

# **Ausschreibung und Vertragsgestaltung für die Verwertung von Ersatzbrennstoffen**

**Natalie Michels**

WMRC Rechtsanwälte, Berlin

## **Tenders and Contracts for the Sale of RDF**

### **Abstract**

This article explains the issues requiring special attention by parties to contracts on the utilisation of RDF and additional issues that should be agreed upon. Since operators of MBT often act as contracting authorities, the article outlines some pertinent issues relating to public procurement rules.

### **Zusammenfassung**

Der Beitrag stellt dar, welche Fragen beim Abschluss von Verträgen über die Verwertung von Ersatzbrennstoffen (EBS) von den Vertragsparteien besonders sorgfältig diskutiert werden müssen und was darüber hinausgehend noch geregelt werden sollte. Da MBA-Betreiber häufig öffentliche Auftraggeber sind, werden außerdem einige vergaberechtliche Hinweise gegeben.

### **Keywords**

Ersatzbrennstoff, Vertrag, Lieferpflichten, Abnahmepflichten, Laufzeit, Stoffeigenschaften, Mengenunsicherheiten, Verfahrensart, Parallelausschreibung, Verlängerungsoptionen

RDF, contract, duties to supply, duties to accept, contract duration, substance attributes, uncertainty as to quantity, type of procedure, alternative calls for tender, options for extending the contract.

## **1 Vertragsgestaltung**

### **1.1 Lieferpflicht, Abnahmepflicht und Sanktionen**

Zum Betrieb seiner Anlage ist der Abnehmer von EBS abhängig von der Auslegung der Anlage regelmäßig auf deren zuverlässige Lieferung angewiesen. Daher wird er interessiert sein, nicht nur die im Bereich der Abfallwirtschaft üblichen Bring-or-pay-Verpflichtungen zu vereinbaren, bei denen für eine bestimmte Menge unabhängig von deren tatsächlicher Anlieferung gezahlt wird, sondern tatsächlich Lieferpflichten des Lieferanten der EBS zu statuieren. Der Lieferant wird versuchen, sich in möglichst geringem Umfang tatsächlich zur Lieferung zu verpflichten, umgekehrt aber eine Verpflichtung zur Abnahme der EBS zu erreichen, die von der Betriebsfähigkeit der Verwertungsanlage weitgehend unabhängig ist.

Falls die Anlage des Lieferanten z.B. wegen Stillständen nicht genügend EBS produziert, kann eine Pflicht geregelt werden, unabhängig davon EBS – der dann von anderen Herstellern abgenommen werden müsste – anzuliefern. Weil der Abnehmer regelmäßig bessere Möglichkeiten der Beschaffung von EBS haben wird, da er sich ohnehin um ausreichende Mengen für seine Anlage bemühen muss, ist es aber meist sinnvoller, dem Lieferanten lediglich Ersatzpflichten für den Fall aufzuerlegen, dass der Abnehmer die benötigten Mengen nur zu schlechteren Konditionen erlangen kann. Dies geht über eine bloße Bring-or-Pay-Verpflichtung hinaus, weil die Ersatzpflichten höher liegen können als die für die Abnahme von EBS vereinbarte Zuzahlung. Der Lieferant wird bestrebt sein, dem Abnehmer möglichst weitgehende Pflichten aufzuerlegen, um schlechtere Konditionen für die ersatzweise Beschaffung von EBS zu vermeiden. Ein Anreiz hierzu wird geschaffen, wenn die Ersatzpflicht nur für einen Teil des durch schlechtere Konditionen entstehenden Schadens besteht.

Spiegelbildlich zur Lieferpflicht sind auch Regelungen für den Fall zu treffen, dass der Abnehmer z.B. wegen Betriebsstörungen die EBS vorübergehend oder dauerhaft nicht in seiner Anlage verwerten kann. Bei vorübergehenden Annahmeschwierigkeiten ist aus Sicht des Lieferanten eine Regelung sinnvoll, die den Abnehmer dennoch zur Abnahme verpflichtet. Je nach Pufferkapazitäten beim Lieferanten kann dies aber auch anders geregelt werden, indem z.B. dem Abnehmer die Möglichkeit gegeben wird, die Abnahme in solchen Fällen kurzzeitig auszusetzen und später nachzuholen. Verstößt der Abnehmer gegen seine Abnahmepflichten, sollte er zur Tragung sämtlicher Mehrkosten einer anderweitigen Verwertung verpflichtet werden.

