

Public Procurement in Consideration of Recycling Building Material

Angela Dageförde

In this paper the author gives an explanation how recycling building material can be considered legally in public procurement from her point of view. The modern public procurement law entitles public authorities to consider environmental aspects in any phase of a tender, i.e. when describing the works or the technical specifications or within the assessment of tender responses. Public authorities are also entitled to focus on the production process while considering environmental aspects in the tender. The author expresses that in tenders for civil engineering underground works public authorities are allowed to specify recycling building material because it is a) a legal technical specification and b) single tenderers are not preferred or – on the contrary – discriminated due to the fact that recycling building material is available in sufficient quantity on the free market. Moreover it is carved out in the paper that the percentage of recycling material in concrete, offered by the bidders, can be used as an assessment criterion in tenders for building above ground level subject to the condition that the assessment criterion as well as the assessment method is published to the tenderers before the tender preparation. The established tendering practices must not have to be modified for the consideration of recycling material in public procurement; public authorities can continue to use the standard forms of the *Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (VHB)* and the *Handbuch HVA B-StB*. Of course the whole tendering process has to be documented; § 20 VOB/A and § 20 EU VOB/A in conjunction with § 8 VgV rule the minimum standard for documentation. The consideration of recycling material should also be reasoned in the documentation.

Vergabe von Bauvorhaben im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen unter besonderer Berücksichtigung von Recycling-Baustoffen

Angela Dageförde

1.	Vergaberechtliche Vorbemerkung: Strategische Beschaffung als Ziel des modernen Vergaberechts.....	410
2.	Berücksichtigung von Recycling-Material bei Ausschreibungen im Tiefbau	412
3.	Berücksichtigung von Recycling-Material bei Ausschreibungen im Hochbau.....	417
4.	Integration in die Vergabepaxis.....	419
4.1.	Vergabe- und Vertragshandbücher.....	419
4.2.	Dokumentation	419

Mineralische Bau- und Abbruchabfälle stellen die größte Fraktion des gesamten Abfallaufkommens in Deutschland dar. Jährlich entstehen etwa 200 Mio. Tonnen an Bau- und Abbruchabfällen. Das ist mit etwa 52 Prozent über die Hälfte aller in Deutschland anfallenden Abfälle. Zu den mineralischen Bauabfällen gehören¹ – Angaben aus dem Jahr 2014 gerundet:

- Bodenaushub etwa 118 Mio. Tonnen (58,7 Prozent),
- Bauschutt etwa 54 Mio. Tonnen (27 Prozent),
- Straßenaufbruch etwa 13 Mio. Tonnen (6,8 Prozent),
- Baustellenabfälle etwa 14 Mio. Tonnen (7,2 Prozent),
- Bauabfälle auf Gipsbasis etwa 0,7 Mio. Tonnen (< 1 Prozent).

Demgegenüber besteht ein Bedarf an Gesteinskörnungen von etwa 550 Mio. Tonnen pro Jahr. Nur etwa 12 Prozent dieser Menge werden bisher durch Recyclingbaustoffe gedeckt.² Damit sind noch nicht alle Potenziale zur effektiven und ordnungsgemäßen Verwertung ausgeschöpft.

¹ Zahlenangaben entnommen aus Mineralische Bauabfälle. Monitoring 2014, Bericht zum Aufkommen und Verbleib mineralischer Bauabfälle im Jahr 2012, Hrsg.: Bundesverband Baustoffe – Steine und Erden e.V., Berlin 2017; <http://kreislaufwirtschaft-bau.de/Arge/Bericht-10.pdf>, aufgerufen am 28.2.2018. Prozentangaben gerundet.

² Mineralische Bauabfälle. Monitoring 2014, Bericht zum Aufkommen und Verbleib mineralischer Bauabfälle im Jahr 2012, Hrsg.: Bundesverband Baustoffe – Steine und Erden e.V., Berlin 2017, a. a. O.

Der Einsatz von Recycling-Baustoffen als Baumaterial dient dazu, den Abbau von natürlichen Ressourcen und die damit verbundenen Belastungen für die Umwelt zu verringern. Unabhängig davon ist die Verfügbarkeit nicht erneuerbarer Bodenschätze bekanntlich begrenzt.

