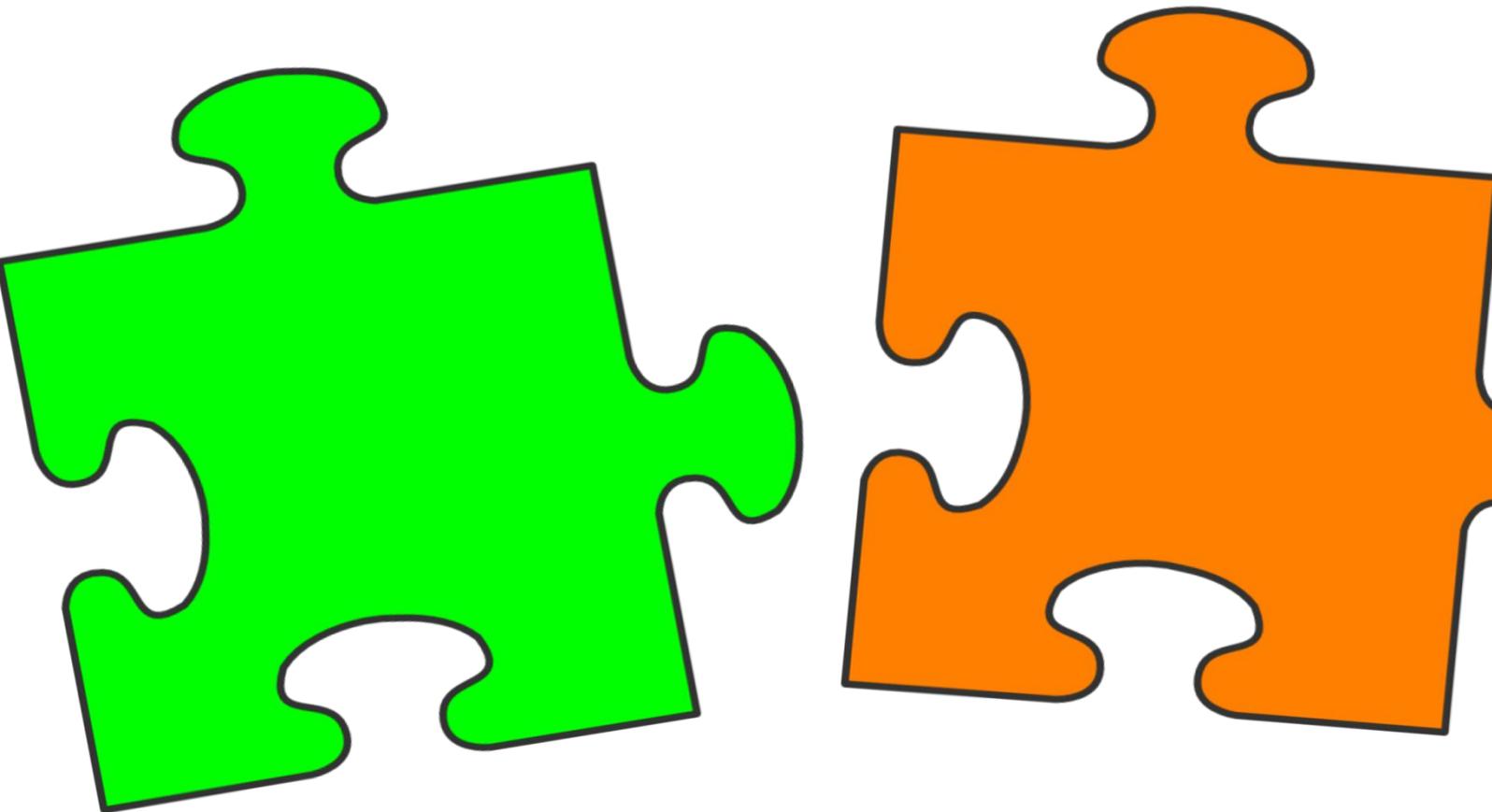


**Kooperationen zwischen
öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern
und sozialwirtschaftlichen Betrieben
bei der Vorbereitung zur Wiederverwendung
von Abfällen**

Ein Handlungsleitfaden vor dem Hintergrund des
Abfall- und Vergaberechtes

Von Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde, Hannover



Auftraggeber und Herausgeber 1. Auflage:

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 –

Auftraggeber und Herausgeber 2. Auflage:

Bundesarbeitsgemeinschaft Arbeit e. V., Berlin

November 2014, aktualisiert Februar 2024

Inhalt

I.	Einleitung/Fragestellung.....	5
II.	Zusammenfassung der Ergebnisse, Do's and Dont's	6
III.	Formen der Kooperation zwischen Kommunen und kommunalen Unternehmen einerseits sowie sozialwirtschaftlichen Betrieben andererseits	8
1.	Informelle Kooperationsbeziehungen.....	8
a.	Förderung im Rahmen der Abfallberatung des öRE gem. § 46 KrWG.....	8
b.	Förderung im Rahmen der Allgemeinen Verhaltenspflicht des § 2 LKrWG NRW (Förderung der Kreislaufwirtschaft)	9
c.	Förderung gemeinnütziger Sammlungen	10
2.	Formalisierte Kooperationsbeziehungen	10
a.	Drittbeauftragung, § 22 KrWG	10
b.	Kooperation zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und zertifizierten Erstbehandlungsanlagen gemäß § 17b ElektroG	11
3.	Gebührenfähigkeit der Kosten einer Kooperation zwischen öRE und sozialwirtschaftlichem Betrieb	12
IV.	Zum Anwendungsbereich des Abfallrechts: Welche Leistungen sind unter Beachtung des Abfallrechtsregimes zu erbringen?.....	13
1.	Die fünfstufige Abfallhierarchie des § 6 KrWG	13
2.	Abgrenzung der Abfallvermeidung (Nr. 1) von der Vorbereitung zur Wiederverwendung (Nr. 2) = Abgrenzung Produkt ↔ Abfall	13
3.	Fazit	14
V.	Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts: Welche Leistungen sind im Vergabeverfahren zu vergeben?.....	15
1.	Persönlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftraggeber	15
a.	bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen über 221.000 EUR netto	15
b.	bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR netto	16
aa.	Verpflichtung zur Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	16
bb.	Freistellung der Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	16
2.	Sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftrag.....	17
a.	Verträge mit Unternehmen	17
b.	Entgeltlichkeit.....	17
c.	Beschaffungscharakter.....	18
3.	Zwischenfazit.....	18
4.	Anzuwendende Vorschriften	18
5.	Auftragsvolumen/Wertgrenzen	19
VI.	Berücksichtigung sozialwirtschaftlicher Betriebe in Vergabeverfahren über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung	20
1.	Wahl der Vergabeverfahrensart.....	21
aa.	Bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen über 221.000 EUR netto	22
bb.	Bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR netto	23
b.	Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals Freihändige Vergabe) bei Vergaben an (lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe	23
c.	Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb wegen Unterschreitens des landesrechtlich vorgesehenen Schwellenwerts (in NRW: 100.000 EUR netto)	23
2.	Leistungsbeschreibung (Kernstück der Vergabeunterlagen)	24
a.	Beschreibung der zu erbringenden Leistung; Recht des Auftraggebers, Leistung frei zu bestimmen.....	24

b.	Auftragsausführungsbedingungen	25
3.	Anforderungen an die Eignung der Bieter	27
a.	Prüfung von Ausschlussgründen (ehemals Zuverlässigkeit)	27
b.	Fachkunde und Leistungsfähigkeit	28
aa.	Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 44 VgV, § 33 UVgO)	28
bb.	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 45 VgV, § 33 UVgO)	28
cc.	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 46 VgV, § 33 UVgO)	29
c.	Mindestanforderungen an die Eignung	30
d.	Anforderungen, die bereits ortsansässige Betriebe bevorzugen	30
4.	Zuschlagskriterien	30
a.	Soziale Zuschlagskriterien	31
b.	Umwelt	31
c.	Bevorzugung von Behindertenwerkstätten und Inklusionsbetrieben	33
5.	Ausblick: Vergabetransformationspaket	34

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 Betriebe¹ oder Einrichtungen wie Werkstätten für behinderte Menschen oder Inklusionsbetriebe 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 die vergaberechtsfreien von den ausschreibungspflichtigen Kooperationsformen ab.