## 1.2 Stoffeigenschaften

Bekanntlich sind gerade bei der Mitverbrennung von EBS die konkreten Eigenschaften der EBS, insbesondere der Schadstoffgehalt, von erheblich größerer Bedeutung für dessen Nutzbarkeit als es sonst bei Entsorgungsverträgen für Abfall der Fall ist. Daher sind Festlegungen zu diesen Eigenschaften und zu den Verfahren für die Beprobung besonders wichtig. Der Lieferant wird bestrebt sein, die Zurückweisung der angelieferten EBS nur in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Anlieferung zuzulassen. Eine Beprobung durch den Abnehmer ist in diesem Zeitraum nicht möglich. Daher sind bei einer solchen Vertragsgestaltung über ein Zurückweisungsrecht hinausgehende Folgen der Abweichung der EBS von den vereinbarten Eigenschaften sinnvoll, z.B. Beschränkungen hinsichtlich zukünftiger Anlieferungen oder wiederum Verpflichtungen des Lieferanten zur Tragung entstandener Mehrkosten z.B. für eine anderweitige Entsorgung der angelieferten EBS. Lässt sich die Beschränkung des Zurückweisungsrechts auf den Zeitpunkt der Anlieferung nicht durchsetzen, sollten Pflichten zur Rücknahme der EBS zeitlich dennoch auf wenige Tage begrenzt werden.

### **1.3 Mengenregelungen**

Die in der Abfallwirtschaft üblichen Prognoseunsicherheiten hinsichtlich der Abfallmengen bestehen notwendigerweise auch bei Ersatzbrennstoffen. Üblicherweise wird daher nur ein Mengenrahmen mit einer Mindest- und einer Höchstanlieferungsmenge vereinbart. Um Kalkulationsunsicherheiten innerhalb dieses Mengenrahmens aufzufangen, werden häufig unterschiedliche Preise für verschiedene Mengenkorridore vereinbart. Zur besseren Planung sollte dann vorgesehen werden, dass die voraussichtlichen Anlieferungsmengen jährlich jeweils für das Folgejahr und monatlich für den Folgemonat konkretisiert werden. Üblich ist die Vereinbarung von Anlieferplänen, in denen dann auch eine Festlegung auf Wochen- und Tagesmengen erfolgt. Wie weit sich der Lieferant im Voraus festlegen muss, sollte sinnvoller Weise auch davon abhängig gemacht werden, wem – Lieferanten oder Abnehmer – eher Puffer, etwa in Gestalt von Lagerkapazitäten, zur Verfügung stehen, um Mengenschwankungen verkraften zu können. Das Bedürfnis von Abnehmern nach konkreten Mengenfestlegungen ist in der Praxis sehr unterschiedlich groß. Es hängt u. a. von der Anlagengröße und den vom Abnehmer bereits geschlossenen Lieferverträgen ab.

### **1.4 Laufzeiten**

Auch die von Lieferanten einerseits und Abnehmern andererseits bevorzugte Laufzeit hängt von verschiedenen Faktoren ab, so dass in der Praxis Vereinbarungen mit sehr unterschiedlichen Laufzeiten getroffen werden. Abnehmer wünschen teilweise lange Bindungen, um Investitionssicherheit zu haben, sind aber teilweise gerade im Bereich der Mitverbrennung auch mit so vielen Unsicherheiten über die dauerhafte Möglichkeit der Abnahme konfrontiert, dass sie kürzere Laufzeiten bevorzugen. Ähnlich unterschiedliche Vorstellungen bestehen bei den Lieferanten. Manche bevorzugen aus Gründen der Entsorgungssicherheit langfristige Verträge, während andere davon ausgehen, nach der erwarteten Schaffung größerer Kapazitäten für die Verwertung von EBS günstigere Konditionen erzielen zu können, also geringere Zuzahlungen leisten zu müssen. Sie wünschen daher eher kurze Laufzeiten.

Für Lieferanten ist es interessant, die Vereinbarung so genannter Laufzeitoptionen durchzusetzen und damit die Möglichkeit zu erhalten, einseitig eine Verlängerung der Vertragslaufzeit zu verlangen. Sie können dann je nach Marktgegebenheiten über die Fortsetzung des geschlossenen Vertrags entscheiden. Gerade bei Lieferanten, die öffentliche Auftraggeber sind, ist die Vereinbarung einer Laufzeitoption auch für die Abnehmer interessant. Will der Auftraggeber sich nicht länger binden als über die vereinbarte Grundlaufzeit, kann der Auftragnehmer sich durch die Einräumung der Verlängerungsoption ggf. eine Verlängerung des Vertrags sichern, ohne dass er sich einer er-

neuten Ausschreibung stellen muss. Die Ausübung bereits ausgeschriebener Verlängerungsoptionen ist nicht vergabepflichtig.

