



Thementisch Bau am 20.11.2023

Ersatzbaustoffverordnung in der Praxis der Bauvergabe



Aus einen Blick

- **Gründungsjahr:** 1963 in Köln
- **Standorte:** Köln, Berlin, Brüssel, Hamburg, München
- **Strategische Schwerpunkte:**
Unternehmen & Finanzen
Personal & Sozialwesen
Geistiges Eigentum, Medien & IT
Bau & Immobilien
Verwaltung & Wirtschaft
- Innerhalb unserer Schwerpunkte bieten wir das gesamte Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen an.
- Mit rund 90 Anwältinnen und Anwälten gehört unsere Sozietät zu den Top 50 Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

DACHZEILE

Überblick

1. Vorgaben der Ersatzbaustoffverordnung für die Bauvergabe
2. Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung
3. Eignungsanforderungen
4. Zuschlagskriterien
5. Vertragliche Vorgaben
6. Auftragsänderungen nach Zuschlagserteilung

1. Vorgaben der ErsatzbaustoffV für Bauvergaben

- Die ErsatzbaustoffV /EBV regelt insbesondere den Einbau von mineralischen Ersatzbaustoffen in technische Bauwerke
- Ersatzbaustoffe werden nur als Abfall angesprochen: Bodenaushub beim einem Bauvorhaben, der planmäßig wieder eingebaut wird, ist bereits kein Abfall, sodass die Verordnung insoweit nicht gilt
- Die VO regelt gegenüber dem bisherigen Rechtsstand neu eine Klassifizierung und damit verbundene Untersuchungspflichten (§§ 14 ff. EBV)
- Folgen bei bereits vergebenen Bauaufträgen: u.U. deutlich erhöhte Kosten für Lagerung/Beprobung und damit Nachtragsforderungen der ausführenden Unternehmen

1. Vorgaben der EBV für Bauvergaben

- § 19 Abs. 1: Der Bauherr darf mineralische Ersatzbaustoffe oder Gemische in technische Bauwerke nur einbauen, wenn nachteilige Veränderungen der Grundwasserbeschaffenheit und schädliche Bodenveränderungen nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 nicht zu besorgen sind
- § 19 Abs. 4: Der Einbau von mineralischen Ersatzbaustoffen oder Gemischen in technische Bauwerke darf nur in dem für den **jeweiligen bautechnischen Zweck erforderlichen Umfang** erfolgen. Bedeutet: keine unnötige Volumenerhöhung, die dann faktisch einer Beseitigung gleichkäme, aber kein Verhältnisgebot zu sonstigen Baustoffen.
- § 19 Abs. 5: Gemische dürfen nur zur Verbesserung der bautechnischen Eigenschaften hergestellt werden.

DACHZEILE

1. Vorgaben der ErsatzbaustoffV für Bauvergaben

- § 2 Nr. 3: technisches Bauwerk:
 - jede mit dem Boden verbundene Anlage oder Einrichtung hierzu gehören insbesondere
- a) Straßen, Wege und Parkplätze,
- b) Baustraßen,
- c) Schienenverkehrswege,
- d) Lager-, Stell- und sonstige befestigte Flächen,
- e) Leitungsgräben und Baugruben, Hinterfüllungen und Erdbaumaßnahmen, beispielsweise Lärm- und Sichtschutzwälle und
- f) Aufschüttungen zur Stabilisierung von Böschungen und Bermen.

2. Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung

- **§ 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A:** Die geforderten Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Leistungen 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.
- Daher kann der AG durchaus vorgeben, dass nicht neu hergestellte, sondern recycelte bzw. Ersatzbaustoffe verwendet werden sollen, solange dies auftragsbezogen und angemessen ist.

2. Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung

- **§ 7 EU Abs. 2 VOB/A:** 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 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.
- **Vorgabe zum anteiligen Einbau von Ersatzbaustoffen ist keine Produktvorgabe**, da kein Verweis auf eine bestimmte Produktion oder einen bestimmten Hersteller. Entsprechende Baustoffe sind am Markt frei zu erwerben.
- Daher **kann** der Auftraggeber einen anteiligen Einbau von Ersatzbaustoffen in seiner Leistungsbeschreibung **vorgeben**.

2. Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung

- Ebenso kann der AG die Verwendung aus seiner Sicht gefahrträchtiger oder nicht geeigneter Ersatzbaustoffe auch **untersagen**.
- So verfährt aktuell z.B. die Deutsche Bahn, die den Einbau der in § 20 Abs. 1 ErsatzbaustoffV genannten (zusätzlichen Einbaubeschränkungen unterliegenden) Materialien
- Der AG kann daher vorgeben, ob und wenn ja welche Ersatzbaustoffe verwendet werden dürfen und auch wo örtlich die Verwendung zugelassen wird.

2. Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung

- Für Verfüllungen von Abgrabungen, die vor dem 16.7.2021 für den Einbau von nicht aufbereitetem Bodenmaterial verfügen, gilt eine Übergangsfrist von 8 Jahren (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 EBV).
- Ist eine solche Abgrabung in der Nähe des BV vorhanden, kann der AG in der Leistungsbeschreibung darauf hinweisen, damit die Bieter eine daraus folgende günstigere Entsorgungsmöglichkeit kalkulatorisch nutzen können.