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

¹ 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 wurden², liegt **kein öffentlicher Auftrag** vor, den der örE ausschreiben müsste.

Wenn Vergaberecht Anwendung findet:

Zur Wahl der Vergabeverfahrensart

- Eine **Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals Freihändige Vergabe)** mit der Erteilung 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 der kommunal beherrschten Gesellschaft** sowie Einrichtungen in privatrechtlicher Rechtsform und Zweckverbände, deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ist, sind unterhalb des EU-Schwellenwerts (221.000 EUR) nicht an die UVgO gebunden und **können** sozialwirtschaftliche Betriebe mit Leistungen **bis zu 221.000 EUR** netto „**freihändig**“ beauftragen.
- **Behindertenwerkstätten und Inklusionsbetriebe** können **exklusiv** im Wege der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals **Freihändige Vergabe**) beauftragt werden, wenn das Auftragsvolumen den EU-Schwellenwert von **221.000 EUR** (netto) unterschreitet.
- **Das Recht zur Teilnahme am Vergabeverfahren** kann auch dann **ausschließlich Behindertenwerkstätten und sozialen** Unternehmen im Sinne des § 118 GWB **vorbehalten** werden, wenn das Auftragsvolumen den EU-Schwellenwert von **221.000 EUR** (netto) **überschreitet**. **Bei einem Unterschreiten des Schwellenwertes sind die Regelungen gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 16 lit. a) UVgO entsprechend anzuwenden.**

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.

² und für die auch keine Überlassungspflicht besteht.

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.
- Teil der Leistungsbeschreibung sind aber auch die sogenannten **Auftragsausführungsbedingungen**. Diese sind für die Berücksichtigung sozialer Aspekte **gut geeignet** (zum Beispiel die **Beschäftigung von Auszubildenden, Langzeitarbeitslosen sowie anderen benachteiligten Personengruppen** 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 zur Prüfung von Fachkunde und Leistungsfähigkeit (Geeignetheit) der Anbieter aufstellen, die nicht wegen einer der Ausschlussgründe (§§ 123 oder 124 GWB) unberücksichtigt bleiben (müssen); dazu können auch **Mindestanforderungen** gehören (z. B. *mindestens* dreijährige Erfahrung mit der Vorbereitung zur Wiederverwendung (Materialkenntnis) oder *mindestens* zwei Referenzen über Leistungen der Vorbereitung zur Wiederverwendung).
- Vergaberechtlich **problematisch** sind Eignungsanforderungen, die 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 können bei der **Angebotswertung** neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte berücksichtigen.
- 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 grundsätzlich 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 Preisaufschlägen („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 oder eines Inklusionsbetriebes bei einer Ausschreibung mit einem geschätzten Auftragswert unter 221.000 EUR netto ebenso wirtschaftlich wie das eines „anderen“ Bieters oder maximal 15 % teurer, so ist der Werkstatt bzw. dem Inklusionsbetrieb 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)³. 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 gestellt⁴. 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 Beseitigungswege⁵. Als Themen kommen nicht zuletzt **Tausch-, Verschenk- und Recyclingbörsen** in Betracht.⁶ 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.⁷ Die durch die Abfallberatung verursachten Kosten können in die Kalkulation der Abfallgebühren aufgenommen werden (§ 9 Abs. 2 Satz 2, erster Spiegelstrich LKrWG NRW)⁸.

Lex specialis und „sinnvolle Ergänzung“ zu § 46 KrWG ist § 18 Abs. 1 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 informieren⁹. 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.

³ 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.

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

⁵ *Prelle*, a. a. O., Rn 7.

⁶ *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.

⁷ *Schomerus*, a. a. O., § 46 Rn 4 m. w. N.

⁸ *Prelle*, a. a. O. Rn 9; *Schomerus*, a. a. O. Rn 12.

⁹ *Thärichen/Neubauer*, in: von Lersner/Wendenburg, Recht der Abfallbeseitigung, Band 3, § 18 ElektroG, Rn. 15, Erg.-Lfg. 3/20.

Im Rahmen der Einzelberatung können öRE ferner z. B. **Aufträge zur Haushaltsauflösung** an sozialwirtschaftliche Betriebe weitervermitteln, es sei denn, es handelt sich um überlassungspflichtige Abfälle¹⁰. 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 LKrWG NRW (Förderung der Kreislaufwirtschaft)

Die öffentlichen Hände sind verpflichtet, durch ihr Verhalten, also bei ihrer gesamten hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Tätigkeit¹¹, 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. 5 LKrWG NRW). Zu den Zielen des Gesetzes gehört u. a. die Vorbereitung zur Wiederverwendung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 LKrWG NRW). Zur Erreichung dieses Ziels unterstützt das Land insbesondere die Steigerung der Wiederverwendung oder Mehrfachverwendung von Erzeugnissen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 LKrWG NRW). Ebenso wie der an den Bund adressierte § 45 Abs. 1 S. 1 KrWG dürfte § 2 Abs. 1 S. 1 LKrWG NRW die „Anstoß- und Vorbildfunktion“¹² 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.

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.

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

¹¹ Zu dem an den Bund adressierten § 45 KrWG: v. *Komorowski*, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2. Aufl. 2022, § 45 Rn 33.

¹² Diese Formulierung findet sich bei *Webersinn*, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn 6.

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) dient¹³. 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 Rechts¹⁴, 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 wollen¹⁵.

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.¹⁶ Der Drittbeauftragte erbringt nach außen Leistungen der zur Entsorgung Verpflichteten; unmittelbare Rechtsbeziehungen zu Leistungsempfängern der öRE bestehen hingegen nicht.¹⁷ Allerdings kann im Außenverhältnis zu Abfallerzeugern und -besitzern der Drittbeauftragte im eigenen Namen tätig werden, falls der Drittbeauftragtenvertrag dies vorsieht.¹⁸

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.

¹³ 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.

¹⁴ Dieckmann, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn 13 m. w. N.

¹⁵ Dieckmann, a. a. O. Rn 2.

¹⁶ Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 22 Rn. 27 m.w.N.

¹⁷ Schink, a.a.O.

¹⁸ Schink, a.a.O.

ÖrE können sozialwirtschaftliche Betriebe ferner in die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro-Altgeräten, für die sie im Rahmen der Optierung gemäß § 14 Abs. 5 ElektroG die Behandlungs- und Verwertungspflicht übernommen haben, einbinden. Hiernach besteht die Möglichkeit, die gesamten Altgeräte einer Gruppe für einen bestimmten Mindestzeitraum (jeweils mindestens zwei Jahre) von der Bereitstellung der Abholung auszunehmen. Die optierten Altgeräte sind nach § 14 Abs. 5 S. 1 ElektroG wiederzuverwenden¹⁹ oder nach § 20 ElektroG zu behandeln und nach § 22 ElektroG zu entsorgen.²⁰ 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 die Nordthüringer Lebenshilfe gGmbH auf Ihrer Internetseite:

(<https://www.nordthueringer-lebenshilfe.de/trash/werkstaetten/arbeitsbereich/betriebsstaette-nordhausen/recycling.html>)

b. Kooperation zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und zertifizierten Erstbehandlungsanlagen gemäß § 17b ElektroG

Im Rahmen der jüngsten Novelle des ElektroG ist zum 01.01.2022 der § 17b ElektroG aufgenommen worden. Hiernach können örE und zertifizierte Betreiber von Erstbehandlungsanlagen eine Kooperation zum Zweck der Vorbereitung zur Wiederverwendung von Altgeräten vereinbaren.

