für die Sammelfahrzeuge so gering wie möglich zu halten<sup>73</sup>.

Auch bei der Vergabe von **Sammlungs-, Behandlungs- und Verwertungspflichten gemäß § 9 Abs. 6 i. V. m §§ 11, 12 ElektroG** (§ 14 Abs. 5 i. V. m. §§ 20, 22 ElektroG-E) bieten sich Auftragsausführungsbedingungen an:

- Damit potentiell funktionsfähige Geräte nicht bei der Lagerung oder Umlagerung beschädigt werden, macht der öRE dem sozialwirtschaftlichen Betrieb, der auch mit der Sammlung und Lagerung beauftragt ist, konkrete Vorgaben zur Verwendung geeigneter Container, zur Befüllung von vorn oder von der Seite (statt von oben), zur Lagerung auf überdachten Flächen und zur Umlagerung (keine Umlagerung durch Großmaschinen, kein Auskippen auf Sammelhaufen).
- Der öRE legt für den Auftragnehmer verbindlich fest, wann von diesem eine Prüfung, ob das Elektro-Altgerät oder einzelne Bauteile einer Wiederverwendung zugeführt werden können, durchzuführen ist. Diesbezüglich kann der Auftraggeber auf die DIN VDE 0701-0702 zur Prüfung nach Instandsetzung, Änderung elektrischer Geräte – Wiederholungsprüfung elektrischer Geräte - Allgemeine Anforderungen für die elektrische Sicherheit sowie die VDI-Richtlinie 2343 Blatt 7 zum Recycling elektrischer und elektronischer Geräte („Re-use“) zurückgreifen.
- Zur Vermeidung von „verschwendetem Wertungspotential“ gibt der öRE dem sozialwirtschaftlichen Betrieb eine genaue Zerlegung in einzelne Fraktionen vor, damit kleine wertvolle Teile nicht an großen, weniger wertvollen Teilen verbleiben.
- Bei Leistungen der Erstbehandlung im Sinne des ElektroG hat der Betreiber einer Anlage, in der die Erstbehandlung erfolgt, die Anlage jährlich durch einen Sachverständigen zertifizieren zu lassen (§ 11 Abs. 3 S. 1 ElektroG). Der Auftraggeber kann den Auftragnehmer in den Auftragsausführungsbedingungen zur jährlichen **Rezertifizierung** verpflichten.

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07.

### 3. Anforderungen an die Eignung der Bieter

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben werden (97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 2 Abs. 1 VOL/A, § 2 EG Abs. 1 VOL/A). Der öRE muss dies prüfen, bevor er einen Auftrag erteilt. Er kann die Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit durch Unterkriterien konkretisieren; auch die Unterkriterien müssen aber mit Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zusammenhängen<sup>74</sup>. Der öRE darf zum Zwecke der Eignung der Bieter von diesen Erklärungen und Nachweise fordern, aber nur solche, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (§ 6 Abs. 3 VOL/A und § 7 EG Abs. 1 VOL/A). Grundsätzlich soll er sich dabei auf Eigenerklärungen beschränken und (amtliche) Nachweise nur bei Bedarf fordern.

#### a. Fachkunde

**Fachkunde** bildet die technischen Kenntnisse eines Bieters ab, die für ausgeschriebene Leistung erforderlich sind (Ausbildung, Erfahrung etc.)<sup>75</sup>. Der geforderte Maßstab der Fachkunde hängt von der Komplexität und dem Schwierigkeitsgrad der zu vergebenden Leistung ab.

#### Beispiele:

- **Referenzen**, d. h. eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Geschäftsjahren erbrachten Leistungen, die mit der vom öRE nachgefragten Leistung vergleichbar sind, ferner mit Angabe des Auftraggebers, des ungefähren Auftragswerts und der Leistungszeit.
- Darstellung der **Erfahrung** im Bereich Wiederverwendung bzw. Vorbereitung zur Wiederverwendung (Materialkenntnis).
- **Entsorgungsfachbetriebe-Zertifikat** nach EfbV oder Ausrichtung der betrieblichen Organisation entsprechend der EfbV-Standards, insb. hinsichtlich der Mengennachweise.
- Aktuell gültiges **Erstbehandlungs-Zertifikat** nach § 11 Abs. 3 S. 1 ElektroG.
- Datenschutz-Zertifizierung.