Viel Sorgfalt sollte auch auf die Formulierung von Kündigungsrechten verwandt werden. Sowohl auf Lieferanten- als auch auf Abnehmerseite können Unsicherheiten über das spätere Funktionieren noch nicht endgültig betriebener Anlagen ein Interesse an der Festlegung von Kündigungsrechten begründen. Die Kündigungsfolgen können differenziert geregelt werden und z.B. auch Zahlungen des kündigenden Vertragspartners beinhalten.

## **1.5 Weiterer Regelungsbedarf**

Nachfolgend seien noch einige Stichworte genannt, zu denen ebenfalls Regelungen im Vertrag getroffen werden sollten:

- Folgen unvorgesehener Änderungen (Gesetze, Genehmigungsbescheid etc.)
- Folgen eines Anlagenausfalls sowohl beim Lieferanten als auch beim Abnehmer
- Einzelheiten zur Anlieferung der EBS (Technik, Schnittstellen, Anlieferzeiten)
- Regelungen zur Vergabe von Unteraufträgen
- Vergütung, ggf. Regelungen zur Preisanpassung, Rechnungslegung
- Information/Überwachung, Aufbewahrung von Unterlagen, Vertraulichkeit

## **2 Ausschreibung**

### **2.1 Ausschreibungspflicht**

Häufig sind Betreiber von MBA öffentliche Auftraggeber i. S. v. § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Verträge über die Verwertung von Ersatzbrennstoffen sind als öffentliche Aufträge i. S. v. § 99 GWB anzusehen, weil der MBA-Betreiber hiermit über seine Zuzahlung eine entgeltliche Leistung, die ordnungsgemäße Verwertung seines Anlagen-Output, beschafft. Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung des BGH sogar für die Verwertung von Abfällen, für die keine Zuzahlung geleistet werden muss, sondern ein „Kaufpreis erzielt werden kann (entschieden für den „Verkauf“ von Altpapier)<sup>1</sup>. Der für die Anwendung des GWB maßgebliche Schwellenwert von 211.000 € ist i. d. R. überschritten, so dass die öffentlichen Auftraggeber bei

---

<sup>1</sup> BGH, Beschluss v. 01.02.2005, X ZB 27/04, VergabeR 2005, S. 328

der Auswahl ihres Vertragspartners für die Verwertung von Ersatzbrennstoffen das Vergaberecht beachten müssen.

## **2.2 Flexible Festlegung der Ersatzbrennstoff-Qualität im Vergabeverfahren**

### **2.2.1 Ausgangslage**

Die Eigenschaften des Ersatzbrennstoffs hängen von der Verfahrenstechnik zu dessen Herstellung ab. Verwertungsanlagen stellen ganz unterschiedliche Anforderungen an die Qualität der Ersatzbrennstoffe, z.B. bzgl. ihrer Festigkeit, der Korngröße, des Feuchtigkeitsgehalts oder des Schadstoffgehalts. Es ist also eine Abstimmung der Art und Weise der Brennstoffherstellung auf die Anforderungen der Verwertungsanlage erforderlich. Das Vergaberecht lässt aber nicht ohne weiteres Verhandlungen über die Verträge zu.

Vergaberechtlich am einfachsten ist es, wenn der Auftraggeber von feststehenden Eigenschaften des Ersatzbrennstoffs ausgeht. Dann legt er diese in den Verdingungsunterlagen abschließend fest. Es können nur diejenigen Unternehmen ein Angebot abgeben, deren Anlagen Ersatzbrennstoff der ausgeschriebenen Qualität verarbeiten können. Jede Festlegung hiervon abweichender Qualitätsanforderungen an das Angebot führt wegen unzulässiger Änderungen an den Verdingungsunterlagen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A zum zwingenden Ausschluss des Angebots. In diesem Fall wäre der Auftrag unproblematisch im Offenen Verfahren auszuschreiben, d. h. eine unbegrenzte Anzahl von Bietern würde die Möglichkeit erhalten, auf eine europaweite Bekanntmachung hin die Verdingungsunterlagen anzufordern und ein Angebot abzugeben.