Als Folge der Vereinbarung hat der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die Altgeräte, die nach Durchführung der Prüfung nach § 20 Absatz 1 Satz 2 ElektroG für die Vorbereitung zur Wiederverwendung konkret geeignet sind, dem Betreiber der Erstbehandlungsanlage unentgeltlich zu überlassen. Der Betreiber der Erstbehandlungsanlage hat die geeigneten Altgeräte unentgeltlich zu übernehmen.

¹⁹ Bei der Formulierung handelt es sich um einen Fehler. Gemeint ist die Vorbereitung zur Wiederverwendung, da es sich bei den Altgeräten bereits um Abfall handelt, so *Thürichen/Neubauer*, in: von Lersner/Wendenburg, *Recht der Abfallbeseitigung*, Band 3, § 18 ElektroG, Rn. 16, Erg.-Lfg. 3/20.

²⁰ *Thürichen/Neubauer*, in: von Lersner/Wendenburg, *Recht der Abfallbeseitigung*, Band 3, § 14 ElektroG, Rn. 72, Erg.-Lfg. 1/20.

In der Kooperationsvereinbarung müssen folgende Angaben zwingend enthalten sein:

- Angaben zur Auswahl der geeigneten Altgeräte und
- Angaben zum Zugangsrecht von Beschäftigten der Erstbehandlungsanlage zur Sammelstelle des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers.

Durch die gesetzliche Neuregelung wird damit die noch in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage des Zugangsrechts für Wiederverwendungsstellen aufgegriffen und geklärt. Zuvor war in der Richtlinie 2012/19/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. Juli 2012 über Elektro- und Elektronik-Altgeräte zwar vorgesehen, im ElektroG selbst allerdings noch nicht umgesetzt. Die Zugangsrechte müssen in der Kooperationsvereinbarung zwingend vereinbart und festgelegt werden. Das Gesetz sieht nach dem Wortlaut keine zu beachtenden Beschränkungen des Zugangsrechtes vor.

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 LKrWG NRW)²¹. Gebührenfähig sind mithin insbesondere 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 LKrWG NRW)²².

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 Ressourcenschonung²³.

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.

„Leistungsferne“ Kosten könnten nach hiesiger Einschätzung ggfs. vielmehr die Kosten sein, die dem öRE in Umsetzung seiner allgemeinen Verhaltenspflicht aus § 2 Abs. 1 LKrWG 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.

²¹ Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 20 Rn 79; Queitsch, in: Schink/Queitsch/Scholz, LABfG NRW, Kommentar, Stand. Mai 2013, § 9 Rn 126o.

²² Schink, a. a. O.; Queitsch, a. a. O. Rn 126n.

²³ Worms, in: Jahn/Deifuß-Kruse/Brandt, KrWG, § 20 Rn 30 m. w. N.

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

1. Die fünfstufige Abfallhierarchie des § 6 KrWG

Das 2012 in Kraft getretene Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) setzt die durch die im Jahr 2009 novellierte 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** gekennzeichnet²⁴. Der (Vorbereitung zur) Wiederverwendung wird dadurch ein hoher Stellenwert eingeräumt²⁵.

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.²⁶

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**²⁷. Vorbereitung zur Wiederverwendung ist z. B. das Aussortieren von noch funktionsfähigen Gegenständen aus Sachgesamtheiten oder die Vornahme von kleineren Reparaturen, die einen Gegenstand mit wenigen Handgriffen wieder funktionstüchtig werden lassen.²⁸

Die Vorbereitung zur Wiederverwendung und damit die Abfalleigenschaft endet mit dem Eintreten des Verwertungserfolges²⁹. Das bloße Aussortieren ist hierfür jedoch nicht ausreichend, da es nur einen ersten Teilschritt im Zuge der beabsichtigten Verwertung darstellt³⁰. 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,

²⁴ BR-Drucks. 216/11, S. 177.

²⁵ *Prelle*, Begriff und Bedeutung der (Vorbereitung zur) Wiederverwendung im Abfallrecht, AbfallR 2008, 220.

²⁶ *Prelle*, a. a. O.

²⁷ BR-Drucks. 216/11, S. 177 [Anm.: Hervorhebung durch Verf.].

²⁸ BR-Drucks. 216/11, S. 177.

²⁹ *BVerwG*, Urteil vom 19.11.1998, Az. 7 C 31.97, NVwZ 1999, 1111 = DÖV 1999, 784 („Originalsammelware“).

³⁰ *BVerwG*, a. a. O.

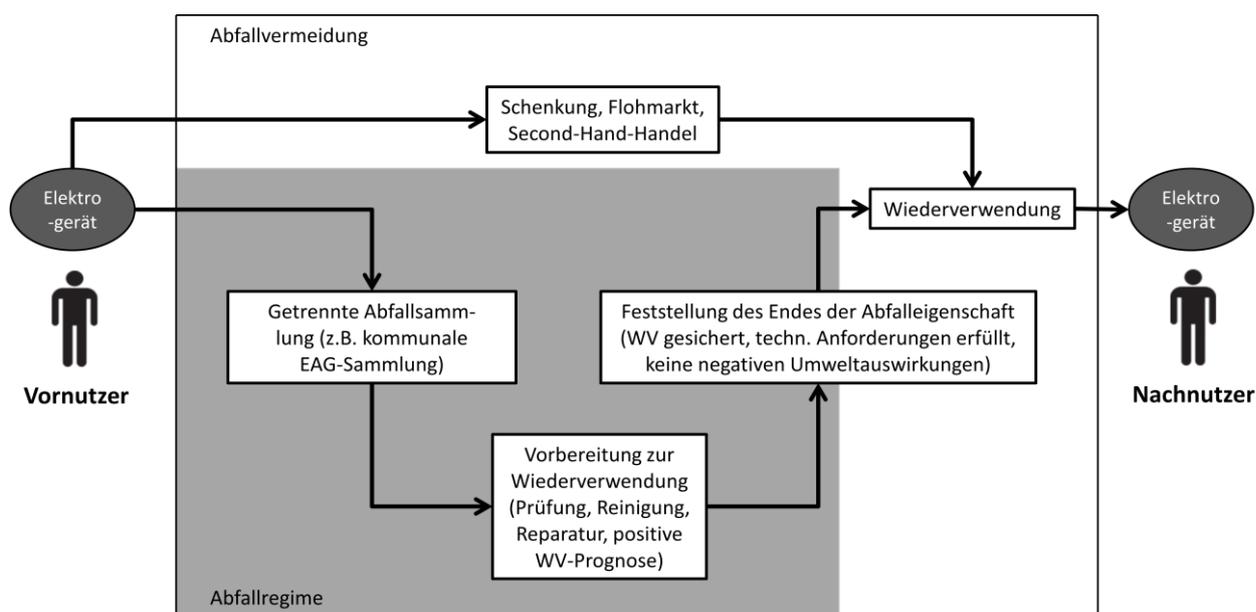
die Erfüllung technischer Anforderungen und der Ausschluss von schädlichen Umwelt- und Gesundheitsfolgen, spätestens aber die tatsächliche Wiederverwendung für denselben Zweck³¹. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang auch Anhang VI der Richtlinie 2012/19/EU über Elektro- und Elektronik-Altgeräte (WEEE-Richtlinie), 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:



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.

³¹ *Prelle*, a. a. O., S. 221 unter Hinweis auf Art. 6 der AbfRRL; ähnlich: *Kopp-Assenmacher/Glass*, Das Ende der Abfalleigenschaft bei Brauchtteilen aus Altfahrzeugen, *AbfallR* 2010, S. 228, 233 f.

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)³² ist das deutsche Vergaberecht durch europäische Vergaberichtlinien geprägt und der Auftraggeber zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens verpflichtet³³. Im Liefer- und Dienstleistungsbereich beträgt dieser Schwellenwert aktuell 221.000 EUR netto (§ 2 Nr. 2 VgV)³⁴.

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 221.000 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.

Ferner sind kommunale Eigengesellschaften sowie kommunal beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen öffentliche Auftraggeber. Denn gemäß § 99 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, sofern

- a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,*
- b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder*

³² 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.

³³ 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 wurde 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.

