

Landratsamt Konstanz
Herrn Gebhard Schulz
Benediktinerplatz 1
78467 Konstanz

Per E-Mail

Stuttgart, 24. April 2014

Unser Zeichen: 00435/2014
M_Schulz_ElektroG_140424

**Optierungen Sammelgruppen nach ElektroG und grundsätzliche Problematik der
Übertragung von Verwertungsaufgaben
hier: vergaberechtliche Beurteilung**

Sehr geehrter Herr Schulz,

wir kommen zurück auf die Korrespondenz und unsere Telefonate in o.g. Angelegenheit. In Ihrem Schreiben vom 18. Februar 2014 baten Sie u.a. um Prüfung, ob eine vergaberechtsfreie Übertragung der nach dem ElektroG bestehenden Pflichten des Landkreises auf kreisangehörige Städte und Gemeinden nach § 22 KrWG möglich ist. Hintergrund Ihrer Frage ist ein Schreiben der Stiftung Elektro-Altgeräte-Register vom 22. Januar 2014, in dem diese die Rechtsauffassung vertritt, dass das Optionsrecht gemäß § 9 Abs. 6 ElektroG ausschließlich einem Landkreis als öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger, nicht jedoch einer einzelnen Gemeinde, zustehen kann. Ergänzend baten Sie um eine Einschätzung, ob die Erkenntnisse betreffend Elektronikschrott auch für andere Verwertungsabfälle gelten, die bislang über die gemeindlichen Wertstoffhöfe erfasst werden (z.B. Altholz, -papier).

Hierzu können wir Ihnen Folgendes mitteilen:

Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft
Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart

Rechtsanwältin
Dr. Beatrice Fabry
Telefon: +49 711 86040-650
Telefax: +49 711 86040-550
beatrice.fabry@menoldbezler.de

Sekretariat: Corinna Merkh

Rechtsanwalt
Alexander Dörr
Telefon: +49 711 86040-672
Telefax: +49 711 86040-550
alexander.doerr@menoldbezler.de

Sekretariat: Verena Wildenauer

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	3
B. Rechtliche Beurteilung.....	3
I. Frage des Optionsrechts nach § 9 Abs. 6 ElektroG	3
II. Möglichkeit der "Aufgabendelegation" nach § 22 KrWG.....	4
III. "Freihändige" Beauftragung der Gemeinden nach § 22 KrWG vergaberechtlich zulässig?.....	5
1. Ausschreibungspflichtige Leistung	5
2. Vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit?	6
a) Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 4 der neuen Vergaberichtlinie	6
b) Charakter der Beauftragung nach § 22 KrWG	7
c) Zwischenfazit	8
3. Vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft?	9
4. Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb?	10
a) § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A	10
b) § 3 EG Abs. 4 lit. f) VOL/A.....	11
c) Zwischenfazit	12
5. Mögliche Folgen, vergaberechtliche Risiken	12
IV. Weiteres Vorgehen bei der anstehenden Ausschreibung der Gemeinden	13
1. Berücksichtigung der Verwertung von Abfällen	13
2. Behandlung der Verwertungserlöse	13

A.
Sachverhalt

Der Landkreis Konstanz hat als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger im Sinne von § 20 Abs. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) die Aufgabe des Einsammelns und Beförderns von Abfällen auf der Grundlage von § 6 Abs. 2 Landesabfallgesetz von Baden-Württemberg (LAbfG BW) auf die kreisangehörigen Gemeinden übertragen. Im Zuge dieser Aufgaben-delegation hat der Landkreis Konstanz den Gemeinden auch die Abfallgebührenhoheit übertragen, d.h. die Gebühren für die Abfallentsorgung werden von der jeweiligen Gemeinde durch Satzung festgelegt und eingezogen. In diese Gebühr fließt die Gebühr des Landkreises Konstanz ein, die dieser von den Gemeinden für die Weiterbehandlung der Abfälle in seinen Abfallentsorgungseinrichtungen bzw. für die Restabfallbehandlung nach Maßgabe seiner Abfallwirtschaftsgebühr erhebt.

Im Zuge ihrer Zuständigkeit für die Einsammlung und Beförderung der Abfälle haben viele Gemeinden in den vergangenen Jahren eigene Wertstoffhöfe errichtet und die ihnen überlassenen Wertstoffe (z.B. Altkleider, PPK, Altholz, Elektro-Altgeräte etc.) selbst verwertet. 17 Gemeinden bereiten derzeit eine neue Bündel-Ausschreibung für die Sammlung und Beförderung ihrer Abfälle vor. In diesem Rahmen stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Verwertung der anfallenden Wertstoffe berücksichtigt werden kann.