Mancher Anlagenbetreiber möchte aber, gerade wenn seine Anlage noch nicht fertiggestellt ist, die Anlagenkonfiguration von der konkret genutzten Verwertungsanlage abhängig machen, die Eigenschaften der Ersatzbrennstoffe vor der Auswahl eines konkreten Auftragnehmers also noch offen halten. Dies ermöglicht es, die insgesamt kostengünstigste Lösung in Abstimmung der nötigen Aufbereitungsschritte und deren Kosten auf der einen Seite mit den Verwertungskosten auf der anderen Seite zu finden. Außerdem ist bei einer größeren Offenheit bei der Qualität des Ersatzbrennstoffs der Wettbewerb breiter, weil mehr Anlagen für die Verarbeitung des Brennstoffs in Betracht kommen. Auch dies kann wieder zu einer kostengünstigeren Lösung führen.

Flexibilität hinsichtlich der Brennstoffqualität kann im Vergabeverfahren auf zwei Wegen erreicht werden: Entweder fragt der Auftraggeber für eine bestimmte Anzahl definierter Ersatzbrennstoffqualitäten im Rahmen eines Offenen Verfahrens Alternativangebote ab, oder er führt ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog durch, im

Rahmen dessen eine individuelle Abstimmung zur Qualität des Ersatzbrennstoffs mit den Bietern erfolgt.

### **2.2.2 Verhandlungsverfahren/Wettbewerblicher Dialog zur Abstimmung der Brennstoffqualität auf die Anlage**

Ein Verhandlungsverfahren darf nur in bestimmten Ausnahmefällen durchgeführt werden. § 3 a Nr. 1 b VOL/A ermöglicht das Verhandlungsverfahren für Dienstleistungsaufträge, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen. Als Beispiel hierfür kommen komplexe und neuartige, erstmalig zu beschaffende Leistungen, etwa im Rahmen neuartiger Technologien in Betracht.<sup>2</sup> § 3 a Nr. 1 Abs. 4 c VOL/A lässt die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu, wenn die zu erbringenden Dienstleistungsaufträge dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über Offene und Nichtoffene Verfahren vergeben zu können. Dies wird bei den in der Bestimmung ausdrücklich genannten finanziellen Dienstleistungen sowie in der Regel z.B. für Forschungs- und Entwicklungsleistungen sowie die Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten angenommen.<sup>3</sup>

In einigen Vergabekammer-Entscheidungen wurde die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens sogar allgemein für die Entsorgung für Restabfall bzw. bei einer verfahrens- und standortoffenen Ausschreibung der Restabfallentsorgung nach § 3 a Nr. 1 Abs. 4 b VOL/A bzw. § 3 a Nr. 1 Abs. 4 c VOL/A für zulässig gehalten.<sup>4</sup> Diese Auffassung wird in dieser allgemeinen Form zu Recht bezweifelt.<sup>5</sup> Bei der Vergabe der Verwertung von Ersatzbrennstoffen besteht jedoch die Besonderheit, dass die Verwertungsanlagen, anders als Abfallbehandlungsanlagen bei Restabfall, sehr unterschiedliche Anforderungen an deren Qualität stellen und dass insbesondere die Mitverbrennung von EBS, die aus Siedlungsabfällen hergestellt wurden, eine neuere Form der Verwertung darstellt. Dies lässt m. E. eine Vergabe im Verhandlungsverfahren in bestimmten Fällen begründen.

In Fällen, in denen die Anlagenkonfiguration bereits endgültig feststeht und nicht mehr geändert werden soll, sind die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren nach

---

<sup>2</sup> FETT IN MÜLLER-WREDE, VOL/A, § 3 a, Rn. 95

<sup>3</sup> FETT IN MÜLLER-WREDE, VOL/A, § 3 a Rn. 104

<sup>4</sup> Vergabekammer Sachsen, Beschluss v. 13.05.2004, Az. 1/SVK/029-02; Vergabeüberwachungsausschuss Baden-Württemberg, Beschluss v. 28.05.1999, Az. 1 VÜ 7/99

<sup>5</sup> Vgl. FETT IN MÜLLER-WREDE, VOL/A, § 3 a, Rn. 108

den o. g. Tatbeständen nicht gegeben. In diesen Fällen ist es möglich, im Vorhinein die Qualität des Ersatzbrennstoffs und für dessen Entsorgung einen Gesamtpreis festzulegen. Steht allerdings die Anlagenkonfiguration noch nicht fest, besteht die Möglichkeit einer - wirtschaftlich sinnvollen – konkreten Abstimmung auf die Anforderungen an den zu erzeugenden Ersatzbrennstoff. Ein Auftrag, dem eine solche Abstimmung zugrunde liegen soll, kann nicht allein durch die Wahl des besten Angebots im Offenen oder Nichtoffenen Verfahren vergeben werden. M.E. kann der Auftraggeber nicht verpflichtet sein, die Voraussetzungen einer Offenen oder Nichtoffenen Ausschreibung durch die wirtschaftlich nicht sinnvolle vorherige Festlegung auf eine bestimmte Anlagenkonfiguration erst herbeizuführen. Somit ließe sich die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 3 a Nr. 1 Abs. 4 c VOL/A rechtfertigen.