Die in Deutschland erzeugten Recycling-Baustoffe werden überwiegend im Straßen- und Wegebau sowie zur Verfüllung eingesetzt. Allerdings stoßen eher untergeordnete Anwendungsbereiche wie Verfüllungen auf Akzeptanz. Es ist zweifelhaft, ob die gegenwärtige Praxis im Einklang mit dem Gebot der Hochwertigkeit der Verwertung steht. Zudem stehen die klassischen Verwertungswege der Verfüllung und des Einsatzes für technische Zwecke auf Deponien künftig nicht mehr in dem bisherigen Umfang zur Verfügung.³

Ein wichtiger Grund, warum die vorhandenen technischen Potenziale zur Herstellung von Recyclingbaustoffen nicht genutzt werden, ist eine unzureichende Nachfrage nach qualitätsgesicherten Recycling-Baustoffen. Das haben Untersuchungen zur Steigerung der Ressourceneffizienz mineralischer Bau- und Abbruchabfälle im Land Brandenburg bestätigt.⁴ Öffentliche Bauvergaben machen einen nicht unwesentlichen Teil des Bausehens aus. Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber fordern teilweise den Einbau von Natursteinmaterial. Nebenangebote sind häufig nicht zugelassen, so dass erst gar keine Recycling-Baustoffe angeboten werden können. Dies dürfte jedenfalls zu einem wesentlichen Teil auf Unsicherheiten im Umgang mit den als kompliziert und formal empfundenen vergaberechtlichen Anforderungen zurückzuführen sein. (Ein weiterer Grund könnte die Befürchtung sein, dass die am Markt angebotenen Recycling-Baustoffe nicht qualitätsgesichert sind.)

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und wie Recycling-Baustoffe bei öffentlichen Bauausschreibungen im Hoch- und im Tiefbau nach Einschätzung der Autorin rechtssicher berücksichtigt werden können.

1. Vergaberechtliche Vorbemerkung: Strategische Beschaffung als Ziel des modernen Vergaberechts

Am 18.4.2016 ist sowohl das Gesetz als auch die Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts in Kraft getreten. Diese Vergaberechtsreform dient der Umsetzung des europäischen Richtlinienpakets zur Modernisierung des Vergaberechts (also der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU⁵, der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung 2014/25/EU⁶ und der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen 2014/23/EU⁷).

³ Meetz/Mettke/Dageförde, in: *Steigerung der Ressourceneffizienz des Recyclings von mineralischen Bau- und Abbruchabfällen – Leitfaden Ausschreibungen –*, Projekt des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft des Landes Brandenburg, 2017, S. 14; <http://www.mlul.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/Bauabfall-Leitfaden-Ausschreibungen.pdf>, aufgerufen am 28.2.2018.

⁴ Meetz/Mettke/Dageförde, in: *Steigerung der Ressourceneffizienz des Recyclings von mineralischen Bau- und Abbruchabfällen – Leitfaden Ausschreibungen –*, a. a. O. unter Hinweis auf Meetz, Michael; Mettke, Angelika et al.: *Steigerung der Ressourceneffizienz des Recyclings von mineralischen Bau- und Abbruchabfällen im Land Brandenburg*, Ein Projekt des MUGV Potsdam, Schlussbericht 2013, Stand 17. Januar 2014, S. 10ff.

⁵ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. EU L 94/65 ff.

Der deutsche Gesetzgeber hat die europäischen Richtlinien *eins zu eins* umgesetzt. Der 4. Teil des GWB, der seit 1999 das gesetzliche Fundament des deutschen Vergaberechts für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte darstellt, wurde erheblich erweitert und umfasst die §§ 97 bis 184. Dies liegt insbesondere daran, dass in dem GWB nunmehr (quasi *vor die Klammer gezogen*) das gesamte Vergabeverfahren, zwar nicht im Detail, aber in Grundzügen abgebildet wird: Geregelt werden dort unter anderem die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, der Anwendungsbereich, die Vergabeverfahrensarten, die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag, die Gründe für die Auswahl von Vergabeverfahren und schließlich Richtlinien für die Kündigung und Änderung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit. Die detaillierten Verfahrensregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen in den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens werden in verschiedenen Verordnungen, unter anderem der Vergabeverordnung (VgV)⁸ geregelt.

Mit den neuen – nunmehr in deutsches Recht umgesetzten – Vergaberichtlinien verfolgt der europäische Gesetzgeber insbesondere auch das Ziel, das Beschaffungswesen noch stärker als bisher zur Umsetzung strategischer Ziele zu nutzen; dies betrifft gerade auch die Aspekte Umwelt und Nachhaltigkeit.

Zum Ausdruck kommt dies unter anderem in den Erwägungsgründen (37)⁹, (41)¹⁰, (47)¹¹ und (123)¹² der Richtlinie 2014/24/EU. Diese Zielsetzungen des europäischen Gesetzgebers kommen nun auch nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches

⁶ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABL. EU L 94/243 ff.