3. Eignungsanforderungen

- Auf der Ebene der Eignungsanforderungen an den Bieter dürfte es bezogen auf klassische Bauunternehmen keine Veränderungen geben. Soweit das Bauvorhaben dies erfordert kann Erfahrung mit dem Umgang mit etwa besonders belasteten Böden gefordert werden.
- Anders bei unmittelbaren Aufträgen an Aufbereitungsanlagen; hier kann das Prüfzeugnis über den Eignungsnachweis als Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit verlangt werden.

4. Zuschlagskriterien

- § 127 Abs. 1 GWB: 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 oder den Kosten auch qualitative, **umweltbezogene** oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.
- Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung **oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung** bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

4. Zuschlagskriterien

- Denkbar wäre daher zB eine **positive Bewertung eines möglichst hohen Anteils von Ersatzbaustoffen**
– begrenzt freilich auf den nach § 19 Abs. 4 EBV zulässigen Rahmen (für den bautechnischen Zweck erforderlicher Umfang)
- Bei (teil-)funktionaler Ausschreibung kann auch ein **Konzept zur Vermeidung von Abfällen und zur möglichst weitgehenden Einbindung von Ersatzbaustoffen** gefordert und bewertet werden.

5. Vertragliche Vorgaben

Insbesondere folgendes Aspekte sind zu regeln:

- Zuständigkeit für die Prüfung der Einbauanforderungen (etwa im Rahmen der Bauüberwachung)
- Vorsehung eines Antrags an den AG zur Freigabe des Einbaus unter Beifügung von Nachweisen
- Verpflichtung des AN zur Wahrung der Untersuchungspflichten zur Klassifizierung des anfallenden Bodenmaterials
- Verpflichtung des AN zum Nachweis der Fachkunde der jeweiligen Probenehmer
- Verpflichtung des AN zur Umsetzung der Dokumentationspflichten aus der EBO
- Verpflichtung des AN zur Übergabe einer Kopie/Ausfertigung der Lieferscheine zum Nachweis der
- Wo sinnvoll Vereinbarungen mit Dritten, die nicht auf dem Baugrundstück benötigten Bodenaushub für Baumaterial benötigen – ggf. kann dadurch die Abfalleigenschaft entfallen mit Vorteilen für beide Seiten

6. Änderungen nach Zuschlagserteilung

Ergeben sich für Bauaufträge, die vor Inkrafttreten der EBV geschlossen wurden, Änderungen für den/die Auftragnehmer, so gilt § 132 GWB:

- (1) **Wesentliche** Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn
- (...)
- 2. mit der Änderung das **wirtschaftliche Gleichgewicht** des öffentlichen Auftrags **zugunsten** des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
- 3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags **erheblich ausgeweitet** wird oder

DACHZEILE

6. Änderungen nach Zuschlagserteilung

Bagatellgrenze des § 132 Abs. 3 GWB:

- (3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung
1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und
 2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

6. Änderungen nach Zuschlagserteilung

Zulässigkeit von wesentlichen Änderungen im Übrigen:

(3) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungs Klauseln oder Optionen vorgesehen sind,
2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann ~~und~~ oder b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder

6. Änderungen nach Zuschlagserteilung

Daher ist insbesondere folgendes zu beachten:

- Nachtragsbeauftragungen **mit Entgelterhöhung** nur, wenn a) effektiv höhere Anforderungen eingetreten sind, die b) nicht vorhersehbar bzw. deren Einhaltung nicht ohnehin geschuldet war (ansonsten Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN)
- Berechtigte Nachtragsbeauftragungen mit bis zu 10% Zusatzkosten (sofern nicht vorher bereits ausgeschöpft) erfordern keine Begründung und keine sonstigen Vorkehrungen
- Darüber hinausgehende Zusatzbeauftragungen bedürfen der **Begründung** (meist nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 und/oder 3. Diese sind nach § 132 Abs. 5 GWB **im EU-Amtsblatt bekannt zu machen.**

Fragen & Diskussion



Ansprechpartner

Andreas Haupt

Rechtsanwalt | Partner

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

CBH Rechtsanwälte
Habsburgerring 24
50674 Köln

T +49 221 95 190-90

M +49 173 7020727

E a.haupt@cbh.de

CBH RECHTSANWÄLTE

STANDORTE

CBH KÖLN

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Habsburgerring 24
50674 Köln

T +49 221 95 190-0
F +49 221 95 190-90
E koeln@cbh.de

CBH MÜNCHEN

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Ismaninger Straße 65a
81675 München

T +49 89 24 88 200-50
F +49 89 24 88 200-55
E muenchen@cbh.de

CBH BERLIN

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Franklinstraße 28/29
10587 Berlin

T +49 30 21 300 221-80
F +49 30 21 300 221-99
E berlin@cbh.de

CBH HAMBURG

Der Standort Hamburg wird betrieben von der
VON SCHULTZ Rechtsanwaltskanzlei

Tesdorpfstraße 8
20148 Hamburg

T +49 40 4142 99-0
F +49 40 4142 99-22
E hamburg@cbh.de

CBH BRÜSSEL

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Avenue de Cortenberg 52
1000 Brüssel | Belgien

T +32 2 808 69-41
E brussels@cbh.de