Eine andere Möglichkeit könnte in der Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs nach § 6 a der Vergabeverordnung (VgV) bestehen, der ähnlich wie ein Nichtoffenes Verfahren mit vorgeschaltetem Dialog zwischen Vergabestelle und Bieter gestaltet ist. Dieses im Jahr 2005 durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz eingeführte neue Verfahren kann u. a. dann gewählt werden, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können. Die Verfahrensart ist für die Vergabe besonders komplexer Aufträge gedacht. Die Gesetzesbegründung und Äußerungen der EU-Kommission weisen darauf hin, dass die Zugangsvoraussetzungen zu diesem Verfahren geringer sind als beim Verhandlungsverfahren. M.E. ist aus den zum Verhandlungsverfahren angeführten Gründen auch eine Vergabe im wettbewerblichen Dialog denkbar.

Möchte ein Bieter die Wahl der Verfahrensart im Nachprüfungsverfahren beanstanden, müsste er diese gemäß § 107 Abs. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen.<sup>6</sup> Damit gewinnt der Auftraggeber noch vor Durchführung aufwändiger Verhandlungen bzw. Dialoge Sicherheit darüber, ob ihm im Nachprüfungsverfahren die Wahl der Verfahrensart vorgeworfen werden kann. Hinzu kommt, dass der Bieter, der die Wahl der falschen Vergabeart beanstandet, wenn er am Vergabeverfahren teilgenommen hat, konkret darlegen muss, dass und inwieweit er im Falle eines offenen Verfahrens ein anderes, chancenreicheres Angebot abgegeben hätte, als er dies im Rahmen des tatsächlich durchgeführten Verfahrens getan hat.<sup>7</sup> Dies wird regelmäßig schwierig sein. Deshalb bleibt das Risiko, dass ein einmal durchgeführtes Verfahren, sollte dies für unzulässig gehalten werden, tatsächlich aufgehoben wird, überschaubar.

---

<sup>6</sup> OLG Dresden, Beschluss v. 11.09.2003, Az. WVerg 0007/03; VK Thüringen, Beschluss v. 17.02.2006, Az. 001/06-G-S

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.07.2002, Verg 22/02

### 2.2.3 Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen eines Offenen Verfahrens

Wer mangels gesicherter Rechtsprechung den Verzicht auf ein Offenes Verfahren scheut und sich dennoch nicht gänzlich auf eine bestimmte Qualität der Ersatzbrennstoffe festlegen möchte, kann erwägen, zumindest Angebote für verschiedene Varianten an Brennstoffqualitäten abzufragen. Hierbei können entweder verschiedene Brennstoffqualitäten konkret festgelegt werden, oder es kann eine Bandbreite an Eigenschaften angegeben werden, die der Auftraggeber durch verschiedene Aufbereitungstechniken gewährleisten kann. Die Bieter müssen dann angeben, welche Qualität ihrem Angebot zugrunde liegen soll.

Die Vergabekammern und – senate stehen der Ausschreibung von Alternativvarianten kritisch gegenüber. Sofern die Ausschreibung verschiedener Varianten dem Ziel dient, erst die wirtschaftlichste Gesamtkonzeption für den Auftraggeber zu ermitteln und hiermit Planungsdefizite auszugleichen, liegt eine Ausschreibung für vergabefremde Zwecke, nämlich zur Markterkundung, nahe. Dies würde, so z.B. das OLG Celle und das OLG Saarbrücken, gegen § 16 Nr. 2 VOL/A verstoßen.<sup>8</sup>