B.
Rechtliche Beurteilung

I. Frage des Optionsrechts nach § 9 Abs. 6 ElektroG

Im Ergebnis sind wir der Auffassung, dass die Stiftung Elektro-Altgeräte Register in ihrem Schreiben vom 22. Januar 2014 die Rechtslage korrekt wiedergibt.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes, des Landesabfallgesetzes von Baden-Württemberg sowie des Elektro- und Elektronikgerätegesetzes (ElektroG) kann nur der Landkreis Konstanz als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger eine Verwertung der betreffenden Altgeräte übernehmen. In dem Schreiben der Stiftung Elektro-Altgeräte Register vom 22. Januar 2014 wird zu recht darauf hingewiesen, dass nur ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemäß § 9 Abs. 6 ElektroG das Recht hat, "die gesamten Altgeräte einer Gruppe nach Absatz 4 für jeweils mindestens ein Jahr von der Bereitstellung zur Abholung auszunehmen, wenn er

dies der gemeinsamen Stelle drei Monate zuvor anzeigt". Optiert der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger in diesem Sinne, hat er die Altgeräte oder deren Bauteile wiederzuverwenden, zu behandeln oder zu entsorgen.

In dem Schreiben der Stiftung Elektro-Altgeräte Register wird in diesem Zusammenhang ferner richtigerweise darauf hingewiesen, dass gemäß § 6 Abs. 1 LAbfG BW der Landkreis Konstanz öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist. Zwar hat der Landkreis Konstanz auf der Grundlage von § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LAbfG BW das Einsammeln und Befördern von Abfällen auf Gemeinden übertragen. Eine Rechtsgrundlage für eine Aufgabendelegation auch im Hinblick auf die Verwertung und Beseitigung von Abfällen enthält das Landesabfallgesetz dagegen nur für einzelne, namentlich genannte Abfälle (Bio- und Grünabfälle), nicht jedoch für Altgeräte. Daraus folgert die Stiftung Elektro-Altgeräte Register zutreffend, dass nur der Landkreis Konstanz als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemäß § 9 Abs. 6 ElektroG optieren kann. Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut in § 9 Abs. 6 Satz 1 ElektroG teilen wir auch die Rechtsauffassung, dass die Optierung nur einheitlich für den gesamten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, d.h. nicht unterschiedlich für einzelne Gemeinden, erfolgen kann.

Damit besteht für einzelne Gemeinden oder Zweckverbände im Landkreis Konstanz mangels abfallrechtlicher Zuständigkeit keine Möglichkeit, gesondert für ihr Gemeindegebiet die Option nach § 9 Abs. 6 S. 1 ElektroG auszuüben.

Ergänzend möchten wir darauf hinweisen, dass ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Umwelt¹ zur Änderung des ElektroG in § 14 Abs. 6 in Bezug auf die Optierung vorsieht, dass diese für nunmehr mindestens drei Jahre ausgeübt wird.

II. Möglichkeit der "Aufgabendelegation" nach § 22 KrWG

Sollte sich der Landkreis Konstanz entschließen, das Optionsrecht für die gesamten Elektro-Altgeräte einer Gruppe im Sinne des § 9 Abs. 4 ElektroG auszuüben, steht es ihm frei, seine diesbezüglichen Pflichten nach § 22 KrWG auf Dritte, und damit auch auf kreisangehörige Städte und Gemeinden, zu "delegieren".

In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es sich bei dieser "Delegation" nicht um eine Aufgabenübertragung in dem Sinne handelt, dass die übernehmende Gemeinde anstelle des Landkreises Konstanz zuständiger und gegenüber Dritten verantwortlicher Aufgabenträger wird. Ausweislich des Wortlauts von § 22

¹ Vgl. http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Abfallwirtschaft/elektrog_referentenentwurf_bf.pdf

KrWG kann der Landkreis als der zur Verwertung und Beseitigung der Abfälle Verpflichtete lediglich Dritte mit der Erfüllung seiner Pflichten beauftragen. Die Verantwortlichkeit des Landkreises Konstanz für die Erfüllung der Pflichten bleibt hiervon unberührt und so lange bestehen, bis die Entsorgung endgültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist (§ 22 Satz 2 KrWG). Anders als das frühere Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz in § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG sieht das Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24. Februar 2012 keine Möglichkeit zur (erstmaligen) Pflichtenübertragung mehr vor, sondern nur noch die Beauftragung Dritter als "Erfüllungsgehilfen".