⁷ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABL. EU L 94/1 ff.

⁸ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 12.4.2016, BGBl. I S. 624

⁹ Erwägung (37): *Im Hinblick auf eine angemessene Einbeziehung umweltbezogener, sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist es besonders wichtig, dass Mitgliedstaaten und öffentliche Auftraggeber geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung der am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen geltenden Anforderungen auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts zu gewährleisten, die sich aus auf nationaler und auf Unionsebene geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Verfügungen und Beschlüssen sowie aus Tarifverträgen ergeben, sofern diese Regelungen und ihre Anwendung mit dem Unionsrecht vereinbar sind. (...)*

¹⁰ Erwägung (41): *Keine Bestimmung dieser Richtlinie sollte dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, (...) oder von sonstigen Umweltschutzmaßnahmen, insbesondere mit Blick auf eine nachhaltige Entwicklung, entgegenstehen, sofern diese Maßnahmen mit dem AEUV im Einklang stehen.*

¹¹ Erwägung (47): *Forschung und Innovation, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation, gehören zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Öffentliche Auftraggeber sollten die öffentliche Auftragsvergabe strategisch optimal nutzen, um Innovationen voranzutreiben. Der Kauf innovativer Waren, Bauleistungen und Dienstleistungen spielt eine zentrale Rolle bei der Steigerung der Effizienz und der Qualität öffentlicher Dienstleistungen und ermöglicht es gleichzeitig, großen gesellschaftlichen Herausforderungen zu begegnen. Er trägt dazu bei, ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis zu erzielen und einen umfassenderen wirtschaftlichen, ökologischen und gesellschaftlichen Nutzen zu generieren, indem neue Ideen hervorgebracht, diese in innovative Waren und Dienstleistungen umgesetzt werden und damit ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum gefördert wird.*

¹² Erwägung (123): *Um das Potenzial des öffentlichen Auftragswesens voll auszunutzen und so die Ziele der Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu erreichen, werden Aspekte des Umweltschutzes, soziale Aspekte und Innovationsaspekte eine wichtige Rolle spielen müssen.*

Recht in zahlreichen Einzelbestimmungen zum Ausdruck. Was im Einzelnen rechtlich zulässig ist, ergibt sich aus einer gründlichen Auswertung der - in der jeweiligen Phase des Beschaffungsprozesses geltenden – Regelungen, insbesondere im GWB und in der VgV sowie der VOB/A-EU¹³.

Genau dies bringt auch einer der zentralen Grundsätze des deutschen Vergaberechts zum Ausdruck, nämlich § 97 Abs. 3 GWB:

Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie (...) umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils (Anm.: §§ 97 ff. GWB) berücksichtigt.

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

(...) In jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen, können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. (...) Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.¹⁴

Fazit

Das moderne Vergaberecht berechtigt öffentliche Auftraggeber, in allen Phasen des Vergabeverfahrens, angefangen bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung und der Vertragsbedingungen bis hin zur Angebotswertung, Umweltaspekte einfließen zu lassen und dabei auch den Produktionsprozess in den Blick zu nehmen. Was im Einzelnen rechtlich zulässig ist, ergibt sich aus einer gründlichen Auswertung der in der jeweiligen Phase des Beschaffungsprozesses geltenden Regelungen, insbesondere im GWB, in der VgV und in der VOB/A EU 2016.

2. Berücksichtigung von Recycling-Material bei Ausschreibungen im Tiefbau

Im Folgenden wird untersucht, ob und inwieweit öffentliche Auftraggeber berechtigt sind, bei der Vergabe von Tiefbaumaßnahmen den Einsatz von Recyclingmaterial verbindlich vorzugeben dergestalt, dass dieses zwingend anzubieten und dann im Auftragsfall auch so auszuführen ist.

