Anlage 2 zur Vorlage 119d/2023

Rechtsabteilung
Gesch.Z.: /030

Tübingen, 07.06.2023
Tel.: 1030 Kieninger

An
EBM Soehlke
KST – Fr. Ibrahimovic

Weiterführung Müllabfuhr

Zusammenfassung

1. Eine Anpassung des bestehenden Vertrages ist vergaberechtlich nicht möglich.
2. Eine Übertragung der Abfallentsorgung auf die Universitätsstadt Tübingen dergestalt, dass die Universitätsstadt Tübingen Aufgabenträger (öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger) wird und damit die Gebührenhoheit erhält, ist nicht möglich.
3. Eine interkommunale Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Abfallentsorgung mit dem Landkreis Tübingen ist nicht möglich.
4. Einzige Möglichkeit zu einer rechtssicheren, aber nur mittelfristig und kostendeckenden Weiterführung der Müllabfuhr durch die KST, wäre die Beteiligung der Universitätsstadt Tübingen mit einem kostendeckenden Angebot in einer möglichen Ausschreibung des Landkreises Tübingen.

A. Ausgangslage

I.
Die Pflichten zur Abfallentsorgung treffen gem. § 20 KrWG (Kreislaufwirtschaftsgesetz) die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Dies ist gem. § 6 Abs. 1 LKreiWiG (Landes-Kreislaufwirtschaftsgesetz) der Landkreis Tübingen.
Nach § 6 Abs. 2 LKreiWiG (§ 6 Abs. 3 AbfG a.F.) besteht die Möglichkeit, dass die Landkreise die Gemeinden auf deren Antrag mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung u.a. dem Einsammeln von Abfällen und Befördern von Abfällen beauftragen.

II.
Eine solche Vereinbarung besteht seit 1994 zwischen dem Landkreis Tübingen und der Universitätsstadt Tübingen (zuletzt neu gefasst am 29.03.2012). Die Universitätsstadt Tübingen lässt diese Aufgabe von ihrem Eigenbetrieb Kommunale Servicebetriebe Tübingen (KST) ausführen.
Nach der Vereinbarung vom 29.03.2012 erhält die Stadt ab dem 01.01.2013 die nach dem Kommunalabgabengesetz zulässigen, tatsächlich anfallenden Kosten erstattet. Die Kosten werden nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ermittelt. Die zu erstattenden Kosten werden auf einen Maximalbetrag von 1.157.844,62 € begrenzt. Zum Ausgleich der erhöhten Personalkosten der Stadt erhält sie einen Zuschlag von 74.345,37 €/Jahr zu dem gem. § 5 ermittelten Maximalbetrag. Dieser Zuschlag unterliegt nicht der Preisgleitung gem. § 5. Trotz der in § 5 enthaltenen Preisgleitklausel ist die dadurch ermittelte Vergütung einschließlich des Personalkostenzuschusses nicht

ausreichend um die Kosten der KST zu decken und notwendige Investitionen zu tätigen.
Die Vereinbarung vom 29.03.2012 verlängert sich aktuell gem. § 9 Abs. 2 um jeweils ein Jahr, wenn die Vereinbarung nicht von der Stadt oder dem Landkreis spätestens 18 Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit gekündigt wird.

III.
Zu prüfen ist daher, ob die Universitätsstadt Tübingen weiterhin rechtssicher, langfristig und kostendeckend mit dem Einsammeln und Befördern von Abfällen vom Landkreis beauftragt werden kann.

B. Möglichkeiten der Weiterbeauftragung der Universitätsstadt Tübingen

I. Verlängerung des bestehenden Vertrags mit Kostenanpassung und längerer Vertragsdauer (> 6 Jahre)

1. Vereinbarung unterfällt dem EU-Vergaberecht
   a) Die Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der Universitätsstadt Tübingen über die Durchführung der Abfallabfuhr im Stadtgebiet Tübingen ist ein öffentlicher Auftrag im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Öffentliche Aufträge sind danach entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferungen von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Der Landkreis Tübingen ist öffentlicher Auftraggeber im Sinn des § 99 Nr. 1 GWB. Der Begriff des Unternehmens ist im GWB nicht legal definiert. Er ist weit zu verstehen und bezeichnet jeden Rechtsträger, gleich welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätigt. Auch die Universitätsstadt Tübingen bzw. der Eigenbetrieb KST der Stadt Tübingen kann mithin ein Unternehmen im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB sein. Auch die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen eines öffentlichen Auftrags im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB (entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen) sind erfüllt.