Die vorstehenden Überlegungen gelten im Übrigen in gleicher Weise auch für sonstige Verwertungsabfälle aus privaten Haushaltungen, für die der Landkreis Konstanz bereits originär gemäß § 20 Abs. 1 KrWG zuständiger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist. Eine Delegation der Verwertung dieser Abfälle/Wertstoffe vom Landkreis Konstanz an die kreisangehörigen Gemeinden ist – wie bei den Elektro-Altgeräten – auf der Basis von § 6 Abs. 2 Satz 1 LAbfG BW nicht möglich, da dort nur die Delegation im Hinblick auf die Verwertung von Bio- und Grünabfällen vorgesehen ist (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LAbfG BW). Auch insoweit kommt daher nur eine Beauftragung der Gemeinden gemäß § 22 KrWG in Betracht.

III. "Freihändige" Beauftragung der Gemeinden nach § 22 KrWG vergaberechtlich zulässig?

Es stellt sich dann die Frage, ob eine Beauftragung der Gemeinden mit der Verwertung der Elektro-Altgeräte im Sinne von § 9 Abs. 4 ElektroG (bzw. mit anderen Verwertungsabfällen, die in die Entsorgungszuständigkeit des Landkreises Konstanz fallen) durch den Landkreis Konstanz vergaberechtlich ohne Ausschreibungswettbewerb möglich wäre.

1. Ausschreibungspflichtige Leistung

Im Ausgangspunkt handelt es sich bei den Verwertungsleistungen um entgeltliche und damit ausschreibungspflichtige Dienstleistungen. Die Voraussetzungen für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB entfallen hier nicht deshalb, weil der Landkreis Konstanz den Städten und Gemeinden für ihre Leistungserbringung kein Entgelt in Form einer Zahlung eines Geldbetrags zukommen lässt. Ausreichend ist vielmehr jeder geldwerte Vorteil für den Auftragnehmer (vgl. nur OLG Naumburg, Beschluss vom 22.12.2011, Az. 2 Verg 10/11). So hat der BGH auch in einem Vertrag, der den "Verkauf" inkl. Verwertung von Altpapier zwischen dem öffentlichen-rechtlichen Entsorgungsträger und einem privaten Altpapierhändler zum Gegenstand hatte, einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB und damit einen öffentlichen Auftrag gesehen, da

der Auftragnehmer durch die Verwertung der Güter Einnahmen erzielen konnte (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2005, Az. X ZB 27/04).

2. Vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit?

Die Beauftragung der Gemeinden gemäß § 22 KrWG durch den Landkreis Konstanz mit der Verwertung der Elektro-Altgeräte oder anderer Verwertungsabfälle aus privaten Haushaltungen wäre gleichwohl vom Vergaberecht ausgenommen, wenn die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit vorliegen würden.

In den vergangenen Jahren gab es eine Reihe von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), in denen dieser Zulässigkeit und Grenzen einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit herausgearbeitet hat (vgl. hierzu nur EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Az. C-480/06 – "Stadtreinigung Hamburg"; EuGH, Urteil vom 13.06.2013, Az. C-386/11 – "Piepenbrock").

Nunmehr wurde das Thema auch erstmals in der neuen, vom Europäischen Parlament am 15.01.2014 beschlossenen EU-Vergaberichtlinie (Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe) geregelt. Auch wenn die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinie in nationales Recht erst bis zum Jahr 2016 zu erfolgen hat und die Einzelheiten hierzu noch abzuwarten sind, ist die bevorstehende Rechtsentwicklung im Ansatz bereits absehbar. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 12 Abs. 4 der neuen Vergaberichtlinie sind weitestgehend an die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur interkommunalen Zusammenarbeit angelehnt:

a) Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 4 der neuen Vergaberichtlinie

Art. 12 Abs. 4 der neuen Vergaberichtlinie regelt zur interkommunalen Zusammenarbeit:

"Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- (a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder setzt diese dem Ziel um, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;*

- (b) *die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und*
- (c) *die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten."*

Die Regelung setzt für eine vergaberechtfreie Beauftragung eines öffentlichen Auftraggebers (hier einer Gemeinde) durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber (hier durch den Landkreis) im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit also unter anderem voraus, dass "der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern" begründet oder erfüllt, die dazu dient, "sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden." Darüber hinaus muss die Zusammenarbeit dem öffentlichen Interesse dienen. Schließlich müssen mindestens 80% der durch die gemeinsame Zusammenarbeit erbrachten Leistungen für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbracht werden.