³⁴ Delegierte Verordnungen (EU) 2023/2495, (EU) 2023/2496, (EU) 2023/2519 und (EU) 2023/2497 der Kommission vom 15.11.2023 zur Änderung der Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG und 2014/23/EU im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergaben. Mit einer erneuten Änderung des Wertes ist frühestens zum 01.01.2026 zu rechnen.

c) *mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind“;*³⁵.

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 (§ 99 Nr. 3 GWB). Diese Vorschrift erfasst insbesondere Abfallzweckverbände.

b. bei der Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR netto

aa. Verpflichtung zur Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Vergibt eine Gemeinde, ein Gemeindeverband oder eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung in NRW Liefer- oder Dienstleistungsaufträge mit einem Netto-Auftragsvolumen unterhalb dieses Schwellenwerts, so soll sie die Unterschwellenvergabeordnung in der jeweils geltenden Fassung anwenden. Danach ist die nachgefragte Leistung zwingend öffentlich auszuschreiben.³⁶ Dies ergibt sich aus

- § 26 Abs. 1, 2 KomHVO NRW, in Verbindung mit:
- Ziff. 1.1 und 5.1 der kommunalen Vergabegrundsätze des Runderlasses des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 28. August 2018.³⁷

bb. Freistellung der Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Die verpflichtende Anwendung der UVgO gilt allerdings gemäß Ziff. 1.2 der kommunalen Vergabegrundsätze vom 28.08.2018 **nicht** für folgende Institutionen:

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

Fazit: Die örE in NRW, die in Form des Eigenbetriebs, der Eigengesellschaft oder der kommunal beherrschten Gesellschaft geführt werden, sind dann **nicht** an die UVgO gebunden, wenn das Volumen des zu vergebenden Auftrags (der Wert der beschafften Leistung) unterhalb des EU-Schwellenwerts von 221.000 EUR liegt. Dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG) sind diese örE jedoch verpflichtet. Da die kommunalen Vergabegrundsätze des Landes NRW überdies die Bestimmungen des Bundesvergaberechts nicht abbedingen können, sind die genannten Institutionen bei der Vergabe von Aufträgen, deren Volumen mehr als 221.000 EUR netto beträgt, an Vergaberecht gebunden (s.o. Ziff. V. 1. a.). Sie müssen dann die Vergabeverordnung (VgV) anwenden.

³⁵ So z. B. für die Berliner Stadtreinigung (BSR) entschieden vom *KG Berlin*, Beschl. v. 29.2.2012, Az. Verg 8/11.

³⁶ Vgl. § 55 LHO NRW.

³⁷ MBl. NRW vom 28.08.2018, S. 497, zuletzt verlängert bis 31.12.2024 durch die fünfte Änderung des Runderlasses vom 27.12.2023, MBl. NRW vom 27.12.2023, S. 1420.

2. Sachlicher Anwendungsbereich des Vergaberechts: Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 103 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 dienen³⁸. Maßgeblich ist vielmehr immer der konkrete Vertragsinhalt³⁹.

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 bedeutet⁴⁰. Als **Entgelt** ist deshalb nicht nur eine Geldzahlung zu verstehen, sondern auch die Überlassung jeden anderen Gegenstandes mit Vermögenswert, wie beispielsweise eine werthaltige Abfallfraktion⁴¹. Ein Entgelt kann ferner **auch** in **Zuwendungen** z. B. bei nicht kostendeckenden Dienstleistungen bestehen, wenn das Zuwendungsverhältnis eine Pflicht zur Leistungserbringung beinhaltet⁴².

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.)

³⁸ 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.

³⁹ *BGH*, Urteil vom 1.12.2008, Az. X ZB 32/08.

⁴⁰ *OLG Naumburg*, Beschluss vom 3.11.2005, Az. 1 Verg 9/05.

⁴¹ So entschieden für den Verkauf von Altpapier: *BGH*, Beschluss vom 1.2.2005, Az. X ZB 27/04.

⁴² Für SPNV-Leistungen entschieden von: *VK Düsseldorf*, Beschluss vom 18.4.2002, Az. VK-5/2002-L.

c. Beschaffungscharakter

Entscheidend ist letztlich, dass der Vertrag der Deckung eines **eigenen Bedarfs** des örE dient⁴³. 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 Vergaberechts⁴⁴. 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 § 103 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 wurden⁴⁵, 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.⁴⁶

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:

⁴³ Willenbruch, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, Kompaktcommentar, 3. Aufl. 2014, § 99 Rn. 9.

⁴⁴ So auch Dieckmann, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn. 37; Jahn, in: Jahn/Deifuß-Kruse/Brandt, KrWG 1. Aufl. 2014, § 22 Rn 24.

⁴⁵ und die auch nicht überlassungspflichtig sind.

⁴⁶ 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 Wirtschaftsbetriebe Duisburg – AöR handelt. Vergaberechtsfrei wäre die Beauftragung dann, wenn die GfB im Wesentlichen für die WBD tätig wäre.

- Auftragsvolumen oberhalb 221.000 EUR netto: VgV und VOL/B
- Auftragsvolumen unterhalb 221.000 EUR netto: UVgO und VOL/B⁴⁷

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

- Tariftreue- und Vergabegesetzes –TVgG-NRW⁴⁸

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) gelangt nur dann zur Anwendung, wenn der konkret zur Vergabe anstehende öffentliche Auftrag ein geschätztes Auftragsvolumen von 221.000 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 im Wege einer Verhandlungsvergabe 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 Verhandlungsvergabe oder eine beschränkte Ausschreibung (jeweils auch ohne Teilnahmewettbewerb) durchgeführt werden⁴⁹.

Zur Schätzung des Auftragsvolumens sind folgende Erläuterungen zu geben:

Bei der Schätzung des Auftragsvolumens ist die **voraussichtliche Gesamtvergütung** für die **vom öRE konkret nachgefragte Leistung** maßgeblich (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VgV). Entscheidend ist der Verkehrs- bzw. Marktwert der nachgefragten Leistung im Zeitpunkt der Einleitung des Beschaffungsvorgangs⁵⁰.

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. 10 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 gibt⁵¹.

⁴⁷ Die UVgO 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 26.08.2018; s. o. Ziff. V. 1. b. bb.

⁴⁸ Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG – NRW), Stand 22.03.2018.

⁴⁹ Ziff. 7.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze des Runderlasses des MI NRW vom 6.12.2012.

⁵⁰ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 5.2.2004, Az. 13 Verg 26/03; Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 3 Rn 12.

⁵¹ Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 29.01.2013, Az. Verg W 8/12.

Bei dieser Art von Aufträgen ergeben sich zwei Methoden der Schätzung. Gemäß § 3 Abs. 10 Nr. 1 VgV wird 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, kann der Auftragswert mit der zweiten Methode errechnet werden. Hiernach ergibt sich der Gesamtwert aus allen in den nächsten zwölf Monaten wiederkehrenden Aufträgen⁵².

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. 11 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. 11 Nr. 2 VgV).

Die Schätzung des Auftragswerts ist **aus der Perspektive eines potenziellen Bieters** heraus vorzunehmen⁵³. Der Auftraggeber soll sich bei seiner Schätzung des Auftragswerts am Markt orientieren⁵⁴. 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 berücksichtigen⁵⁵, 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 Leistung⁵⁶.

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 Vergabepaxis 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, scheitert jedoch schon an der Regelung in § 3 Abs. 10 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.

⁵² Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 3 Rn 30 ff.

⁵³ EuGH, Urteil vom 18.01.2007, Az. C-220/05; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.11.2008, Az. 15 Verg 4/08.

⁵⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 16.01.2007, Az. 1 Verg 6/07.

⁵⁵ VK Münster, Beschluss vom 28.08.2007, Az. VK 14/07, VK 15/07.

⁵⁶ 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.