   b) Der Qualifizierung der Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der Universitätsstadt Tübingen als öffentlicher Auftrag im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB steht nicht entgegen, dass entsprechende Vereinbarungen über das Einsammeln und Befördern von Abfällen nach § 6 Abs. 3 LAbfG a. F. auch anstelle einer Aufgabenübertragung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LAbfG a. F. geschlossen werden konnten. Auch nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr.2 LKreiWiG können die Landkreise die Gemeinden auf deren Antrag mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung des Einsammelns von Abfällen und des Beförderns von Abfällen beauftragen. Die durch § 6 Abs. 3 LAbfG a. F. bzw. durch § 6 Abs. 2 Satz 1 LKreiWiG eröffnete Möglichkeit, die Gemeinden mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung bestimmter Abfallentsorgungsaufgaben zu beauftragen, verdrängt das bundesrechtlich geregelte Vergaberecht nicht. Dieses hat vielmehr Vorrang. Eine Beauftragung nach § 6 Abs. 3 LAbfG a. F. bzw. § 6 Abs. 2 LKreiWiG hat deshalb die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten.

c) Die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien interkommunalen Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB liegen nicht vor.
Zum einen ist Voraussetzung für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit (Instate-Vergabe), dass es sich um eigene Aufgaben der beteiligten Körperschaften handelt. Dies ist hier nicht der Fall, s. unten V.).
Zum anderen muss die interkommunale Zusammenarbeit auf einem gemeinsamen Konzept mit wechselseitigen Beiträgen beruhen. Eine Zusammenarbeit wie im Falle der vorliegenden Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der Universitätsstadt Tübingen, bei dem der eine Teil die Leistung erbringt und sich die Beteiligung des anderen Teils auf die Entrichtung eines Entgelts beschränkt, ist für eine Kooperation i.S. der Rechtsprechung des EuGHs nicht ausreichend. (Urt. v. 04.06.2020 - C-429/19 [Remondis ./. Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel]; Urt. v. 21.12.2016 – C-51/15 [Remondis ./.Region Hannover]; OLG Koblenz Beschl. v. 18.03.2018 – Verg 4/17)

2. Zulässige Vertragsänderung gem. § 132 GWB
Die Voraussetzungen unter denen eine Vertragsänderung/Vertragsanpassung ohne neues Vergabeverfahren vorgenommen werden kann sind in § 132 GWB geregelt.

a) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern gem. § 132 Abs. 1 GBW 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 nach § 132 Abs. 1 GWB insbesondere dann 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, […]

Unter Ziff. 2 fallen u.a. Preisanpassungen (BeckOK, § 132 GWB Rn. 41 m.w.N.). Schon diese Änderung ist deshalb als wesentliche Änderung anzusehen.
Unter Ziff. 3 fallen wiederum Vertragsverlängerungen (BeckOK, § 132 Rn. 42 m.w.N), sodass mit auch damit eine wesentliche Änderung des Auftrags vorliegt.

b) Ein Ausnahmetatbestand i.S. des § 132 Abs. 2 GWB ist nicht ersichtlich. Zwar ist nach der Ziff. 1 u.a. eine Preisanpassung möglich, wenn sie im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war. Diese Voraussetzung läge zwar mit der vereinbarten Preisgleitklausel vor. Diese Preisgleitklausel ist allerdings nicht ausreichend, um die für eine kostendeckende Aufgabenerledigung durch die KST erforderliche Preisanpassung zu erzielen.

c) Nach § 132 Abs. 3 GWB wäre eine Vertragsanpassung ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung
1. die jeweiligen Schwellenwerte (aktuell 215.000€ für Liefer- und Dienstleistungsverträge) 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 aufeinanderfolgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.
Diese Voraussetzungen dürften jedenfalls bei einer längerfristigen Weiterführung nicht vorliegen.

d) Die Voraussetzungen für eine Änderung des Vertrags ohne neues Vergabeverfahren liegen nicht vor.

3. Ergebnis

Eine Änderung des bestehenden Vertrages zwischen dem Landkreis Tübingen und der Universitätsstadt Tübingen mit einer Erhöhung der Entgelte und einer verlängerten Vertragslaufzeit ist vergaberechtlich nicht zulässig.

II. Neuausschreibung durch Landkreis

Bei einer Neuausschreibung des Landkreises kämen folgende Möglichkeit für die Beauftragung der Universitätsstadt Tübingen in Betracht:

a) Direktauftrag / Verhandlungsverfahren mit nur einem Teilnehmer §§ 14 Abs. 4, 17 VGV
Hierfür liegen die Voraussetzungen nicht vor.

b) Herausnahme eines Loses (Stadtgebiet Tübingen) nach § 3 Abs. 9 VGV

Wenn der Landkreis die Leistungen neu ausschreibt, besteht unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 9 VGV die Möglichkeit einzelne Lose ohne EU-Verfahren auszuschreiben, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.
Diese Voraussetzungen liegen indes nicht vor.

c) Beteiligung mit einem wettbewerbsfähigen Angebot

Zuletzt besteht die Möglichkeit, dass die Universitätsstadt Tübingen sich an einer Ausschreibung des Landkreises mit einem kostendeckenden Angebot beteiligt. Sollte sie dabei Alleinbieter sein oder das günstigste Angebot abgeben, kann der Landkreis darauf den Zuschlag erteilten.
Die Beteiligung von Kommunen als Bieter an Ausschreibungen ist aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich möglich. Es sind allerdings im Einzelfall die Beschränkungen des Kommunalwirtschaftsrechts zu prüfen und insbesondere die Beschränkungen der Tätigkeit zu beachten, die sich aus dem Örtlichkeitsprinzip ergeben. (Gaßner, Groth, Siederer & Coll. Partnerschaft von Rechtsanwälten, Rechtsgutachten im Auftrag des Landes Baden-Württemberg zur interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfällen - https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/2_Presse_und_Service/Publikationen/Umwelt/Gutachten_Interkommunale_Zusammenarbeit_Bioabfall.pdf)

Hier dürften dann in jedem Fall die anfallenden Kosten vom Landkreis Tübingen in seiner Gebührenkalkulation fehlerfrei zugrunde gelegt werden können.