Von einer interkommunalen Zusammenarbeit, die nicht den vergaberechtlichen Vorgaben unterfällt, ist also nur dann auszugehen, wenn durch einen Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern begründet oder ausgeübt wird, die eine *gemeinsame* Erfüllung von öffentlichen Aufgaben der Beteiligten zum Ziel hat.

b) Charakter der Beauftragung nach § 22 KrWG

Fraglich ist, ob durch eine Beauftragung nach § 22 KrWG eine solche Zusammenarbeit begründet wird.

Hierfür könnte sprechen, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber (hier der Landkreis) eines anderen öffentlichen Auftraggebers (hier der Gemeinde) bedient und diese insoweit "zusammenarbeiten". Auch die Erwägungsgründe der neuen Vergaberichtlinie enthalten Hinweise, die dahingehend verstanden werden könnten. So wird in den Erwägungsgründen betont, dass die von den öffentlichen Auftraggebern erbrachten Dienstleistungen nicht identisch sein müssen, sondern sich auch ergänzen können (vgl. Erwägungsgrund 33 der neuen Vergaberichtlinie).

Allerdings besteht in den Fällen der Beauftragung nach § 22 KrWG gerade keine Pflicht *beider* Auftraggeber, öffentliche Aufgaben zu erbringen. Deshalb ist diese Beauftragung auch nicht als Zusammenschluss zur Erfüllung *gemeinsamer* Aufgaben anzusehen. Wie oben unter B.II. ausgeführt, ist allein der Landkreis Konstanz öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger und als solcher zuständiger abfallrechtlicher Aufgabenträger für die Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen (§ 19 Abs. 1 KrWG) sowie für die Verwertung der Elektro-Altgeräte, soweit er hierfür gemäß § 9 Abs. 6 Elektro-Altgeräte optiert hat. Eine Aufgabenübertragung vom Landkreis auf die Gemeinden ist weder auf der Grundlage des Landesabfallgesetzes BW noch gemäß § 22 KrWG möglich. § 22 KrWG erlaubt lediglich die Einbindung von Dritten zur Erfüllung der Pflichten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Dies spricht gegen die Annahme, es handele sich hierbei um eine gemeinsame Erfüllung der durch die öffentlichen Auftraggeber zu erbringende öffentlichen Dienstleistungen im Sinne des Art. 12 Abs. 4 der neuen Vergaberichtlinie.

Zudem spricht auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH gegen die Annahme einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit in dieser Fallkonstellation. Beauftragt ein öffentlicher Auftraggeber einen anderen öffentlichen Auftraggeber mit der Erbringung einer Dienstleistung, ist darin nach der EuGH-Rechtsprechung in der Regel gerade keine Zusammenarbeit zu sehen, die der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Vielmehr bedient sich in diesen Fällen der eine öffentliche Auftraggeber lediglich des anderen, was als "herkömmlicher" Dienstleistungsauftrag anzusehen ist (vgl. nur EuGH, Urteil vom 13.06.2013 – C-386/11, "Piepenbrock").

Die vergaberechtlichen Vorschriften sind folglich nicht bei jeder Form der Zusammenarbeit bzw. Beauftragung eines öffentlichen Auftraggebers durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber unbeachtlich.

c) Zwischenfazit

Beauftragt der Landkreis Konstanz einzelne Gemeinden mit der alleinigen Durchführung einer Aufgabe (hier: Verwertung von Elektro-Altgeräten sowie von Verwertungsabfällen aus privaten Haushaltungen), die diesen kraft Gesetzes nicht originär zusteht, will der Landkreis diese Aufgabe durch die Gemeinden als Erfüllungsgehilfen durchführen lassen. Insoweit handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der - bei der gebotenen vorsichtigen Bewertung der bisherigen EuGH-Rechtsprechung sowie den Vorgaben der

neuen EU-Vergaberichtlinien - auch nicht unter dem Gesichtspunkt der interkommunalen Zusammenarbeit vergaberechtsfrei ist. Daher unterfällt eine Drittbeauftragung nach § 22 KrWG auch im Verhältnis zwischen Landkreis und kreisangehörigen Gemeinden grundsätzlich dem Vergaberecht und – soweit es wie vorliegend um Dienstleistungen geht – den Vorschriften der VOL/A.

3. Vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft?

Aus ähnlichen Gründen wie bei der interkommunalen Zusammenarbeit auf vertraglicher Basis bewerten wir auch eine interkommunale Zusammenarbeit von Landkreis und Gemeinden über eine gemeinsame Tochtergesellschaft (z.B. eine Landkreis Konstanz Wertstoff GmbH), die "inhouse" direkt mit der Verwertung von Elektro-Altgeräten sowie von Verwertungsabfällen aus privaten Haushaltungen beauftragt werden soll, im Ergebnis als vergaberechtlich problematisch.

Die Zulässigkeit von sog. Inhouse-Geschäften wird erstmals in Art. 12 Abs. 1 der neuen Vergaberichtlinie und speziell für den Fall, dass mehrere öffentliche Auftraggeber eine gemeinsame Tochtergesellschaft beauftragen, in Art. 12 Abs. 3 der neuen Vergaberichtlinie geregelt. Auch bei der Abfassung dieser Regelungen wurde in weiten Teilen die bisherige Rechtsprechung des EuGH aufgegriffen.

Zwar wären die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe an eine gemeinsame Tochtergesellschaft in den Punkten (1) gemeinsame Kontrolle über die Gesellschaft wie über eine eigene Dienststelle und (2) keine Beteiligung Privater durch entsprechende Gestaltung erfüllbar. Problematisch ist jedoch die weitere Voraussetzung, dass *"mehr als 80 % der Tätigkeiten [der Inhouse-Gesellschaft] der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern [...] betraut wurden"*.

Mit Blick darauf, dass die Gemeinden weder für die Verwertung von Elektro-Altgeräten noch von sonstigen Verwertungsabfällen aus privaten Haushaltungen zuständige Aufgabenträger sind, dies vielmehr ausschließlich der Landkreis Konstanz ist, würden sich daher nicht mehrere Aufgabenträger in der Tochtergesellschaft zusammen schließen, sondern Aufgabenträger (Landkreis) und Dienstleister (Gemeinden). Vor dem Hintergrund der unter B.III. 2. genannten Entscheidungen des EuGH gehen wir davon aus, dass im Streitfall der EuGH auch für den Fall der interkommunalen Zusammenarbeit mittels einer Inhouse-Gesellschaft die Vergaberechtsfreiheit der Beauftragung der Inhouse-Gesellschaft nur anerkennen würde, wenn sich mehrere öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur gemeinsamen Erfüllung der ihnen jeweils obliegenden Auf-

gaben zusammen schließen. Dies wäre aber bei einer gemeinsamen Gesellschaft des Landkreises Konstanz und kreisangehöriger Gemeinden zur Verwertung der im Landkreis anfallenden Wertstoffe aus den dargelegten Gründen gerade nicht der Fall.

In Folge dieser Überlegungen stellt sich auch nicht die Frage, ob Landkreis und Gemeinden eine gemeinsame Gesellschaft gründen könnten, die die Aufgabenerfüllung auf einzelne Gesellschafter "inhouse" überträgt (Frage 2 a) in Ihrem Schreiben vom 18. Februar 2014). Insoweit fehlt es, wie zuvor dargestellt, bereits an der notwendigen Voraussetzung, dass der Landkreis Konstanz als Entsorgungsträger die Tochtergesellschaft vergaberechtsfrei mit der Erfüllung der ihm obliegenden Verwertungsleistungen, die die Tochtergesellschaft ggf. an einen Gesellschafter weitervergeben könnte, beauftragen darf.

4. Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb?

Das gewünschte Ergebnis ("freihändige" Beauftragung der Gemeinden mit der Verwertung von Elektro-Altgeräten bzw. sonstigen Verwertungsabfällen aus privaten Haushaltungen) ließe sich im Ergebnis auch außerhalb der vergaberechtlich anerkannten Grundsätze der interkommunalen Zusammenarbeit (auf vertraglicher Grundlage oder über eine gemeinsame Inhouse-Gesellschaft) dann erreichen, wenn der Landkreis Konstanz bei der Beauftragung der Gemeinden nach § 22 KrWG nur mit den jeweiligen Gemeinden verhandeln dürfte und die Leistung nicht öffentlich ausschreiben müsste.