#### b. Leistungsfähigkeit

Ein Bieter ist **leistungsfähig**, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er eine fach- und fristgerechte Ausführung der zu erbringenden Leistungen garantieren kann.<sup>76</sup>

#### Beispiele:

- Darstellung der **technischen Ausstattung** des Betriebes zum Nachweis dessen, dass der Bieter zur Wiederverwendung geeignete Gegenstände prüfen und reinigen sowie kleinere Reparaturen durchführen kann.
- Aktuell gültiges **Erstbehandlungs-Zertifikat** nach § 11 Abs. 3 S. 1 ElektroG.

<sup>74</sup> Hausmann/von Hoff in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A 2. Auflage 2011, § 7 Rn. 4 f.

<sup>75</sup> VK Düsseldorf, Beschluss vom 21.01.2009, Az. VK-43/2008-L; VK Bund, Beschluss vom 10.12.2003, Az. VK 1-116/03.

<sup>76</sup> VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 27.01.2009, Az. VK-SH 19/08; VK Düsseldorf, Beschluss vom 21.01.2009, Az. VK-43/2008-11.

### c. Zuverlässigkeit

Ein Unternehmen ist **zuverlässig**, wenn es bislang seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen entsprechend den rechtlichen und technischen Normen (einschl. Gewährleistung) erwarten lässt.<sup>77</sup>

#### Beispiele:

- **Entsorgungsfachbetriebe-Zertifikat** nach EfbV.
- **Referenzen**, d. h. eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Geschäftsjahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Auftraggebers, des ungefähren Auftragswerts und der Leistungszeit.

#### Praxistipp:

Um die Zuverlässigkeit der Bieter zu überprüfen, sollte der öRE die von diesen angegebenen Referenzen überprüfen, d. h. telefonisch bei den Referenzbeauftragten nachfragen, ob der jeweilige Bieter seine Vertragspflichten erfüllt hat. Der Inhalt dieser Telefonate sollte im Vergabevermerk dokumentiert werden.

### d. Mindestanforderungen an die Eignung

Der öRE kann ferner sogenannte **Mindestanforderungen** an die Eignung definieren, primär in den Bereichen Leistungsfähigkeit und Fachkunde. Auch diese müssen den Bietern vor der Angebotserstellung bekannt gegeben werden

#### Beispiele:

- Bestimmte **Mindestumsätze** mit vergleichbaren Leistungen in den letzten drei Geschäftsjahren.
- Eine bestimmte von der **Mitarbeiterzahl** abgeleitete Unternehmensgröße.
- Bestimmte **Referenzen**
  - Mindestanzahl Referenzen mit vergleichbaren Leistungen.
  - Referenzen, die bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllen.
- Besondere fachliche Qualifikationen, wie z.B. eine Zertifizierung als **Entsorgungsfachbetrieb**<sup>78</sup>.

#### Beispiele:

- (Mindestens) dreijährige Erfahrung im Bereich Wiederverwendung bzw. Vorbereitung zur Wiederverwendung (Materialkenntnis).
- Mindestens zwei Referenzen über mit dem Auftragsgegenstand vergleichbare Leistungen.

<sup>77</sup> OLG Rostock, Beschluss vom 06.03.2009, Az. 17 Verg 1/09; OLG Celle, Beschluss vom 13.12.2007, Az. 13 Verg 10/07; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 27.01.2009, Az. VK-SH 19/08.

<sup>78</sup> Hausmann/von Hoff, a.a.O. Rn. 29; VK Lüneburg, Beschluss vom 14.05.2004, Az. 203-VgK-13/2004.

#### e. Anforderungen, die bereits ortsansässige Betriebe bevorzugen

Vergaberechtlich **problematisch** und deshalb angreifbar erscheinen Anforderungen wie z. B.