Das Vergabeverfahren gliedert sich im Wesentlichen wie folgt auf:

- Wahl der Vergabeverfahrensart (EU-weit/national, öffentlich/beschränkt/Verhandlungsverfahren).
- Erstellung der Vergabe-/Vertragsunterlagen, insbesondere Leistungsbeschreibung inkl. Auftragsausführungsbedingungen, Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.
- Bekanntmachung/Angebotsphase.
- Prüfung der Eignung der Bieter.
- 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 221.000 EUR netto** handelt, stehen dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich das **offene Verfahren** und das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, nach ihrer Wahl zur Verfügung (§ 119 Abs. 2 GWB). Die anderen in § 119 GWB genannten Verfahrensarten dürfen nur dann gewählt werden, soweit ihre Durchführung gesetzlich gestattet ist. Die entsprechenden Ausnahmetatbestände (wie z. B. die besondere Dringlichkeit der Beschaffung) sind abschließend in § 14 VgV aufgezählt.

Dasselbe Prinzip gilt auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem Volumen von **weniger als 221.000 EUR netto**: Grundsätzlich haben öffentliche Auftraggeber Leistungen (wahlweise) in einer **öffentlichen Ausschreibung** oder in einer beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben; nur bei Vorliegen der gesetzlichen Ausnahmetatbestände dürfen sie die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder die Verhandlungsvergabe mit/ohne Teilnahmewettbewerb anwenden. Die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb entspricht im Wesentlichen der freihändigen Vergabe, die früher in der nicht mehr existenten VOL/A geregelt war. Die Ausnahmetatbestände für die Verfahrensarten mit einem Volumen von weniger als 221.000 EUR sind abschließend in § 8 UVgO aufgezählt. Sie sind eng auszulegen und restriktiv zu handhaben.

Beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben 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 Verhandlungsvergabe – über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 12 Abs. 4 UVgO). In der Praxis und bei Vorliegen der hierfür notwendigen Voraussetzungen werden diese Vergaben häufig ohne Teilnahmewettbewerb, sondern dergestalt durchgeführt, dass der Auftraggeber ihm bekannte Unternehmen anspricht und Angebote von ihnen einholt. Das Verfahren der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb ist dabei von einer wesentlich geringeren Förmlichkeit und Wettbewerblichkeit geprägt als die anderen Vergabeverfahren. Aber auch bei der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb hat der Auftraggeber mehrere – „grundsätzlich“ mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern (§ 12 Abs. 2 UVgO).

a. Privilegierung von Behindertenwerkstätten und Sozialunternehmen in Vergabeverfahren

Gemeinnützige Institutionen haben aufgrund der vielfältigen Konkurrenz (gerade auch in der Kreislaufwirtschaft) oft reduzierte Chancen, den Zuschlag für öffentliche Aufträge im Wettbewerb mit gewerblichen Anbietern zu erhalten. Aus diesem Grund haben öffentliche Auftraggeber gemäß § 118 GWB⁵⁷ die Möglichkeit, das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren bestimmten Einrichtungen vorzubehalten. Zu diesen Einrichtungen zählen zum einen Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und zum anderen Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder benachteiligten Personen ist. Schließlich können öffentliche Auftraggeber auch bestimmen, dass ein zu vergebender öffentlicher Auftrag zwingend im Rahmen eines Programmes mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen ist.

aa. Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen über 221.000 EUR netto

Öffentliche Auftraggeber können **das Recht zur Teilnahme am Verfahren ausschließlich Behindertenwerkstätten und sozialen Unternehmen** vorbehalten. Gemäß § 118 Abs. 1 GWB steht es im pflichtgemäßen Ermessen öffentlicher Auftraggebern, potentielle Bewerber oder Bieter auf zwei Gruppen zu begrenzen: auf Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und darüber hinaus auf Unternehmen, deren Hauptzweck die berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist. Es ist hingegen nicht zulässig, den Zugang zum Verfahren nur für eine dieser beiden Gruppen zu gestatten und der anderen Gruppe den Zugang zu verwehren⁵⁸.

§ 118 Abs. 2 GWB setzt in jedem Fall voraus, dass mindestens 30 Prozent der in diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Personen sind.

Das Gesetz liefert keine Definition für Werkstätten für Menschen mit Behinderung. Allerdings lässt sich die im Sozialrecht allgemeingültige Definition heranziehen.⁵⁹ Eine Werkstatt für behinderte Menschen ist eine Einrichtung zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben und zur Eingliederung in das Arbeitsleben. Zudem benötigen Werkstätten für behinderte Menschen eine Anerkennung durch die Bundesagentur für Arbeit im Einvernehmen mit dem örtlich zuständigen Träger der Eingliederungshilfe (§ 225 SGB IX).

Darüber hinaus umfasst § 118 GWB auch **Sozialunternehmen**. § 118 GWB spricht von Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist. Für eine genauere Bestimmung von Sozialunternehmen kann indes auf die Definition der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2011 zurückgegriffen werden:

„Unternehmen, für die das soziale oder gesellschaftliche gemeinnützige Ziel Sinn und Zweck ihrer Geschäftstätigkeit darstellt[...], deren Gewinne größtenteils wieder investiert werden, um dieses soziale Ziel zu erreichen und deren Organisationsstruktur oder Eigentumsverhältnisse dieses Ziel widerspiegeln, da sie auf Prinzipien der Mitbestimmung oder Mitarbeiterbeteiligung basieren oder auf soziale Gerechtigkeit ausgerichtet sind.“

Unter diese Definition fallen ausdrücklich und insbesondere Inklusionsbetriebe im Sinne des § 215 Abs. 1 SGB IX⁶⁰. Soweit § 118 GWB von benachteiligten Personen spricht, dürfte aufgrund des Wortlautes

⁵⁷ § 118 GWB dient der Umsetzung von Art. 20 Abs. 1 der RL 2014/24/EU, Art. 24 S. 1 der RL 2014/23/EU sowie Art. 38 Abs. 1 der RL 2014/25/EU und soll zur Integration von Menschen mit Behinderung und benachteiligten Personen in die Gesellschaft beitragen.

⁵⁸ Antweiler, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl 2020, § 118 GWB Rn. 9.

⁵⁹ Antweiler, a.a.O., Rn. 10.

⁶⁰ Bis zum 31.12.2017 wurden Inklusionsbetriebe (§§ 215 ff. SGB IX) noch unter dem Begriff der Integrationsprojekte (§§ 132 ff. GWB a.F.) geregelt. Mit Einführung des § 118 GWB und der UVgO werden die Inklusionsbetriebe

und fehlenden Einschränkungen insgesamt von einem weitem Begriffsverständnis auszugehen sein. In den Anwendungsbereich des § 118 GWB dürften folgende Personengruppen fallen:

- Menschen, die nicht aufgrund einer Behinderung, sondern wegen eines sonstigen Umstandes von der gleichberechtigten Partizipation am allgemeinen Arbeitsmarkt abgehalten werden.
- Suchtkranke Menschen.
- Aus der Haft entlassene Menschen.
- Menschen mit sonstigen seelischen, körperlichen, geistigen Sinnesbeeinträchtigungen. Programme mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen.