Dieser Vorwurf kann bei der Ausschreibung der Verwertung mehrerer Varianten an Brennstoffqualitäten aber m.E. nicht erhoben werden. Eine solche Ausschreibung dient nicht lediglich der Markterkundung bzw. der Feststellung des günstigsten Verfahrens, sondern bereits der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, dass der Auftraggeber sein Ziel einer wirtschaftlichen Vergabe durch Durchführung einer Markterkundung und die nachfolgende Ausschreibung einer bestimmten Brennstoffqualität nicht erreichen könnte. Würde der Auftraggeber auf bloße Auskünfte hin seine Anlage auf eine bestimmte Brennstoffqualität ausrichten, würde er sich bereits auf einen begrenzten Bieterkreis festlegen, ohne dass zuvor ein Wettbewerb stattgefunden hätte. Damit wäre eine Anzahl weiterer potentieller Bieter, die in ihren Anlagen die so festgelegten Brennstoffqualitäten nicht verarbeiten können, von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen, was im Sinne eines größtmöglichen Wettbewerbs nicht erwünscht sein kann. Diese Überlegung wird bestätigt durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, die es unter Verweis auf die grundsätzlich notwendige technikoffene Ausschreibung zur Gewährleistung eines größtmöglichen Wettbewerbs für zulässig hielt, die vom Auftraggeber festgestellten technisch machbaren Varianten nach einem einheitlichen Teilnahmewettbewerb parallel auszuschreiben.<sup>9</sup> Auch vorliegend ermöglicht die Ausschreibung von Varianten an Ersatzbrennstoffqualitäten

---

<sup>8</sup> OLG Saarbrücken, NZBau 2000, S. 158, S. 162; OLG Celle, Beschluss v. 08.11.2001, Az. 13 Verg 9/01 sowie Vergabekammer Thüringen, Beschluss v. 20.03.2001, Az. 216-4003.20-001/01-SHL-S

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.07.2006, Verg 19/06



eine größtmögliche Technikoffenheit und damit größtmöglichen Wettbewerb. Das OLG Celle betonte in seiner o. g. Entscheidung auch, dass es nicht jede Alternativ- bzw. Parallelausschreibung für unzulässig hält, wenn berechnete Interessen der Bieter im Hinblick auf einen unzumutbaren Arbeitsaufwand gewahrt werden.

Als problematisch wird eine Abfrage von Alternativangeboten aber häufig auch vor dem Hintergrund der Pflicht zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 8 VOL/A) und zur Gewährleistung von Transparenz bei der Vergabe angesehen.<sup>10</sup> Werden Alternativpositionen ausgeschrieben, liegt nämlich die Gefahr nahe, dass den Bietern einerseits Klarheit darüber fehlt, welche Leistung sie letztendlich kalkulieren sollen, andererseits Klarheit darüber, nach welchen Kriterien der Auftraggeber sich für eine der Varianten und damit für das zu bezuschlagende Angebot entscheidet. Beiden Pflichten lässt sich aber, wie die einzelnen Beanstandungen der ergangenen Entscheidungen zur Ausschreibung alternativer Leistungen zeigen, durch geschickte Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen Rechnung tragen:

Allen ergangenen skeptischen Entscheidungen ist gemeinsam, dass jeweils entweder eine sehr hohe Anzahl verschiedener Varianten und Optionen ausgeschrieben war bzw. die Art und Weise der Leistungserbringung gänzlich zur Disposition stand oder dass keinerlei Kriterien für die Entscheidung des Auftraggebers für eine der Varianten angegeben waren.<sup>11</sup> Die Beanstandungen lagen also vorrangig im Bereich der fehlenden eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und der fehlenden Transparenz der Vergabeentscheidung. Diese Beanstandungen lassen sich bei der Ausschreibung unterschiedlicher Qualitäten an Ersatzbrennstoffen vermeiden.

So hat das OLG Düsseldorf die Ausschreibung von Alternativpositionen auch für zulässig gehalten, wenn und soweit ein berechtigtes Bedürfnis des öffentlichen Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen

---

<sup>10</sup> OLG Celle, Beschluss v. 08.11.2001, Az. 13 Verg 9/01; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.08.2002, Verg 25/02 u. Beschluss v. 24.03.2004, IVV Verg 7/04