Dies betrifft die Vorbereitung der Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses. Die Leistungsbeschreibung bzw. das

¹³ VOB Teil A 2016 Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 2: Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A – EU). Die VOB/A-EU 2016 findet neben der VgV Anwendung; vgl. § 2 VgV: Für die Vergabe von Bauaufträgen sind Abschnitt 1 (d. h. §§ 1 – 13) und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 (d. h. §§ 21 – 27) anzuwenden. Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen i. d. F. der Bekanntmachung vom 19.1.2016 (BAnz AT 19.02.2016 B3) anzuwenden

¹⁴ BT-Drs. 18/6281, S. 68

Leistungsverzeichnis stellt das Kernstück der Vergabeunterlagen dar. In diesem Dokument spezifiziert der öffentliche Auftraggeber die ausgeschriebene Bauleistung im Einzelnen. Wenn er dort etwas verbindlich vorschreibt, ist ein Bieter nicht berechtigt, etwas anderes anzubieten. Würde ein öffentlicher Bauherr also in einem Leistungsverzeichnis die Verwendung von Recycling-Baustoffen verbindlich vorschreiben, werden Recycling-Baustoffe von vornherein gar nicht in den Wettbewerb mit konventionellen Baustoffen gestellt.

Es ist anhand der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung zu untersuchen, ob eine solche Vorgehensweise zulässig ist.

§ 121 GWB betont folgendes:

In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- und Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungsbeschreibung.

Der Gesetzgeber erläutert dies wie folgt:

Nach § 121 Absatz 1 legt der öffentliche Auftraggeber mit der Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand und damit sowohl den sachlichen Gehalt der Angebote als auch den Inhalt des abzuschließenden Vertrags fest. Für die Wertung der Angebote gibt die Leistungsbeschreibung die Entscheidungsmaßstäbe vor, an die sich der öffentliche Auftraggeber selbst bindet. Hierdurch soll den Bewerbern und Bieter im Vergabeverfahren eine sichere Kalkulationsgrundlage zur Hand gegeben werden. Gleichzeitig dient die Leistungsbeschreibung aber auch dazu, die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern. Die Formulierung des Absatzes 1 lässt einen weiten Spielraum bei Art und Umfang der Beschreibung zu. (...) Die weiteren Anforderungen des Art. 42 der RL 2014/24/EU werden im Rahmen der VgV umgesetzt. Hier wird auch klargestellt, dass die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Merkmale der Leistung nicht zwingend materielle Auswirkungen auf die Leistung selbst haben müssen, sondern sich auch auf die Art der Herstellung der Leistung einschließlich der Aspekte entlang der Produktions- und Lieferkette (...) oder einen spezifischen Prozess des Lebenszyklus der Leistung (z.B. mit Blick auf deren Recycling-Fähigkeit) beziehen können.¹⁵

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang in den vergangenen Jahren der Aspekt des sog. Leistungsbestimmungsrechts herausgearbeitet worden. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber autonom bestimmt, ob und welchen Gegenstand bzw. welche Leistung er wie beschaffen will. Solange der Auftraggeber dabei die Grenzen beachtet und nicht – offen oder versteckt – ein bestimmtes Produkt bevorzugt (und andere Anbieter diskriminiert), ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei¹⁶.

¹⁵ BT-Drs. 18/6281, S. 100

¹⁶ ausführlich: Dageförde, Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, 2012, S. 49 ff. m. w. N.

Daher obliegt es dem Auftraggeber, zum Beispiel Qualitätskriterien an die Leistung zu formulieren, die eine langfristige Einsatzfähigkeit garantieren. Die Bieter müssen die von dem Auftraggeber aufgestellten Anforderungen an die zu beschaffenden Produkte dann grundsätzlich hinnehmen. Durch entsprechend hohe Anforderungen hat der Auftraggeber damit unmittelbaren Einfluss auf das Qualitätsniveau. Angebote, die die von dem Auftraggeber aufgestellten Anforderungen dann nicht erfüllen (können), sind vom weiteren Vergabeverfahren zwingend auszuschließen¹⁷.

Dies betrifft deshalb in erster Linie die Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers (bei Bauausschreibungen auch Leistungsverzeichnis oder Leistungsprogramm genannt), weil er dort die ausgeschriebene (Bau-)Leistung eindeutig, umfassend und erschöpfend zu beschreiben sowie sämtliche kalkulationsrelevanten Umstände anzugeben hat. Dies ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 EU VOB/A, der wie folgt lautet:

Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben.

Dies soll gewährleisten, dass a) die Bieter ihre Preise sicher berechnen können, b) wegen der Allgemeinverständlichkeit der Leistungsbeschreibung möglichst viele Bieter an der Ausschreibung teilnehmen, c) vergleichbare Angebote eingehen und d) der vom beauftragten Bieter geschuldete und abzurechnende Leistungsumfang möglichst umfassend klar beschrieben ist. Bei Bauleistungen ist zur Erstellung der Leistungsbeschreibung die gedankliche Vorwegnahme des Bauwerks unerlässlich, wie das Vergabehandbuch des Bundes seit jeher betont.

Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers wird begrenzt durch das Gebot der Produktneutralität. Dieses soll sicherstellen, dass eine Leistungsbeschreibung die Herstellung von Chancengleichheit im Vergabewettbewerb gewährleistet. Die Chancengleichheit bedingt, dass hinsichtlich **bestimmter** Erzeugnisse, Produkte, Verfahren, Hersteller usw. nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden darf. Die Verpflichtung des Auftraggebers zur sogenannten produktneutralen Ausschreibung folgt aus dem Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB); es sollen möglichst viele Bieter ihre Erzeugnisse anbieten können. Des Weiteren dient diese Verpflichtung der Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit¹⁸.

Das Gebot der Produktneutralität ist für alle Bauvergabeverfahren, also sowohl für Bauvorhaben mit einem Auftragswert oberhalb des EU-Schwellenwerts, derzeit 5,548 Mio. EUR, als auch für Bauvorhaben mit einem niedrigeren Auftragsvolumen, in § 7 Abs. 2 EU VOB/A sowie in § 7 Abs. 2 VOB/A wie folgt geregelt:

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte

¹⁷ 1. VK Sachsen, Beschluss v. 4.2.2013, Az. 1/SVK/039-12

¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2012, Az. VII-Verg 7/12

charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Wichtig erscheint in dem hiesigen Kontext der hierin enthaltene Halbsatz

... wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Grundsätzlich können alle Bauunternehmen RC-Baustoffe einsetzen, da diese am Markt frei verfügbar sind¹⁹. Daraus folgt, dass kein einzelner Anbieter an der Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. der Abgabe eines Angebots gehindert wird, wenn der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung verbindlich den Einsatz von Recyclingmaterial vorgeschrieben hat. Schon aus diesem Grunde ist das Gebot der Produktneutralität nicht verletzt.

Abgesehen davon ist auch fraglich, ob die Forderung nach Einsatz von Recyclingmaterial für die Erbringung einer Bauleistung überhaupt eine *produktspezifische* bzw. *produktscharfe* technische Spezifikation darstellt. Ein Verweis auf eine **bestimmte** Produktion oder Herkunft liegt vor, wenn der Auftraggeber ein **konkretes** Produkt, einen **konkreten** Hersteller, Ursprungsort oder eine **konkrete** Bezugsquelle vorgibt; mit einem **besonderen** Verfahren ist das Verfahren der Herstellung selbst gemeint²⁰. Verfahren meint die Art und Weise bzw. den Vorgang der Herstellung der Bauleistung (Verfahrenstechnik). Vorliegend geht es aber um den Einsatz einer bestimmten Art von Material, nämlich Recyclingmaterial. Die Verfahrenstechnik wird damit nach dem hiesigen Verständnis nicht vorgegeben. Es wird ferner weder ein bestimmtes Produkt oder ein bestimmter Hersteller vorgegeben noch eine bestimmte Bezugsquelle oder ein bestimmter Ursprungsort gefordert.

Bei der Anforderung, wonach zwingend Recyclingmaterial zum Einsatz kommen soll, dürfte es sich vielmehr um eine produktneutrale *Technische Spezifikation* handeln. Technische Spezifikationen können sich auch auf den Produktionsprozess beziehen. In § 7 a Abs. 1 Nr. 1, 2 EU VOB/A werden die Technischen Spezifikationen angesprochen und es wird auf den Anhang TS zur VOB/A EU verwiesen. § 7 a Abs. 1 Nr. 1, 2 EU VOB/A hat folgenden Wortlaut:

Die technischen Anforderungen (Spezifikationen – siehe Anhang TS Nummer 1) an den Auftragsgegenstand müssen allen Unternehmen gleichermaßen zugänglich sein. Die geforderten Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion bzw. Erbringung der angeforderten Leistungen

¹⁹ Meetz/Mettke/Dageförde, in: *Steigerung der Ressourceneffizienz des Recyclings von mineralischen Bau- und Abbruchabfällen – Leitfadens Ausschreibungen* –, a. a. O. S. 43, mit Hinweis auf eine Auflistung der Recyclinganlagen im Land Brandenburg

²⁰ 2. VK Bund, Beschluss v. 27.8.2012, Az. VK 2 – 83/12; Beschluss v. 27.8.2012, Az. VK 2 – 65/12; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012, Az. VK-SH 28/12

oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind.