III. Übertragung der Abfallentsorgung an Universitätsstadt Tübingen (Delegation)

Eine Übertragung der Abfallentsorgung an die die Universitätsstadt Tübingen für ihr Stadtgebiet mit der Folge, dass die Universitätsstadt Tübingen öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger i.S. des Abfallrechts wird und damit auch die Gebührenhoheit übergeht, ist nicht möglich.
Diese Möglichkeit war zwar nach der alten Rechtslage in § 6 Abs. 2 LAbfG BW 2008 enthalten. Der Landesgesetzgeber hat dies in der Neufassung des Abfallrechts im LKreiWiG BW 2020 nicht mehr vorgesehen. Die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 16/9191) führt dazu aus:
„Nach Absatz 2 ist eine Aufgabenübertragung von den Landkreisen auf die Gemeinden auf deren Antrag künftig nur noch zur verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung der Aufgaben möglich. Die nach dem LAbfG bisher vorgesehene Pflichten- und Aufgabenübertragung einschließlich der örE-Funktion und-Eigenschaft durch die Landkreise auf Gemeinden ist nicht mehr möglich."

IV. Gründung eines Abfallverbands § 8 LKreiWiG

Die Gründung eines Abfallverbands i.S. des § 8 LKreiWiG durch den Landkreis Tübingen und die Universitätsstadt Tübingen ist nicht möglich, da diese Art der Zusammenarbeit nach § 8 Abs. 1 LKreiWiG nur öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern offensteht.

V. Möglichkeiten nach GKZ BW (Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit)

Nach § 1 GKZ BW können Gemeinden und Landkreise zur kommunalen Zusammenarbeit Zweckverbände und gemeinsame selbstständige Kommunalanstalten bilden sowie öffentlich-rechtliche Vereinbarungen schließen, um bestimmte Aufgaben, zu deren Erledigung sie berechtigt oder verpflichtet sind, für alle oder einzelne gemeinsam zu erfüllen.
Eine kommunale Zusammenarbeit nach dem GKZ BW ist demnach nur möglich, wenn es sich bei den zu erfüllenden Aufgaben um eigene Aufgaben der beteiligten Körperschaften handelt.
Da die Universitätsstadt Tübingen nicht öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist, ist sie nicht zur Abfallentsorgung verpflichtet und auch sonst nicht berechtigt.
Demnach ist weder die Gründung eines gemeinsamen Zweckverbandes (§ 2 ff. GKZ BW) oder einer gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt (§§ 24a, 24b GKZ BW) noch eine öffentliche-rechtliche Vereinbarung (§§ 25ff. GKZ BW) mit dem Ziel der Übertragung der Abfallentsorgung im Stadtgebiet Tübingen auf die Universitätsstadt Tübingen möglich.

Im Übrigen legen die §§ 6, 8 LKreiWiG spezialgesetzlich die Möglichkeiten der kommunalen Zusammenarbeit fest, sodass ein Rückgriff auf das GKZ BW, soweit das LKreiWiG dies nicht explizit anordnet, ausgeschlossen sein dürfte.

VI. Ergebnis

Einzige Möglichkeit für eine rechtssichere, allerdings nur mittelfristige, Übertragung der Abfallsammlung in Tübingen, wäre, dass die Universitätsstadt Tübingen sich mit einem kostendeckenden Angebot an einer Ausschreibung des Landkreises beteiligt.

VII. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Vergaberecht / Rechtsschutzmöglichkeiten von Wettbewerbern

Grundsätzlich gibt es keine Möglichkeit Dritter gegen die Verlängerung eines bestehenden Vertrages vorzugehen.
Auch kann ein Dritter nicht die Aufhebung / Kündigung eines bestehenden Vertrages verlangen, mit Ausnahme der nachfolgend dargestellten Möglichkeit.

Sobald ein bestehender Vertrag über die gem. § 132 GWB zulässigen Möglichkeiten angepasst wird oder vergaberechtswidrig ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, steht Wettbewerbern die Möglichkeit des Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 155 ff. GWB vor der Vergabekammer Baden-Württemberg mit dem Ziel der Nichtigerklärung des Vertrages zu.

Nach § 135 Abs. 1 GWB ist ein Vertrag von Anfang an nichtig, „wenn der öffentliche Auftraggeber

1. […]
2. den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist,

und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.“

Für die Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Nichtigerklärung eines Vertrages gelten die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB:
„Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.“

gez.
Kieninger