



## UPDATE VERGABERECHT

### VORGABE EINER BESTIMMTEN AUSFÜHRUNGSART IST ZU BEGRÜNDEN

#### OLG München, Beschluss vom 09.03.2018 – Verg 10/17

Bei einem Auftrag über die Entsorgung von Straßenaufbruch schrieb der öffentliche Auftraggeber verpflichtend vor, dass dieser zu 100 % der thermischen Verwertung zugeführt wird. Andere Arten der Verwertung, die nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) ebenfalls möglich gewesen wären, durften die Bieter nicht anwenden. Grundlage der Entscheidung des AG war eine Empfehlung des Landesumweltamtes. Ein Bieter rügte die Vorgabe der thermischen Verwertung. Nach dem KrWG sei stets die umweltschonendste Maßnahme zu wählen. Die vorgesehene Entsorgungsart sei jedoch nicht die umweltschonendste.

Das OLG München gab dem Bieter in zweiter Instanz Recht und verpflichtete den AG, das Verfahren zurückzusetzen und über die Vorgaben zum Umgang mit dem Straßenaufbruch neu zu entscheiden. Der AG sei zwar nicht verpflichtet, eine umfassende Ökobilanz aller in Betracht kommenden Entsorgungsverfahren zu erstellen, um die umweltschonendste Variante zu ermitteln. Wenn er aber einen bestimmten Umgang mit Abfall vorschreibe, sei er zumindest verpflichtet, die wesentlichen Vor- und Nachteile der vorgegebenen Methode gegenüber anderen Formen der Entsorgung abzuwägen. Dies habe der AG hier nicht getan, da er andere, gleichermaßen zulässige Verwertungsoptionen nicht in seine Erwägungen einbezogen habe. Somit habe der AG den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt und damit den Beurteilungsspielraum verletzt, den sein Leistungsbestimmungsrecht ihm gewährt.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Der hiesige Beschluss betrifft das Spannungsverhältnis zwischen der Leistungsbestimmungsfreiheit der Vergabestelle auf der einen und Vorgaben des KrWG auf der anderen Seite. Die Entscheidung macht deutlich, dass Auftraggeber zwar bestimmte Verwertungsmaßnahmen vorgeben können. Bei der Entscheidung für eine einzige zulässige Vorgehensweise muss der Auftraggeber aber bereits bei Erstellung der Vergabeunterlagen eine Abwägung verschiedener denkbarer Möglichkeiten vornehmen. Ein Nachschieben von Erwägungen ist insoweit nicht zulässig. Die Ausführungen des OLG zu den Auswirkungen des KrWG auf die Bestimmung der zu vergebenden Leistung können durchaus auch auf andere Rechtsfelder übertragen werden. Auftraggebern sei daher empfohlen, immer dann, wenn sie sich auf eine bestimmte Art der Leistungserbringung festlegen wollen, hiervon berührte Gesetze zu prüfen und die Gründe für den Ausschluss anderer, gesetzlich zulässiger Maßnahmen ausführlich zu dokumentieren. Sollten solche Gründe nicht in ausreichendem Maße vorliegen, ist im Zweifel zu empfehlen, mehrere denkbare Lösungswege bei der Auftragsausführung zuzulassen.