In dieser Regelung wird also zum einen klargestellt, dass auch die Technischen Spezifikationen nicht wettbewerbsbeschränkend wirken dürfen. Es wird zum anderen klargestellt, dass sich die Technischen Spezifikationen auch auf den Herstellungsprozess beziehen dürfen, sofern sie einen Bezug zum Auftragsgegenstand (der ausgeschriebenen Leistung) haben und nicht außer Verhältnis zum Wert des Auftragsgegenstandes (der ausgeschriebenen Leistung) stehen.

In Nr. 1 im Anhang TS zur VOB/A EU ist der Begriff *Technische Spezifikation* u.a. wie folgt definiert:

a) bei öffentlichen Bauaufträgen die Gesamtheit der insbesondere in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Beschreibungen, in denen die erforderlichen Eigenschaften eines Werkstoffs, eines Produkts oder einer Lieferung definiert sind, damit dieser/diese den vom öffentlichen Auftraggeber beabsichtigten Zweck erfüllt; zu diesen Eigenschaften gehören Umwelt- und Klimaleistungstufen, Design für alle (...) und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Qualitätssicherungsverfahren, der Terminologie, der Symbole, der Versuchs- und Prüfmethode, der Verpackung, der Kennzeichnung und Beschriftung, der Gebrauchsanleitungen sowie der Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Bauleistungen; außerdem gehören dazu auch die Vorschriften für die Planung und die Kostenrechnung, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von Bauwerken, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber für fertige Bauwerke oder dazu notwendige Materialien oder Teile durch allgemeine und spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist; (...).

Aus der vorstehenden Definition geht hervor, dass die technischen Spezifikationen (= technischen Beschreibungen) auch die Eigenschaften eines Werkstoffs umfassen und dass zu den Eigenschaften eines Werkstoffs auch die Produktionsprozesse und Produktionsmethoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Bauleistungen gehören können. Ferner gehören zu den Technischen Spezifikationen andere Anforderungen des Auftraggebers an Materialien für das Bauwerk.

Fazit

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es öffentlichen Auftraggebern erlaubt ist, in einer Leistungsbeschreibung für ein Tiefbauvorhaben den Einsatz von Recycling-Baustoffen verbindlich vorzuschreiben, da es sich a) um eine zulässige technische Spezifikation handelt, und b) durch diese Vorgabe kein Unternehmen begünstigt oder – umgekehrt – an der Abgabe eines Angebots gehindert wird, da Recyclingmaterial auf dem Markt allgemein verfügbar ist.

3. Berücksichtigung von Recycling-Material bei Ausschreibungen im Hochbau

Für den Bereich Hochbau soll untersucht werden, ob öffentliche Auftraggeber berechtigt sind, bei der Ausschreibung von Hochbauleistungen ein Zuschlagskriterium für die Wertung der Angebote zu definieren, bei dem der von den Bietern jeweils angebotene Anteil an Recycling-Material im Beton bewertet wird. Dieses Kriterium wäre ein weiteres Zuschlags- (Wertungs- bzw. Wirtschaftlichkeits-) Kriterium neben dem Kriterium des niedrigsten Angebotspreises. Wie eingangs ausgeführt, erlaubt es § 16d EU VOB/A den öffentlichen Auftraggebern, neben dem Preis weitere Kriterien festzulegen und nach eigenem Ermessen zu gewichten. Folgende Bestimmung aus der VOB/A EU ist in diesem Zusammenhang relevant:

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis (...) auch qualitative, umweltbezogene (...) Aspekte berücksichtigt werden. Es dürfen nur Zuschlagskriterien und deren Gewichtung berücksichtigt werden, die in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind. Zuschlagskriterien können insbesondere sein: Qualität einschließlich technischer Wert, (...) umweltbezogene und innovative Eigenschaften; (...). Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Zuschlagskriterien stehen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf diesen beziehen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Dies entspricht der Regelung in § 127 Abs. 1, 3 GWB, die der Gesetzgeber wie folgt begründet

Zwar ist es auf der Grundlage des besten Preis-Leistungsverhältnisses auch künftig zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch – insbesondere bei der Beschaffung von nicht marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen – seine Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien wie z.B. Qualität, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Lieferfrist oder Ausführungsdauer stützen. (...) Positive Umwelteigenschaften (...) der Leistung können dabei vom öffentlichen Auftraggeber ebenfalls als Zuschlagskriterium vorgegeben werden. (...) Die Auswahl der Kriterien, auf die der öffentliche Auftraggeber für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt, bleibt dessen freiem Ermessen überlassen, sofern Sonderregelungen nicht die Vorgabe bestimmter Kriterien zwingend vorschreiben. (...) Voraussetzung für die Vorgabe eines