<sup>11</sup> OLG Celle, Beschluss v. 08.11.2001, Az. 13 Verg 9/01: Ausschreibung sechs ganz verschiedener Varianten der Abwasserbehandlung, für die u.a. noch offen stand, ob letztlich überhaupt Dienst- oder Bauleistungen vergeben würden, ohne Angabe von Kriterien für die Wahl der zu bezuschlagenden Variante; OLG Saarbrücken, NZBau 2000, S. 158, S. 162: insgesamt 50 Lose mit zahlreichen Optionen, die ein ähnliches Gewicht hatten wie die Hauptleistung und ihrerseits wieder Alternativen beinhalteten; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.08.2002, VII Verg 25/02: alternative Ausschreibung eines mobilen Offline- oder Online-Einzugs von Verwarnungsgeldern mittels Kartenzahlung unzulässig, weil in diesem Fall die technische Gesamtleistung offen stehe; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.03.2004, VII Verg 7/04: Ausschreibung für den Neubau der Fassade eines Rathauses in drei verschiedenen Fassadenvarianten mit wiederum fünf verschiedenen Sonnenschutzvarianten, ohne dass Kriterien dafür angegeben waren, welche Erwägungen die Auswahl einer der Varianten leiten würden

offen zu halten und wenn er durch Gestaltung seiner Ausschreibungsbedingungen so weit wie möglich die Transparenz des Vergabeverfahrens wahrt und einer Manipulation der Vergabeentscheidung vorbeugt. Hierzu müsse der Auftraggeber insbesondere die Kriterien bekannt geben, die für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Alternative maßgeblich sein sollen. Die Vergabekammer Lüneburg hat bereits 2001 entschieden, dass eine Ausschreibung von Alternativvarianten bei nachvollziehbaren Beweggründen und transparenter Vorgehensweise zulässig ist (für die Alternative zweiwöchige oder vierwöchige Hausmüllabfuhr).<sup>12</sup>

Der Auftraggeber sollte sich bei der Leistungsbeschreibung demnach auf einige klar beschriebene Varianten an Ersatzbrennstoffqualitäten beschränken, für die der Bieter je nach seiner eigenen Wahl ein Angebot abgeben kann. An einer eindeutigen Leistungsbeschreibung würde es in diesem Fall nicht fehlen. Zur Gewährleistung der Transparenz der Vergabe müssten die Gesamtkosten der Aufbereitung einerseits und der Verwertung andererseits benannt werden und konkrete Angaben zu den Kosten der Herstellung der unterschiedlichen Brennstoffqualitäten gemacht werden. Werden diese dann der Bewertung der Wirtschaftlichkeit zugrunde gelegt, kann jeder Bieter selbst anhand dieser Angaben und seines gebotenen Preises seine Chancen im Vergabeverfahren einschätzen. So ist die Transparenz gewahrt und sind Manipulationen ausgeschlossen.

Im Ergebnis lässt sich m.E. bei transparenter Gestaltung der Verdingungsunterlagen eine Abfrage von Angeboten für mehrere Materialqualitäten vergaberechtlich rechtfertigen. Auch hier gilt im übrigen wieder, dass der Bieter die Ausschreibung von Varianten rechtzeitig rügen müsste, um diese Beanstandung später in einem Nachprüfungsverfahren noch vorbringen zu können.

### **2.3 Flexibilität bei der Laufzeit**

Weil noch immer nicht klar ist, wie sich die Kapazitäten und Preise für die Verwertung von Ersatzbrennstoffen entwickeln, ist es für Auftraggeber von besonderem Interesse, die Laufzeit der Verwertungsaufträge weitgehend offen zu halten. Je nach vereinbarten Konditionen und Marktentwicklung kann dann flexibel entschieden werden, ob an den geschlossenen Verträgen festgehalten werden oder ob die Leistung neu vergeben werden soll.

Zur Risikostreuung ist denkbar, mehrere (Mengen-)Lose (§ 5 VOL/A) zu bilden, für die unterschiedliche Laufzeiten gelten. Dies hat gleichzeitig den Vorteil, dass sich je nach

---

<sup>12</sup> Vergabekammer Lüneburg, Beschluss v. 12.11.2001, Az. 203-VgK-19/2001

bestehenden Kapazitäten und ausgeschriebener Menge ein größerer Bieterkreis betiligen kann.