Darüber hinaus dürften auch Arbeitsplätze für Langzeitarbeitslose gemäß § 16e SGB II und arbeitsmarktferne erwerbsfähige Leistungsberechtigte gemäß § 16i SGB II sowie für Menschen mit anderen geistigen, seelischen, körperlichen oder Sinnesbeeinträchtigungen, infolge derer sie miteinstellungs- und umweltbedingten Barrieren in der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft eingeschränkt sind, in den Anwendungsbereich des § 118 GWB fallen.

bb. Vergabe von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR netto

Bei Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR netto können öRE **Vergleichsangebote** im Wege einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (vormals freihändige Vergabe) **ausschließlich von Behindertenwerkstätten und sozialen Unternehmen** einholen (§ 8 Abs. 4 Nr. 16 UVgO). Die Regelung in der UVgO knüpft insoweit an den o. g. § 118 GWB an.

b. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals freihändige Vergabe) bei Vergaben an (lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe

(Lokale) sozialwirtschaftliche Betriebe können im Wege der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals freihändige Vergabe) beauftragt werden, wenn der öRE nicht an die UVgO gebunden ist (so die o. g. Institutionen, die gemäß der kommunalen Vergabegrundsätze NRW von der Anwendung der UVgO befreit sind; s. o. Ziff. V. 1. b.). Diese öRE können sozialwirtschaftliche Betriebe mit Leistungen bis zu einem Wert von 221.000 EUR netto „freihändig“ beauftragen. Aufgrund der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sollten – wenn möglich – drei Vergleichsangebote eingeholt werden.

c. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb wegen Unterschreitens des landesrechtlich vorgesehenen Schwellenwerts (in NRW: 100.000 EUR netto)

Gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 17 UVgO darf die Leistung ausnahmsweise auch dann in einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, wenn diese Verfahrensart von einem Landesministerium bis zu einem bestimmten (Auftrags-)Höchstwert zugelassen ist. Gemäß Ziff. 6.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze NRW können die Vergabestellen in NRW **bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 EUR netto eine Verhandlungsvergabe oder eine beschränkte Ausschreibung** (jeweils auch ohne Teilnahmewettbewerb) durchführen. Unterschreitet das geschätzte Netto-Volumen der nachgefragten Leistung die 100.000 EUR-Grenze, dürfen öRE in NRW die Leistung der Vorbereitung zur Wiederverwendung im Rahmen einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb – also „freihändig“ – vergeben, **ohne die Wahl dieser Verfahrensart näher begründen zu müssen**. Im Vergabevermerk reicht allein der Verweis auf Ziff. 6.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze und die Darlegung, wie der Auftragswert geschätzt wurde.

als soziale Unternehmen erstmals den Behindertenwerkstätten gleichgestellt. Eine freihändige Vergabe (nun Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb) war bis hierhin nur an Behindertenwerkstätten gestattet.

Fazit: Eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (ehemals freihändige Vergabe) unter Einbeziehung sozialwirtschaftlicher Betriebe ist zulässig, wenn das Auftragsvolumen unter 100.000 EUR netto liegt. Ist der Auftraggeber nicht an die UVgO gebunden, kann sie bis 221.000 Netto-Auftragsvolumen erfolgen. Behindertenwerkstätten und soziale Unternehmen können ungeachtet dessen von allen öffentlichen Auftraggebern mit Leistungen bis zu 221.000 EUR „freihändig“ beauftragt werden.

Hiervon unberührt bleiben die vergaberechtlich zulässigen Möglichkeiten einer mittelbaren Bevorzugung sozialwirtschaftlicher Betriebe durch die Ausgestaltung von Auftragsausführungsbedingungen sowie 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 § 23 Abs. 1 UVgO bzw. § 121 Abs. 1 GWB 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 frei⁶¹. Überdies ist er nicht verpflichtet, den Ausschreibungsgegenstand so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind⁶². Insbesondere muss er nicht Standortvorteile einzelner Bieter in jeder Hinsicht ausgleichen, denn dies würde Bieter benachteiligen, die bereits im öRE-Gebiet Standorte haben⁶³.

Begrenzt wird das Leistungsbestimmungsrecht des öRE durch das vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität in § 23 Abs. 5 UVgO bzw. § 31 Abs. 6 VgV :

„In der Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.“

Nimmt der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung bzw. in dem Leistungsverzeichnis Bezug auf ein sogenanntes „Leitfabrikat“, so ist dieser Verweis zwingend mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.⁶⁴

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.⁶⁵

⁶¹ Vgl. nur *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07; *Scharen*, GRUR 2009, 345, 346

⁶² *OLG Düsseldorf*, a. a. O.

⁶³ So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf* im Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07.

⁶⁴ *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 31 VgV Rn. 49.

⁶⁵ *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 1.8.2012, Az. Verg 105/11

Beispiel: Ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger möchte einen sozialwirtschaftlichen Betrieb in die Erfüllung von **Behandlungs- und Verwertungspflichten gemäß § 14 Abs. 5 i. V. m. §§ 20, 22 ElektroG** 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 § 20 Abs. 1 ElektroG 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 (§ 20 Abs. 2 ElektroG).
- dass die in der Elektro- und Elektronik-Altgeräte Behandlungsverordnung - EAG-BehandV – festgelegten Anforderungen an die Behandlung von Altgeräten zu erfüllen sind (§ 20 Abs. 2 i. V. m. § 24 Nr. 2 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.

Von sozialen Merkmalen sollte daher eher zurückhaltend in der Leistungsbeschreibung Gebrauch gemacht werden.⁶⁶ Die Einbindung sozialer Kriterien eignet sich vielmehr auf Ebene der Auftragsausführungsbedingungen (dazu folgend).

b. Auftragsausführungsbedingungen

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

Denn gemäß § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB können für die Auftragsdurchführung vom Auftraggeber vorgegebenen Auftragsausführungsbedingungen

*„insbesondere **wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische** Belange umfassen.*

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 betreffen⁶⁷. Auch die weitere Unterstützung von sozialer **Eingliederung** und der Schutz von Menschenrechtsverletzungen können in den Auftragsausführungsbedingungen einbezogen werden. Für die weitere Auseinandersetzung bietet sich die Lektüre des Leitfadens der EU-Kommission „Sozialorientierte Beschaffung — Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge — 2. Ausgabe 2021“ an.⁶⁸

⁶⁶ So auch *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Pries, VgV, 2. Aufl. 2022, § 31 Rn. 38.

⁶⁷ Vgl. die Gesetzesbegründung der BReg zum GesE auf BT-Drucks. 16/10117 vom 13.8.2008, Seite 16.

⁶⁸ Abrufbar unter <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/47c69b3a-cfcf-11eb-ac72-01aa75ed71a1>

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 werden⁶⁹. 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 Materials (z. B. diskriminierungsfreier Secondhand-Verkauf an „Jedermann“).
- 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.

In der Verordnung zur Durchführung des Tarifreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (RVO TVgG NRW) war geregelt, dass die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der abfallrechtlichen Grundsätze der Autarkie und Nähe zu berücksichtigen sind. Mit der Reform des TVgG NRW im Jahr 2018 ist die RVO TVgG NRW außer Kraft getreten. Es ist gleichwohl denkbar, bestimmte **Höchstentfernungen** zwischen dem öRE-Gebiet und dem Ort, wo diese zur Wiederverwertung vorbereitet werden sollen, als Auftragsausführungsbedingung vorzugeben. Jedenfalls dürfte die Festlegung einer maximalen Transportentfernung zum Übergabeort für Abfälle, auch wenn sie faktisch wettbewerbsbeschränkend wirkt, nicht per se vergaberechtswidrig sein.⁷⁰Weitere sachliche Gründe für die Vorgabe von Höchstentfernungen können insbesondere auch wirtschaftliche Aspekte sein.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 22.07.2014 - 1 Verg 3/14.

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 halten⁷¹.

Auch bei der Vergabe von **Sammlungs-, Behandlungs- und Verwertungspflichten gemäß § 14 Abs. 5 i. V. m. §§ 20, 22 ElektroG** 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 (§ 21 Abs. 2 ElektroG). Der Auftraggeber kann den Auftragnehmer in den Auftragsausführungsbedingungen zur jährlichen **Rezertifizierung** verpflichten.