Ansatzpunkt für diese Überlegungen sind die Tatbestände des § 3 EG Abs. 4 VOL/A, die für bestimmte Ausnahmefälle eine Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb erlauben. Angesichts der im Raum stehenden Höhe der Verwertungserlöse unterstellen wir für die weiteren Überlegungen, dass der für EU-weite Vergaben maßgebende Schwellenwert von derzeit EUR 207.000,00 überschritten und daher der 2. Abschnitt der VOL/A maßgebend wäre.

a) § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A

Es könnte sich bei der Verwertung der Abfälle um eine Dienstleistung handeln, die wegen "technischer Besonderheiten" nur von einem bestimmten Auftragnehmer durchgeführt werden kann. Diesen Tatbestand könnte man bei "äußerst wohlwollender weiter Auslegung" in Erwägung ziehen, sofern die Städte und Gemeinden im Zuge der Delegation der Aufgaben der Einsammlung und des Transports von Abfällen gemäß § 6 Abs. 2 LAbfG BW

durch den Landkreis Konstanz spezielle Wertstoffhöfe eingerichtet haben, um dort Wertstoffe und insoweit auch Elektro-Altgeräte in ihrem Gebiet zu sammeln. Die Einrichtung der Wertstoffhöfe zwingt allerdings nicht zu einer Verwertung der Elektro-Altgeräte durch die jeweilige Gemeinde, da auf den Wertstoffhöfen in erster Linie das Sammeln und nicht das Verwerten der Geräte stattfindet. Die Regelungen des ElektroG sind im Übrigen gerade darauf angelegt, dass das Sammeln und die Verwertung der Elektro-Altgeräte grundsätzlich getrennt voneinander vorgenommen werden. Auch im Hinblick auf sonstige Verwertungsabfälle aus privaten Haushaltungen können Sammlung und Transport ohne weiteres von der Verwertung getrennt werden.

b) § 3 EG Abs. 4 lit. f) VOL/A

Ferner könnte sich eine Befugnis zur Vergabe der Leistungen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb aus § 3 EG Abs. 4 lit. f) VOL/A ergeben. Danach können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unter anderem dann vergeben werden, wenn es sich um zusätzliche Dienstleistungen handelt, die im zuerst geschlossenen Vertrag nicht vorgesehen sind, aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Dienstleistungen erforderlich sind, diese an den ursprünglichen Dienstleister vergeben werden und sich vom Hauptauftrag nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber trennen lassen.

Im Falle der Verwertung der Elektro-Altgeräte könnte ein enger Zusammenhang mit dem Sammeln dieser Geräte ggf. begründet angenommen werden. Jedoch erscheint es u.E. zumindest zweifelhaft, ob im Falle eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens die Vergabekammer oder das OLG eine Untrennbarkeit der beiden Dienstleistungen bejahen würde. Gegen eine solche Annahme spricht auch hier wiederum, dass das ElektroG eine Trennung zwischen Einsammeln und Verwerten der Elektro-Altgeräte als Regelfall annimmt. Darüber hinaus wird man die Ausübung der Optimierung durch den Landkreis Konstanz nicht als unvorhergesehenes Ereignis bezeichnen können. Auch im Hinblick auf sonstige Verwertungsabfälle aus privaten Haushaltungen ließen sich die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 4 lit. f) VOL/A bei der gebotenen restriktiven Auslegung des Ausnahmetatbestands unseres Erachtens nicht rechtlich belastbar begründen.

c) Zwischenfazit

Die Rechtsprechung verlangt, dass die Voraussetzungen, unter denen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 EG Abs. 4 VOL/A zulässig ist, grundsätzlich eng auszulegen sind. Die Beauftragung einzelner Gemeinden durch den Landkreis Konstanz mit der Verwertung von Elektro-Altgeräten bzw. sonstigen Verwertungsabfällen aus privaten Haushaltungen nach § 22 KrWG auf der Grundlage eines "Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb" gemäß § 3 EG Abs. 4 VOL/A kann unseres Erachtens daher nicht vergaberechtssicher begründet werden.

5. Mögliche Folgen, vergaberechtliche Risiken

Bedient sich der Landkreis Konstanz zur Erfüllung seiner Verwertungspflichten aus dem ElektroG bzw. aus § 20 Abs. 1 KrWG einzelner Gemeinden, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchgeführt zu haben, stellt dies eine unzulässige De-facto-Vergabe dar, wenn man der obigen Einschätzung folgt, dass kein Fall der vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit (weder auf vertraglicher Basis noch mittels einer gemeinsamen Inhouse-Gesellschaft) vorliegt und die Tatbestände des § 3 EG Abs. 4 VOL/A keine ausschließlichen Verhandlungen mit der jeweiligen Gemeinde ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertigen.