- Nachweis einer „*etablierten*“ sozialwirtschaftlichen Sozial-, Fairkauf- oder Secondhand-Einrichtung.
- Nachweis einer „*lokal etablierten*“ Wiederverwendungsstruktur.
- Ausbaubarkeit einer „*vorhandenen*“ Infrastruktur (Sammlungsorganisation, Kaufhäuser, Läden).

Mit solchen Anforderungen würden ortsansässige Betriebe mittelbar bevorzugt. Nicht ortsansässige – gleichwohl fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige – Bieter könnten vorbringen, dass sie die nachgefragte Leistung der Vorbereitung zur Wiederverwendung ebenfalls erbringen und im Auftragsfall eine entsprechende Struktur bzw. einen entsprechenden Betrieb im örE-Gebiet einrichten könnten. Ein **sachlicher, auftragsbezogener Grund** für die Forderung, dass ein Betrieb schon ortsansässig sein muss, um die nachgefragte Leistung erbringen zu können, ist **nicht** – jedenfalls nicht auf Anhieb – **ersichtlich**.

#### 4. Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste** (nicht zwingend das billigste) Angebot unter Berücksichtigung der in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags und in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien erteilt (§ 97 Abs. 5 GWB, § 19 EG Abs. 8, 9 VOL/A, § 3 Abs. 5 S. 1 TVgG NRW i. V. m. § 9 RVO TVgG NRW). Neben dem Preis können Kriterien wie Qualität, technischer Wert, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität u. a. berücksichtigt werden (§ 19 EG Abs. 9 VOL/A)<sup>79</sup>.

Der Auftraggeber muss die Kriterien nach **pflichtgemäßem Ermessen** auswählen, gewichten und den Bietern im Vorfeld der Angebotsabgabe bekanntgeben, damit sich diese bei der Erstellung ihrer Angebote darauf einstellen können. Die Gewichtung der einzelnen Kriterien muss ausgewogen sein, d. h. so festgelegt werden, dass jedes Kriterium weder überbetont noch marginalisiert wird.

Als Zuschlagskriterien denkbar sind **einfache Anforderungen**, deren Vorliegen allein mit „**erfüllt**“ oder „**nicht erfüllt**“ bewertet werden. Diese können auch als **k.o.-Kriterien** ausgestaltet werden<sup>80</sup>. Bei **komplexeren** Anforderungen ist hingegen eine Bewertung nach dem Erfüllungsgrad sachgerechter, und - dem Gleichbehandlungsgebot gem. § 97 Abs. 2 GWB nachkommend - auch genauer. Beide Anforderungskategorien können in ein- und derselben **Wertungsmatrix** auch vermischt werden.

<sup>79</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend, so der Wortlaut „*beispielsweise*“ in 16 Abs. 8 VOL/A, § 19 Abs. 9 EG VOL/A.

<sup>80</sup> 2. VK Bund, Beschluss vom 17.3.2005, Az. VK 2 – 09/05; 3. VK Bund, Beschluss vom 29.1.2009, Az. VK 3 – 200/08; Beschluss vom 29.01.2009, Az. VK 3 – 197/08.

### a. Soziale Zuschlagskriterien

Öffentliche Auftraggeber in NRW können – müssen aber nicht – soziale Aspekte, die die Arbeitsbedingungen der unmittelbar an der Leistungserbringung beteiligten Personen betreffen, einbeziehen (§ 13 Abs. 2 S. 1 RVO TVgG NRW). Die **Berücksichtigung von u. a. sozialen Aspekten bei der Angebotswertung** ist nach § 3 Abs. 5 Satz 2 TVgG NRW zulässig, wenn

- diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen<sup>81</sup>,
- in der Bekanntmachung des Auftrages und in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich hinsichtlich des Umfangs der Vorgaben und der Gewichtung dokumentiert sind,
- dem Auftraggeber durch ihre Festlegung keine willkürliche Entscheidung ermöglichen,
- und die Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsbot sowie das Diskriminierungsverbot beachtet werden.