3. Anforderungen an die Eignung der Bieter

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, die nicht wegen einer der Ausschlussgründe nach den §§ 123 oder 124 GWB unberücksichtigt bleiben (müssen) (§ 122 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 UVgO, § 42 Abs. 1 VgV). Der öRE *muss* dies prüfen, bevor er einen Auftrag erteilt. Die vom öRE gewählten Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 GWB). Grundsätzlich sollen die Nachweise sich dabei auf Eigenerklärungen beschränken und (amtliche) Nachweise nur bei Bedarf gefordert werden (§ 35 Abs. 2 UVgO, § 48 Abs. 2 VgV). Die Eignungskriterien und die hierfür vorzulegenden Unterlagen sind vom öRE zwingend in der Bekanntmachung zu benennen.

a. Prüfung von Ausschlussgründen (ehemals Zuverlässigkeit)

Zunächst hat der öRE das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß §§ 123 oder 124 GWB zu prüfen bzw. festzustellen, bevor er zur Prüfung der festgelegten Eignungskriterien

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.4.2008, Az. VII-Verg 54/07.

kommt.⁷² Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Auftrag nur an solche Unternehmen erteilt wird, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen keine Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit bestehen.⁷³

Die Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB fragt der öRE am einfachsten über Eigenerklärungen der Bewerber/Bieter ab.

b. Fachkunde und Leistungsfähigkeit

Die nach der bisherigen Systematik des Vergaberechts verwendeten Begriffe der Fachkunde und Leistungsfähigkeit werden nunmehr vollständig und abschließend durch die aufgeführten Kategorien der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ausgefüllt.⁷⁴ Der Auftraggeber kann die Eignungskriterien anhand dieser drei Kategorien im Einzelfall festlegen. Darüber hinausgehende Eignungskriterien sind nicht zulässig.

aa. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 44 VgV, § 33 UVgO)

Der öRE kann zum Nachweis dessen, dass der Bewerber/Bieter die ausgeschriebene Leistung erbringen darf, eine aktuelle Eintragung im Berufs- oder Handelsregister des Herkunftsmitgliedstaates verlangen (§ 44 Abs. 1 VgV). Wenn ein Unternehmen für die Erbringung des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages eine bestimmte Berechtigung besitzen oder Mitglied einer bestimmten Organisation sein muss, darf der öRE einen entsprechenden Nachweis verlangen (§ 44 Abs. 2 VgV).

bb. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 45 VgV, § 33 UVgO)

Der öRE kann Anforderungen an die Nachweise der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bewerber/Bieter definieren, um sicherzustellen, dass diese über die für die Ausführung des konkreten Auftrags erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Mittel verfügen.

Als Beleg kann der öRE hiernach unter anderem die in § 46 Abs. 3 VgV genannten Unterlagen verlangen.

Beispiele:

- **Angabe des Jahresumsatzes** aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren. Darüber hinaus kann der öRE auch einen **Mindestjahresumsatz** fordern, wobei dieser jedoch grundsätzlich nicht das Zweifache des geschätzten (jährlichen) Auftragswertes überschreiten darf.
- **Betriebshaftpflichtversicherung** (in bestimmter Höhe): Der öRE kann den Nachweis einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung verlangen. Hierfür kann er auch bestimmte Deckungssummen festlegen.

⁷² So auch Hausmann/von Hoff, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 122 GWB, Rn. 8.

⁷³ Hausmann/von Hoff, a.a.O., Rn. 14.

⁷⁴ Hausmann/von Hoff, a.a.O. Rn. 14.

Praxistipp:

Bei Forderung des Nachweises einer Haftpflichtversicherung sollte der örE mit Augenmaß vorgehen: Die Vorgabe bestimmter Deckungssummen führt in der Praxis oft zu Ausschlüssen ansonsten geeigneter Bieter. Es kann daher auch ratsam sein, die Deckungssummen (nur) in den Vertragsbedingungen festzulegen. Dann müssen die Angebote mit Versicherungsnachweisen, die nicht die geforderten Deckungssummen beinhalten, nicht bereits im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen werden.

cc. Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 46 VgV, § 33 UVgO)

Ein Bewerber/Bieter ist technisch und beruflich leistungsfähig, wenn er über die personellen und technischen Ressourcen und Erfahrungen verfügt, um den ausgeschriebenen Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können⁷⁵.

Die möglichen Belege werden für Vergaben mit einem geschätzten Auftragsvolumen von über 221.000 EUR netto abschließend in § 46 Abs. 3 VgV aufgeführt. Andere als die dort genannten Nachweise darf der örE für den Beleg der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit nicht verlangen. Bei Vergaben von Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unter 221.000 EUR kommen grundsätzlich auch andere Nachweise in Betracht. Gleichwohl kann der örE auch in diesen Fällen auf die Liste des § 46 Abs. 3 zurückzugreifen.

Der geforderte Maßstab der der Nachweise hängt im Übrigen 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. Der örE kann für die vorzulegenden Referenzen Mindestanforderungen festsetzen, z. B. eine Mindestanzahl von Referenzen mit vergleichbaren Leistungen fordern, oder Referenzen verlangen, die bestimmte inhaltliche Anforderungen erfüllen.
- Angabe der technischen Fachkräfte, die für den Auftrag eingesetzt werden sollen und Darstellung deren **Erfahrungen** im Bereich Wiederverwendung bzw. Vorbereitung zur Wiederverwendung (Materialkenntnis).
- **Zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb gemäß §§ 56, 57 KrWG für die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Tätigkeiten; Entsorgungsfachbetriebe-Zertifikat** nach EfbV oder Ausrichtung der betrieblichen Organisation entsprechend der EfbV-Standards, insb. hinsichtlich der Mengennachweise.
- Aktuell gültiges **Erstbehandlungs-Zertifikat** nach § 21 Abs. 1 ElektroG.

⁷⁵ von Hoff, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 45 VgV Rn. 46

c. Mindestanforderungen an die Eignung

Der öRE kann ferner sogenannte **Mindestanforderungen** an die Eignung definieren, primär im Bereich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Auch diese müssen den Bewerbern/Bietern vorab 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**⁷⁶.

Beispiele:

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

d. 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 – **er-sichtlich**. Von der Aufnahme derartiger Anforderungen wird daher abgeraten.

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 (§ 127 Abs. 1 GWB, § 58 Abs. 1 VgV, § 43 Abs. 1 UVgO). Neben dem Preis bzw. den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 Abs. 1 GWB).

Der Auftraggeber muss die Kriterien nach **pfllichtgemäßem 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. Die Anforderungen müssen zudem mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, es dürfen also keine sachfremden Zuschlagskriterien ausgewählt werden.

Als Zuschlagskriterien denkbar sind **einfache Anforderungen**, deren Vorliegen allein mit „erfüllt“ oder „nicht erfüllt“ bewertet werden. Diese können auch als **k.o.-Kriterien** ausgestaltet werden⁷⁷. 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.

a. Soziale Zuschlagskriterien

Öffentliche Auftraggeber können – müssen aber nicht – soziale Aspekte in die Angebotswertung einbeziehen. Die **Berücksichtigung von u. a. sozialen Aspekten bei der Angebotswertung** ist grundsätzlich zulässig, wenn

- diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen⁷⁸,
- 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 Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot beachtet werden.

Beispiele:

- **Gesundheitsschutz** der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter
- **Förderung der sozialen Integration** der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter (Langzeitarbeitslose, Ältere, Schwerbehinderte, Jugendliche, Frauen)
- **Förderung von Ausbildungsangeboten.**
- **Barrierefreiheit** für Menschen mit Behinderungen, die bei der Ausführung des Auftrags eingesetzt werden.

b. Umwelt

Öffentliche Auftraggeber können bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigen. Zulässige Wertungsaspekte sind zum Beispiel:

- Energieverbrauchsrelevanz der bei Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung zum Einsatz kommenden Ware oder Ausrüstung bzw. des eingesetzten technischen Geräts.
- Betriebs- und Entsorgungskosten.
- Einsatz besonders umweltschonender Fahrzeuge⁷⁹.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Vgl. hierzu auch *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 1.8.2012, Az. VII-Verg 105/11.

⁷⁹ Ungeachtet der Möglichkeit der Wertung des Einsatzes umweltfreundlicher Fahrzeuge, haben öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen des Gesetzes über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (SaubFahrzeugBeschG) zu beachten, das 2021 in Kraft getreten ist. Das Gesetz regelt Mindestziele und deren Sicherstellung bei der Beschaffung bestimmter Straßenfahrzeuge und Dienstleistungen, für die diese Straßenfahrzeuge eingesetzt werden. Von den relevanten Dienstleistungen ist auch die Abholung von Siedlungsabfällen umfasst.