Denkbar ist es auch, einseitig zugunsten des Auftraggebers eine Option zur Laufzeitverlängerung vorzusehen. Zwar ist die Ausschreibung von Optionen nur begrenzt zulässig. Wie bei der Ausschreibung von Varianten bestehen Bedenken wegen des Gebots einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 8 VOL/A) sowie im Hinblick auf die gebotene Transparenz und Manipulationsfreiheit der Vergabeentscheidung. In der Tendenz wird davon ausgegangen, dass Optionen nur 10 % des Gesamtwerts des Auftrags ausmachen dürfen.<sup>13</sup> Die Vergabekammer Lüneburg hat jedoch für Laufzeitoptionen einen großzügigeren Maßstab angelegt und eine Option für zulässig gehalten, die insgesamt eine Verlängerung des Vertrags um mehr als 50 % der Laufzeit ermöglichte.<sup>14</sup> Die Vergabekammer legte allerdings wohl im Hinblick auf die Kalkulierbarkeit der Leistung Wert darauf, dass dem Auftragnehmer die Ausübung der Option frühzeitig angekündigt wird, damit er hinsichtlich der Auslastung seiner Kapazitäten entsprechend disponieren kann. Unter Beachtung dieser Voraussetzungen kann die Laufzeit durch Verlängerungsoptionen flexibilisiert werden. Ähnliches wird für Kündigungsmöglichkeiten für den Auftraggeber gelten müssen. Natürlich muss der Auftraggeber vor der Ausschreibung – etwa durch Markterkundung – prüfen, ob der Markt bereit ist, sich auf entsprechende Unsicherheiten bei der Laufzeit einzulassen.

Weiterhin können künftige Handlungsmöglichkeiten durch Vereinbarung nur geringer Mindestanlieferungsmengen offen gehalten werden. Dies hilft natürlich nur, wenn keine Vereinbarung getroffen wird, dass alle anfallenden Mengen dem Auftragnehmer anzuliefern sind. Insgesamt sollte die Mengenbandbreite sowohl aus vergaberechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Erwägungen nicht zu groß gewählt werden, weil der Auftragnehmer die Freihaltung ggf. später nicht vom Auftraggeber in Anspruch genommener Kapazitäten in seine Preise einkalkulieren wird. Später kann der Auftraggeber dann entscheiden, ob er die über die Mindestmenge hinausgehenden Mengen an den Auftragnehmer liefert oder anderweitig vergibt. In jedem Fall sollten Preise für verschiedene Mengenkorridore abgefragt werden. Das Vergaberecht verbietet die Abfrage einheitlicher Preise für zu große Mengenspannen.<sup>15</sup> Für die Anlieferung größerer Mengen werden die Bieter außerdem i.d.R. geringere Preise kalkulieren. So sind die zu erwartenden Kalkulationsaufschläge dann nur für den Fall zu zahlen, dass tatsächlich nur geringe Mengen angeliefert werden.

---

<sup>13</sup> OLG Saarbrücken, NZBau 2000, S. 158 ff.

<sup>14</sup> Vergabekammer Lüneburg, Beschluss v. 12.11.2001, Az. 203-VergK 19/01

<sup>15</sup> Vergabekammer Lüneburg, Beschluss v. 12.11.2001, Az. 203 VergK 19/01

### **3 Zusammenfassung**

Beim Abschluss von Verträgen über die Verwertung von Ersatzbrennstoffen ist die Festlegung der Stoffeigenschaften nebst den Folgen bei Abweichung von erheblicher Bedeutung. Anders als sonst bei Verträgen zur Abnahme von Abfällen ist der Abnehmer des Ersatzbrennstoffs außerdem tatsächlich auf dessen Lieferung angewiesen, so dass ihm mit den sonst üblichen bring-or-pay-Verpflichtungen allein häufig nicht gedient ist. Schließlich besteht aufgrund der derzeitigen Marktunsicherheiten ein erhebliches Interesse an flexiblen Regelungen zu den Liefermengen und der Laufzeit.

Verträge öffentlicher Auftraggeber über die Verwertung der heizwertreichen Fraktion bzw. über die Verwertung der vom Betreiber hergestellten Ersatzbrennstoffe sind als öffentliche Aufträge anzusehen und daher europaweit auszuschreiben. M.E. kann ein Verhandlungsverfahren oder der wettbewerbliche Dialog gewählt werden, um eine individuelle Abstimmung zwischen Auftraggeber und Bieter zu den Ersatzbrennstoff-Eigenschaften zu ermöglichen. Dem Wunsch der Vertragsparteien nach größtmöglicher Flexibilität z.B. bei Mengen und Laufzeit kann in einem gewissen Rahmen durchaus Rechnung getragen werden, ohne hierbei vergaberechtliche Pflichten zu verletzen.

### **4 Literatur**

Müller-Wrede 2001 Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage

#### **Anschrift der Verfasserin**

Rechtsanwältin Dr. Natalie Michels  
WMRC Rechtsanwälte  
Chausseestr. 5  
10115 Berlin  
Telefon +49 030 28 88 48 3 0  
Email: [michels@wmrc.de](mailto:michels@wmrc.de)  
Website: [www.wmrc.de](http://www.wmrc.de)