#### Beispiele:

- **Arbeitsbedingungen der unmittelbar an der Leistungserbringung beteiligten Personen** (§ 13 Abs. 2 RVO-TVgG NRW), wie
  - **Gesundheitsschutz** der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter
  - **Förderung der sozialen Integration** der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter
  - **Barrierefreiheit** für Menschen mit Behinderungen, die bei der Ausführung des Auftrags eingesetzt werden.

### b. Umwelt

Öffentliche Auftraggeber in NRW sollen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigen (§ 17 Abs. 7 TVgG NRW). Zulässige Wertungsaspekte sind (§ 3 Abs. 5 Satz 2 TVgG NRW):

- Energieverbrauchsrelevanz der bei Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung zum Einsatz kommenden Ware oder Ausrüstung bzw. des eingesetzten technischen Geräts.
- Betriebs- und Entsorgungskosten.

Bei der Vergabe von **Abfallentsorgungsdienstleistungen** sind überdies die

- abfallrechtlichen Grundsätze der **Autarkie und Nähe**

entsprechend zu berücksichtigen (§ 12 Abs. 4 der RVO-TVgG NRW).

#### Praxistipp:

Zum Gegenstand der Wertung kann die **Entfernung**, d. h. die **Transportstrecke** zwischen dem Abholungsort der zu überlassenden Abfälle und dem Ort, wo diese zur Wiederverwertung vorbereitet werden sollen, gemacht werden, beispielsweise indem größere Entfernungen mit Preisaufschlägen („X EUR pro Mehr-km“) „sanktioniert“ werden<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu auch *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 1.8.2012, Az. VII-Verg 105/11.

<sup>82</sup> *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 1.8.2012, Az. Verg 105/11.

Als mögliches Zuschlagskriterium kommt ferner die qualitativ höherwertigere Verwertung gegenüber qualitativ weniger hochwertigen Verwertungen (z. B. thermische Verwertung) in Betracht. Hier könnten **Wiederverwendungsquoten** eine Rolle spielen. Im Rahmen eines solchen Kriteriums könnten beispielsweise Zusatzpunkte vergeben werden. Damit würde sich der Auftraggeber vom Grundsatz her nicht angreifbar machen; Zuschlagskriterien, nach denen Angebote, die bestimmten spezifischen und objektiv quantifizierbaren Umweltaforderungen entsprechen, Zusatzpunkte erhalten, räumen nämlich nach der Rechtsprechung des EuGH dem Auftraggeber gerade keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit ein<sup>83</sup>.

Der öRE ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 KrWG verpflichtet, eine möglichst hochwertige Verwertung anzustreben (sog. „Strebsamkeitsappell“)<sup>84</sup>. Die Anforderungen an die **Hochwertigkeit der Verwertung** werden in § 8 Abs. 1 Satz 3 KrWG nicht näher konkretisiert. Zur Konkretisierung kann auf die Zielbestimmung des § 1 und die Hierarchiestufen des § 6 Abs. 1 KrWG zurückgegriffen werden<sup>85</sup>. Rein praktisch soll dies bedeuten, dass eine Wiederverwendung von Abfällen hochwertiger als ihr Recycling und dies hochwertiger als die sonstige Verwertung und hier insbesondere die thermische Verwertung ist<sup>86</sup>.

Vergaberechtlich erscheint es nach hiesiger Einschätzung daher zulässig, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als Auftraggeber bei der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegt, dass er im Rahmen der Angebotswertung eine von den Bietern angebotene **Wiederverwendungsquote** berücksichtigen wird. Mit einem solchen Zuschlagskriterium würde der Auftraggeber das abfallrechtliche Ziel verfolgen, eine möglichst hochwertige Verwertung entsprechend der Hierarchiestufen des § 6 Abs. 1 KrWG im Rahmen der Ausschreibung zu erzielen. Eine Diskriminierung einzelner Bieter ist dabei nicht ersichtlich, wenn das Zuschlagskriterium objektiv und unterschiedslos auf die Angebote aller Bieter angewandt wird.