Bei einem Auftragswert oberhalb der EU-Schwellenwerte könnte ein privates Unternehmen, das an einem solchen Auftrag interessiert ist, in einem solchen Fall gemäß § 101b GWB die Unwirksamkeit des Vertragsschluss im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geltend machen. Ein solches Nachprüfungsverfahren ist jedoch nach § 101b Abs. 2 GWB bis zu sechs Monate nach Vertragsschluss möglich. Nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist wären potentielle Interessenten mit einem dahingehenden Vorbringen präkludiert. Im Falle einer europaweiten Bekanntmachung der Auftragsvergabe beträgt die Präklusionsfrist nur 30 Kalendertage. Danach könnte ein vergaberechtswidriger Vertrag nicht mehr von einem Marktteilnehmer angegriffen werden.

Allerdings wäre es auch zu einem späteren Zeitpunkt grundsätzlich noch möglich, dass die EU-Kommission - so sie denn Kenntnis von dem angeblichen Vergaberechtsverstoß erlangt und diesem EU-weite Bedeutung zumisst - ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen EU-Recht einleitet (vgl. EuGH, Urteil vom 21.01.2010, Az. C-17/09 – "Müllverwertungsanlage Bonn"). Sollte infolge eines solchen Verfahrens ein Verstoß durch den Vertragsschluss festgestellt werden, könnte dies die Pflicht zur Kündigung des Vertrags zur Folge haben.

IV. Weiteres Vorgehen bei der anstehenden Ausschreibung der Gemeinden

1. Berücksichtigung der Verwertung von Abfällen

17 Gemeinden bereiten derzeit eine neue Bündel-Ausschreibung der Verträge über Sammlung und Transport von Abfällen der Gemeinden vor. Wie unter B.II. dargelegt, sind die Gemeinden im Hinblick auf die Verwertung von Abfällen nicht zuständiger abfallrechtlicher Aufgabenträger; lediglich im Bereich von Bio- und Grünabfällen könnte der zuständige Landkreis Konstanz die Aufgabe auf der Basis von § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LAbfG BW auf die Gemeinden delegieren/übertragen.

Für die anstehenden Ausschreibungen bedeutet dies, dass die Gemeinden die Leistung der Verwertung von Abfällen mangels eigener Zuständigkeit nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung ausschreiben können.

Sofern vom Landkreis Konstanz als zuständigem Entsorgungsträger gewünscht und entsprechend mit den Gemeinden vereinbart, wäre es jedoch ohne Weiteres zulässig, dass die Gemeinden im Rahmen ihrer Bündel-Ausschreibung der Leistungen "Sammlung und Beförderung von Abfällen" die Leistung "Verwertung von Abfällen" im Namen und für Rechnung des Landkreises Konstanz mit ausschreiben. Vergaberechtlich ist es zulässig, dass öffentliche Auftraggeber für andere öffentliche Auftraggeber Leistungen ausschreiben. Dies setzt lediglich entsprechende Absprachen zwischen den öffentlichen Auftraggebern voraus und muss in der Ausschreibung offengelegt werden. Praktisch würde dies bedeuten, dass die Gemeinden im Hinblick auf die Verwertung der in ihrem Gebiet anfallenden Abfälle ein weiteres Los im Namen und für Rechnung des Landkreises Konstanz mit ausschreiben würden.

Für den Landkreis Konstanz hätte dieses Vorgehen den Vorteil, dass er die Leistungen nicht selbst ausschreiben muss. Von Seiten des Landkreises Konstanz wäre in diesem Zusammenhang jedoch noch zu klären, ob er im Rahmen der Bündel-Ausschreibung der 17 Gemeinden nur die Verwertungsdienstleistung für diese 17 Gemeinden ausschreibt oder für den gesamten Landkreis einschließlich Stadt Konstanz (EBK), Stadt Singen (Stadtwerke Singen) und Gemeinden des Müllabfuhr-Zweckverbands (MZV).

2. Behandlung der Verwertungserlöse

Die Verwertungserlöse hinsichtlich der Wertstoffe, die bei den einzelnen Wertstoffhöfen der Gemeinden anfallen, werden derzeit von den Gemeinden verein-

nahmt und dem jeweiligen Gebührenhaushalt gutgebracht. Auskunftsgemäß möchten die Beteiligten im Ergebnis an dieser Praxis festhalten.