Zuschlagskriteriums ist stets, dass dieses mit dem Auftragsgegenstand sachlich in Verbindung steht. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass ein weniger wirtschaftliches Angebot aus sachfremden Erwägungen den Zuschlag erhält. (...) Absatz 3 stellt (...) klar, dass ein Auftragsbezug künftig auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung (auch der Rohstoffgewinnung), Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen (...) Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.²¹

Vergaberechtskonform kann die Festlegung eines Zuschlagskriteriums, das den Anteil von Recycling-Material im Beton bewertet, wie folgt geschehen:

Sämtliche Bewertungskriterien sind den Bietern in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen bekannt zu geben. Die Vergabeunterlagen sollten eine Bewertungsmatrix enthalten, in der die Kriterien im Einzelnen benannt und gewichtet werden. Der Bewertungsvorgang sollte transparent gemacht werden. Den Bietern müssen die Kriterien, ihre Gewichtung und auch der Bewertungsvorgang im Einzelnen vorab bekannt gegeben werden, damit sie sich bei der Erstellung ihrer Angebote darauf einstellen können. Mit anderen Worten: Den Bietern muss es durch die Vorab-Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, die im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt werden sollen, ermöglicht werden, ein *optimales Angebot* abzugeben.

Eine solche Bewertungsmatrix könnte beispielsweise wie in Tabelle 1 (oder ähnlich) aussehen.

Kriterium	Gewichtung %	Maximal zu erreichende Punktzahl
Preis (brutto)	50	100
Anteil RC-Material im Beton	50	100

Tabelle 1:

Bewertungsmatrix mit Benennung und Gewichtung der Zuschlagskriterien – Beispiel 1

In dem nachfolgenden alternativen Beispiel hat der Preis eine Gewichtung von unter fünfzig Prozent.

Kriterium	Gewichtung %	Maximal zu erreichende Punktzahl
Preis (brutto)	35	100
Anteil RC-Material im Beton	65	100

Tabelle 2:

Bewertungsmatrix mit Benennung und Gewichtung der Zuschlagskriterien – Beispiel 2

Kriterien und Gewichtung können vom Auftraggeber grundsätzlich nach eigenem Ermessen festgelegt werden. Als *Faustformel* für die Praxis gilt: Der Preis sollte ein Gewicht von mindestens dreißig Prozent haben.

In der Bewertung selbst empfiehlt sich folgende Vorgehensweise, die den Anbietern in den Vergabeunterlagen auch erläutert werden sollte:

²¹ BT-Drs. 18/6281, S. 111/112

Beim Kriterium *Preis* erhält das Angebot die Höchstpunktzahl, das den niedrigsten Brutto-Preis ausweist. Alle anderen Angebotspreise werden einzeln ins Verhältnis zu dem niedrigsten Preis gesetzt. Sie erhalten in dem Verhältnis weniger Punkte, wie sie vom niedrigsten Preis abweichen. Ein Angebot, das um X Prozent von dem niedrigsten Preis abweicht, erhält null Punkte.

Beim Kriterium *Anteil RC-Material im Beton* erhält das Angebot die Höchstpunktzahl, das den höchsten Anteil an RC-Material im Beton ausweist. Alle anderen Angebote werden einzeln ins Verhältnis zu dem Angebot mit dem höchsten Anteil an RC-Material gesetzt. Sie erhalten in dem Verhältnis weniger Punkte, wie sie vom Angebot mit dem höchsten Anteil an RC-Material abweichen. Ein Angebot, das um X Prozent von dem höchsten Anteil an RC-Material im Beton abweicht, erhält null Punkte.

Die bei dem einzelnen Kriterium von einem Angebot erreichten Punkte werden sodann mit dem Faktor (Gewichtung) multipliziert.

Anschließend werden bei jedem Angebot die bei beiden Kriterien erreichten Punkte addiert. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl erhält den Zuschlag.

4. Integration in die Vergabepaxis

4.1. Vergabe- und Vertragshandbücher

Für die Vergabe und Ausführung von Bauvorhaben des Bundes im Straßen- und Brückenbau wird vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) das Handbuch HVA B-StB herausgegeben²². Für den Hochbau wird das entsprechende *Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (VHB)* vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)²³ herausgegeben. Beide Handbücher werden regelmäßig aktualisiert.

An der bewährten Vergabepaxis einschließlich der Verwendung der Vordrucke für Vergabeunterlagen, Vergabeverfahren und Vertragsabwicklung ergeben sich durch die Ausschreibung von Bauvorhaben mit bevorzugtem Einsatz von Recycling-Baustoffen keine Änderungen.