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

- abfallrechtlichen Grundsätze der **Autarkie und Nähe**

im Einzelfall berücksichtigt werden. Gerade in diesem Zusammenhang hat der Auftraggeber allerdings darauf zu achten, dass die gewählten Kriterien keine diskriminierende Wirkung entfalten. Sind Transportdienstleistungen Bestandteil des Auftrages, so dürften sich hohe Transportentfernungen oftmals ohnehin im Angebotsendpreis auswirken.⁸⁰

Praxistipp:

Zum Gegenstand der Wertung kann grundsätzlich auch 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“ werden⁸¹. Im Vergabevermerk wird dazu ausgeführt, dass das Wertungskriterium dazu dienen soll, die Transportkosten und die Fahrzeiten für die Sammelfahrzeuge so gering wie möglich zu halten.

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 Umwelanforderungen entsprechen, Zusatzpunkte erhalten, räumen nämlich nach der Rechtsprechung des EuGH dem Auftraggeber gerade keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit ein⁸².

Der öRE ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 KrWG verpflichtet, eine möglichst hochwertige Verwertung anzustreben (sog. „Strebsamkeitsappell“)⁸³. 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 werden⁸⁴. 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 ist⁸⁵.

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.

⁸⁰ So auch *Wiedermann*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 58 VgV Rn. 187. Sollte sich der öffentliche Auftraggeber dennoch dazu entscheiden, Transportentfernungen zu berücksichtigen, so ist dies im Vergabevermerk ausführlich festzuhalten und zu begründen.

⁸¹ *OLG Rostock*, Beschluss vom 30.05.2005 - Az.: 17 Verg 4/05; *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 1.8.2012, Az. Verg 105/11.

⁸² *EuGH*, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99 („Concordia Bus“), Rn 66.

⁸³ Vgl. *Schink*, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn 13.

⁸⁴ *Schink*, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn 15.

⁸⁵ *Schink*, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn 15.

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 kann⁸⁶, 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.

Ein relevantes umweltpolitisches Ziel ist ferner die Verminderung von Treibhausgasemissionen. Es besteht die Möglichkeit, auch dieses Ziel bei der Angebotswertung zu berücksichtigen. Als Zuschlagskriterium könnte bei der Vergabe der CO₂-Ausstoß bei Ausführung des Auftrags (Sammlung und/oder Transport und/oder Verwertung) dienen. Eine CO₂-Bilanz des Bieters soll in diesem Zusammenhang aufzeigen, wie viel Kohlenstoffdioxid er bei z. B. während des Verwertungsprozesses freisetzt. Da auch das Zuschlagskriterium CO₂-Ausstoß mit dem Auftragsgegenstand verknüpft sein muss, darf es nur um den CO₂-Ausstoß während des jeweils auszuführenden Auftrags gehen, nicht um eine generelle CO₂-Bilanz des Unternehmens. Bei der Bewertung des Kriteriums CO₂-Ausstoß kann der Auftraggeber den Bieter für niedrige CO₂-Werte „Bonus-Punkte“ und für hohe Werte „Malus-Punkte“ geben. Anschließend wären diese Punkte in Geld umzurechnen und entweder dem Angebotspreis zu addieren oder von diesem abzuziehen. Wenn das Kriterium vom öRE nicht als K.O.-Kriterium ausgestaltet wird, ist der Bieter nicht verpflichtet, bestimmte vom Auftraggeber angegebene CO₂-Werte einzuhalten bzw. mit dem Angebot nachzuweisen. Vielmehr würden Bieter durch eine emissionsarme Auftragsbefreiung die Möglichkeit erhalten, ihre Chancen auf den Zuschlag erhöhen. Im Rahmen der Angebotswertung reduziert sich nämlich ihr Angebotspreis durch etwaige „Bonus-Punkte“.

c. Bevorzugung von Behindertenwerkstätten und Inklusionsbetrieben

In NRW ist am 29.12.2017 der gemeinsame Runderlass zur Berücksichtigung von Werkstätten für behinderte Menschen und von Inklusionsbetrieben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Kraft getreten.⁸⁷ Nach Ziff. 2.4.3 des Erlasses gilt:

„Ist das Angebot eines nach dem Erlass bevorzugten Bieters⁸⁸ ebenso wirtschaftlich wie das ansonsten wirtschaftliche Angebot eines Bieters, der nicht im Sinne des Erlasses bevorzugt ist, so ist Ersterem der Zuschlag zu erteilen.“

Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote wird der von den bevorzugten Bieter im Sinne des Erlasses angebotene Preis mit einem Abschlag von 15 Prozent berücksichtigt. Voraussetzung für die Berücksichtigung des Abschlags ist, dass die Herstellung der angebotenen Lieferungen zu einem wesentlichen Teil durch die bevorzugten Bieter erfolgt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wertschöpfung durch ihre Beschäftigten mehr als 10 Prozent des Nettowerts der zugekauften Waren beträgt.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01 („Wienstrom“).

⁸⁷ Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie hinsichtlich der Berücksichtigung von Werkstätten für behinderte Menschen und von Inklusionsbetrieben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 29.12.2017; derzeitiger Stand 25.09.2018.

⁸⁸ Hierunter zählen gemäß Ziff. 2.2 des Erlasses Werkstätten für behinderte Menschen i. S. d. § 219 des SGB IX, Blindenwerkstätten i. S. d. § 226 SGB IX sowie Inklusionsbetriebe i. S. d. §§ 215, 224 SGB IX.

5. Ausblick: Vergabetransformationspaket

Die aktuelle Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag 2021 festgehalten, dass öffentliche Vergabeverfahren vereinfacht, professionalisiert, digitalisiert und beschleunigt werden sollen. Hierfür führte das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz im ersten Halbjahr des Jahres 2023 eine frühe öffentliche Konsultation durch und hörte betroffene Auftraggeber und -nehmer an, um Anstöße für die Vorbereitung des Referentenentwurfs zur „Vergabetransformation“ zu sammeln.⁸⁹ Zu den fünf Aktionsfeldern, zu denen Stellung bezogen werden konnte, zählen insbesondere die **Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung** sowie die **Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung**.

Hinsichtlich der Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung spielte laut Auswertung der ca. 450 eingegangenen Stellungnahmen neben den Themen Lohn und Arbeitsbedingung insbesondere die Einbindung von Sozialunternehmen eine übergeordnete Rolle.⁹⁰ Bei der Notwendigkeit von Anpassungen bestand indes laut Angaben des BMWK Uneinigkeit. Ein mehrfaches Argument gegen die weitere Stärkung der sozialen Nachhaltigkeit sei gewesen, dass die soziale Nachhaltigkeit besser außerhalb des Vergaberechts zu fördern sei.⁹¹

Gleichwohl wurden die faire Entlohnung und Arbeitsbedingungen (insb. ILO-Kernarbeitsnormen) als prioritäre Themenfelder benannt. Die Bedeutung klarer, rechtsverbindlicher Standards (und deren effektive Kontrolle) wurde hervorgehoben. Insbesondere müsse der Sozialunternehmer- und Innovationsbegriffs weiter geschärft und präzisiert werden. Darüber hinaus sollen Sozialunternehmen durch gezielte Bevorzugung weiter gestärkt und bürokratische Hürden abgebaut werden, soweit diese Sozialunternehmen und innovative Unternehmen treffen.

Die Vorstellung eines Gesetzesentwurfes war ursprünglich bereits für Herbst/Winter 2023 geplant, liegt aber bis dato nicht vor. Es bleibt abzuwarten, inwiefern der Gesetzesentwurf die Vorschläge aufgreift und die soziale Nachhaltigkeit im Vergabeverfahren weiter stärkt. Es bleibt ferner dann abzuwarten, wie sich der Gesetzentwurf im anschließenden Gesetzgebungsverfahren weiter entwickelt.

⁸⁹ Weitere Infos hierzu finden sich auf der Internetpräsenz des BMWK, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oeffentliche-konsultation-zur-transformation-des-vergaberechts.html>

⁹⁰ Auswertung der dritten digitalen Gesprächsrunde im Rahmen der öffentlichen Konsultation am 15.06.2023, Präsentation des BMWK.

⁹¹ Vgl. Rn. 90.

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