Mit Blick darauf, dass allein der Landkreis Konstanz zuständiger Entsorgungsträger bzgl. der Verwertung von Abfällen ist und dementsprechend die Verwertung der Abfälle im Namen und für Rechnung des Landkreises Konstanz ausgeschrieben werden müsste, stehen etwaige Verwertungserlöse im Ausgangspunkt allein dem Landkreis zu. Eine "Beteiligung" der Gemeinden an etwaigen Verwertungserlösen könnte auf folgenden Wegen erreicht werden:

- (1) Etwaige Verwertungserlöse werden im Rahmen des Vertrags über die Verwertung der Abfälle dem Landkreis Konstanz gutgebracht. Dieser berücksichtigt die Verwertungserlöse im Rahmen der Gebühr/Abgabe, die er von den Gemeinden auf der Grundlage seiner Satzung über die Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen (Abfallwirtschaftssatzung) vom 16. Dezember 2013 (vgl. § 14 ff AWS) und der Delegationsvereinbarung mit den Gemeinden (vgl. dort § 4) für die Annahme von Verwertungsabfällen zur Weiterbehandlung (Verwertung und Beseitigung) der durch die Gemeinden eingesammelten und beförderten Abfälle erhebt.

Gemäß § 17 Abs. 1 AWS ist Bemessungsgrundlage für die Höhe der Gebühr das Gewicht der angelieferten Abfälle und falls ein Wiegen nicht möglich ist, das Volumen der angelieferten Abfälle. Auskunftsgemäß wird auch im Hinblick auf die Wertstoffe – getrennt nach den einzelnen Fraktionen, z.B. Altpapier, -holz etc. – das Gewicht der angelieferten Abfälle durch Wiegen ermittelt. Es bietet sich daher an, die Verwertungserlöse auch getrennt für jede Gemeinde zu erfassen und diese Verwertungserlöse – durch Verrechnung mit den ansatzfähigen Aufwendungen des Landkreises – über die (aufgrund der Verwertungserlöse reduzierte) Gebühr des Landkreises an die Gemeinden diesen gutzubringen. Sofern der Landkreis Konstanz die Verwertung "losweise" pro Gemeinde ausschreibt, werden die Erlöse ohnehin nach Gewicht/Volumen pro Gemeinde über den jeweiligen Vertrag bezüglich der Verwertung der Abfälle aus der Gemeinde gesondert erfasst.

- (2) Herr Schmidt von der Beratungsfirma Schmidt/Bechtle GmbH, die die Gemeinden bei der Vorbereitung der neuen Bündel-Ausschreibung unterstützt, hat mit Blick auf Erfahrungen aus Nordrhein-Westfalen einen weiteren Weg aufgezeigt, den wir im Ergebnis grundsätzlich ebenfalls für gangbar hielten: In dem Vertrag über die Einsammlung und Beförderung der Abfälle wird – mit Zustimmung des Landkreises – vereinbart, dass der private Dienstleister etwaige Verwertungserlöse mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber dem

Landkreis Konstanz direkt an die Gemeinden ausbezahlt. Die Gemeinden ihrerseits könnten (und müssten gebührenrechtlich) die Verwertungserlöse in der Gebührenkalkulation ansetzen.

Mit dieser Gestaltung könnte der status quo hinsichtlich der Wertstofffassung und Behandlung der Erlöse aus der Verwertung auch hinsichtlich der Zahlungsströme beibehalten werden. Angesichts der abfallrechtlichen Zuständigkeit des Landkreises Konstanz halten wir allerdings die Variante 1, die die Zuständigkeiten und vertraglichen Beziehungen exakt abbildet, für transparenter.

Da etwaige Verwertungserlöse bei beiden Gestaltungen letztlich dem Gebührenhaushalt gutgebracht werden (müssen), halten wir beide Gestaltungen auch in abfallgebührenrechtlicher Hinsicht für vertret- und begründbar. Die Verwertungserlöse stehen im Zusammenhang mit der Verwertungsdienstleistung und sind somit einrichtungsbedingte Einnahmen, die dem Gebührenhaushalt gutgebracht werden müssen. Die Verteilung der Verwertungserlöse auf die einzelnen Gemeinden unter Zugrundelegung der in der jeweiligen Gemeinde nach Gewicht/Volumen angelieferten Mengen entspricht den diesbezüglichen Regelungen der bestehenden Abfallwirtschaftssatzung (§§ 16, 17 AWS). Die Verteilung von Kosten (und korrespondierend damit auch etwaiger Erlöse) nach dem Maßstab des Gewichts des Abfalls halten wir auch gebührenrechtlich für zulässig (vgl. Schulte/Wiesemann in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand Sept. 2007, § 6 Rn. 344 m.w.N.), sofern – was vorliegend auskunftsgemäß der Fall ist – die Wertstoffe gewogen und die Ergebnisse registriert werden.

Für weitere Rückfragen stehen wir gerne zu Ihrer Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Beatrice Fabry
- Rechtsanwältin -

Alexander Dörr
- Rechtsanwalt -