4.2. Dokumentation

Hinzuweisen ist auf die Pflicht, das Vergabeverfahren fortlaufend so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden.

²² Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB); <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/handbuch-fuer-die-vergabe-und-ausfuhrung-von-bauleistungen-im-strassen-und-brueckenbau-hva-b-stb.html?linkToOverview=j>, aufgerufen am 28.2.2018

²³ Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB 2017); <http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/vergabehandbuch/vergabe-und-vertragshandbuch-fuer-die-baumassnahmen-des-bundes-vhb-2008/>; aufgerufen am 28.2.2018

§ 20 VOB/A regelt für Bauvergabeverfahren mit einem Auftragsvolumen von weniger als 5,548 Mio. EUR (also *unterschwellige* Bauvergaben, die bundesweit ausgeschrieben werden) den Mindestinhalt der Vergabedokumentation wie folgt:

- Name und Anschrift des Auftraggebers,
- Art und Umfang der Leistung,
- Wert des Auftrags,
- Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und Gründe für ihre Auswahl,
- Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für die Ablehnung,
- Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten,
- Name des Auftragnehmers und Gründe für die Erteilung des Zuschlags auf sein Angebot,
- Anteil der beabsichtigten Weitergabe an Nachunternehmen, soweit bekannt,
- Bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe: Gründe für die Wahl des jeweiligen Verfahrens,
- ggfs. die Gründe, aus denen der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet hat.

Für Bauvergabeverfahren, die aufgrund einer Überschreitung des EU-Schwellenwerts von derzeit 5,548 Mio. EUR EU-weit durchgeführt werden müssen, befindet sich eine entsprechende Regelung in § 20 EU VOB/A i. V. m. § 8 VgV. Danach müssen bei EU-Bauvergabeverfahren mindestens folgende Angaben im Vergabevermerk enthalten sein:

- Name/Anschrift Auftraggeber,
- Gegenstand/Wert des Auftrags (oder der Rahmenvereinbarung),
- Name berücksichtigte Bewerber/Bieter, Gründe für Auswahl,
- Namen nicht berücksichtigter Bewerber/Bieter, Gründe für Ablehnung,
- Gründe für Ablehnung zu niedrig befundener Angebote,
- Name erfolgreicher Bieter, Gründe für Auswahl, NU-Anteile, Namen NU,
- Begründung der Wahl der Verfahrensart (bei VV und W. D.),
- Begründung bei VV ohne TW (Direktvergabe),
- ggfs.: Gründe für Verzicht auf Auftrag,
- ggfs.: Gründe, warum andere als elektronische Mittel für Angebotsabgabe gewählt wurden,
- ggfs.: Aufgedeckte Interessenkonflikte, Abhilfemaßnahmen,
- ggfs.: Gründe für Gesamtvergabe (Abweichung von Losvergabe),
- ggfs.: Gründe für Nichtangabe Zuschlagskriterien.

Als ergänzender Hinweis ist folgendes auszuführen: In der Vergabedokumentation, genauer: im Vergabevermerk, sollte sich eine Begründung zu der Wahl des Zuschlagskriterium *Anteil RC-Baustoffe* finden, wenn dieses Kriterium bei der Angebotswertung in Vergabeverfahren für Bauprojekte im Hochbau angewandt werden soll.

Ansprechpartnerin



Rechtsanwältin Dr. Angela Dageförde

DAGEFÖRDE Öffentliches Wirtschaftsrecht
Fachanwältin für Vergaberecht, Verwaltungsrecht,
Bau- und Architektenrecht
Podbielskistraße 344
30655 Hannover (D)
Telefon: 0049-(0)511-59097560
E-Mail: info@kanzlei-dagefoerde.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky,
Bernd Friedrich, Thomas Pretz, Peter Quicker, Dieter Georg Senk, Hermann Wotruba (Hrsg.):

Mineralische Nebenprodukte und Abfälle 5
– Aschen, Schlacken, Stäube und Baurestmassen –

ISBN 978-3-944310-41-1 Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH

Copyright: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Dr.-Ing. Stephanie Thiel
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH • Neuruppin 2018

Redaktion und Lektorat: Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Dr.-Ing. Olaf Holm,
Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc.

Erfassung und Layout: Claudia Naumann-Deppe, Janin Burbott-Seidel, Sandra Peters,
Ginette Teske, Roland Richter, Cordula Müller, Gabi Spiegel

Druck: Universal Medien GmbH, München

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.