**Praxistipp:** Da Umweltschutzkriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen, sollte sich der Auftraggeber darauf beschränken, Wiederverwendungsquoten für die den konkreten Auftrag betreffenden Abfälle zu bewerten. Eine Bewertung der generell in dem Betrieb des Bieters erreichten Wiederverwendungsquote sollte im Rahmen der Angebotswertung hingegen unterbleiben.

**Praxistipp:** Da es dem öffentlichen Auftraggeber verwehrt ist, Zuschlagskriterien zu verwenden, bei denen er die Angaben der Bieter in ihren Angeboten nicht überprüfen kann<sup>87</sup>, sollte der Auftraggeber bei der Verwendung eines solchen Zuschlagskriteriums „Wiederverwendungs-/Verwertungsquote“ gleichzeitig Anforderungen festlegen, die ihm eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen. Eine effektive Kontrolle ist zum Beispiel möglich über die Verrechnung der Input-Output-Mengen unter Einbeziehung der Restmüllanteile.

<sup>83</sup> EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99 („Concordia Bus“), Rn 66.

<sup>84</sup> Vgl. Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 13.

<sup>85</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 15.

<sup>86</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 15.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01 („Wienstrom“).

**c. Bevorzugung von Behindertenwerkstätten**

Auf der Grundlage von § 141 S. 2 SGB IX ist die öffentliche Hand verpflichtet (und berechtigt), Aufträge bevorzugt anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen anzubieten<sup>88</sup>. Bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben nach Abschnitt 1 der VOL/A (Auftragsvolumen weniger als 207.000 EUR netto) gilt:

Ist das Angebot einer Behindertenwerkstatt ebenso wirtschaftlich wie das eines nicht bevorzugten Bewerbers, so ist der Werkstatt der Zuschlag zu erteilen. Behindertenwerkstätten ist der Zuschlag zu erteilen, wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlichsten Bieters um nicht mehr als 15% übersteigt.

\*\*\*

---

<sup>88</sup> Richtlinien für die Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 10.05.2001 (BAnz 2001, Nr. 109, S. 11773 f.). Für die öRE in NRW ergibt sich dies auch aus dem Gemeinsamen Runderlass vom 22.3.2011 über die Berücksichtigung von Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten (zwar gilt dieser Erlass nur für öffentliche Auftraggeber, die dem Land zuzurechnen sind; es besteht aber auch für andere öffentliche Auftraggeber in NRW die Möglichkeit, sich hieran bei der Anwendung des TVgG NRW zu orientieren).

**örE**

kooperiert im Bereich Wiederverwendung (formell, informell)

Abfallrecht (-)  
Vergaberecht (-)

- örE weist „wettbewerbsneutral“ auf Leistungen des Sozialbetriebs im Rahmen der Abfallberatung hin.
- örE fördert Leuchtturmprojekte zur Stärkung der Kreislaufwirtschaft.
- örE arbeitet mit Sozialbetrieb dergestalt zusammen, dass dieser Sachen zur Wiederverwendung direkt beim Bürger abholt.

„kauft“ Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung zur Erfüllung seiner Entsorgungspflicht ein

Abfallrecht (+)  
Vergaberecht (+)

- „freihändig“ bei Sozialbetrieb:
- Auftragswert < 100.000 € netto, wenn örE VOL/A 1. Abschnitt anwenden muss.
  - Auftragswert < 207.000 € netto, wenn örE VOL/A 1. Abschnitt nicht anwenden muss.

„freihändig“ bei Behindertenwerkstatt:  
Auftragswert < 207.000 € netto

mit Ausschreibung unter Beteiligung gewerblicher Unternehmen

vergaberechtskonforme „Privilegierung“ von Sozialbetrieben durch Ausgestaltung von

- Bedingungen der Auftragsausführung
- Eignungskriterien (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit)
- Zuschlagskriterien zur Angebotswertung