

Texte 9/02

Umweltforschungsplan des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und
Reaktorsicherheit

Forschungsbericht 297 31 380
UBA-FB 000269

Erarbeitung einer technisch-rechtlichen Handreichung zur Umsetzung von §37 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz zu den Pflichten der öffentlichen Hand

Gesamtzusammenfassung Band 1 + 2

von

Dr. Niels Griem, Gerd Adelman und Daniela Wänke

Institut für Umweltrecht GbR, Bundesverband für Umweltberatung e.V.

Zusammenfassung des Forschungsvorhabens

In der produktbezogenen Umweltpolitik liegt ein großes Entlastungspotential für die Umwelt. Sie ist nach den Erfolgen bei der Verminderung von Emissionen aus Industrieanlagen einer der entscheidenden Hebel zur Verbesserung der Umweltsituation. Die natürlichen Ressourcen müssen bei der Produktausgestaltung und bei der Produktverwendung zunehmend geschont werden.

Hierbei hat die öffentliche Hand eine wichtige Vorbildfunktion zu übernehmen. Zunächst ist sie in nicht unerheblichen Umfang "Verbraucher" von Produkten und Dienstleistungen. Darüber hinaus können staatliche Institutionen über das öffentliche Beschaffungswesen einen erheblichen Beitrag zur Förderung umweltschonender Produkte leisten. Dies bestätigt insbesondere ein Blick auf das Investitions- und Beschaffungsvolumen. Hier ist allein für die Bundesverwaltung von einem Volumen von rund 0,5 Billionen DM die Rede. Die

öffentliche Beschaffung und Verwendung von umweltverträglicheren Produkten schafft bzw. erweitert den "Markt" für diese Produkte. Hiermit können die Unternehmen zur Produktion umweltverträglicherer Produkte ermutigt und letztendlich einschlägige Innovationsleistungen gefördert werden. Fragt die öffentliche Hand umweltverträglichere Produkte beim Einkauf gezielt nach, so wirkt sich dies also doppelt aus: als direkte Umweltentlastung und als indirekte Förderung dieser Produkte.

Die tatsächliche Umsetzung der umweltfreundlichen Beschaffung wird über rechtliche Vorgaben an die Beschaffungsstellen gefördert. Jedenfalls besteht die Möglichkeit, eingefahrene Routinen auf diese Art und Weise zu überwinden und die Initiative zur Veränderung von entgegenstehenden oder hemmenden Behördenstrukturen zu fördern. Der auf Bundesebene eingeführte §37 KrW-/AbfG versucht entsprechende Impulse zu setzen.

Nach §37 Abs. 1 KrW-/AbfG sind die *"Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstige Stellen ... verpflichtet, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des §1 beizutragen. Insbesondere haben sie unter Berücksichtigung der §§4 und 5 bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können, die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen, im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder aus Abfällen zur Verwertung hergestellt worden sind."*

Die in Abs. 1 genannten Stellen wirken nach §37 Abs. 2 KrW-/AbfG *"im Rahmen ihrer Möglichkeiten darauf hin, dass die Gesellschaften des privaten Rechts, an denen sie beteiligt sind, die Verpflichtungen nach Absatz 1 beachten."*

Nach §37 Abs. 3 KrW-/AbfG bleiben *"besondere Anforderungen, die sich für die Verwendung von Erzeugnissen oder Materialien aus Rechtsvorschriften oder aus Gründen des Umweltschutzes ergeben, ... unberührt."*

Die Behörden sowie die sonstigen in §37 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG genannten Stellen des Bundes werden also verpflichtet, nicht nur bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen sowie der Verwendung von Materialien, sondern auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf Umweltkriterien wie Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit usw. zu achten. Die öffentliche Hand soll mit gutem Beispiel vorangehen, um abfallwirtschaftlich sinnvollen Produkten neue Marktchancen zu eröffnen und auf diese Weise eine abfallarme Kreislaufwirtschaft zu fördern. Der Pflicht zu einem abfallarmen Beschaffungswesen kommt wegen des oben beschriebenen Investitionsvolumens der öffentlichen Hand eine beachtliche Steuerungsfunktion zu. Die Umsetzung der Vorschrift hat damit erhebliche Bedeutung für den Umwelt- und Gesundheitsschutz.

Im Verlauf des Forschungsvorhabens ist der rechtliche Gehalt des §37 KrW-/AbfG in einer rechtlichen Kommentierung umfassend erläutert worden¹. Die Umsetzung der Rechtspflichten ist nur bei entsprechend technisch-informatorischer Grundlage möglich. Die Ergebnisse des rechtlichen Teilvorhabens haben deshalb Eingang in eine anwenderfreundliche technisch-rechtliche Handreichung zur Umsetzung des §37 KrW-/AbfG in der Praxis gefunden².

Die Handreichung enthält neben rechtlichen Ausführungen auch technisch-informatorische Grundlagen zur Spezifizierung der in §37 KrW-/AbfG ausgeführten Umweltziele. So werden die in §37 Abs. 1 KrW-/AbfG genannten Eigenschaften von Erzeugnissen, die diese nach Auffassung des Gesetzgebers abfallwirtschaftlich förderwürdig machen, für die Beschaffungspraxis kleingearbeitet und mit gezielten Informationen für exemplarische Bereiche und Produktgruppen veranschaulicht. Des weiteren wird die Berücksichtigung der genannten Kriterien in den bisher vergebenen Umweltzeichen und in der Normung ausführlich beschrieben. Darüber hinaus sind in Anlehnung an das vom Umweltbundesamt herausgegebene Handbuch für "Umweltfreundliche Beschaffung" für die sechs Bereiche:

- Bürowesen/allgemeine Ausstattung
- Kraftfahrzeugwesen
- Hochbauwesen
- Wasch-, Reinigungs-, und Hygienewesen
- Kantinenwesen
- Entsorgung, Verpackung

interessante Fallbeispiele einer abfallarmen Beschaffung ausgewählt worden. Bei der Recherche der Fallbeispiele wurden die Bedeutung für die Beschaffung der Bundesbehörden insgesamt, die Umweltrelevanz und die Frage praktischer Umsetzbarkeit, insbesondere auch Kostenneutralität bzw. Kosteneinsparung, in den Vordergrund gestellt. Ein umfangreicher Anhang rundet die Handreichung ab. Dort wird ein umfassender Überblick über Informationsquellen (Fachliteratur, Periodika, Institute, Beratungsangebote, Bezugsquellen, Webseiten, Produktkennzeichen, Richtlinien und Verwaltungsvorschriften der Länder, Formulare) für die umweltverträgliche Beschaffung gegeben.

Die Handreichung soll die Umsetzung der Vorschrift in der Praxis erleichtern. Sie richtet sich an die mit der öffentlichen Beschaffung befassten Personen und muss - auch aus Platzgründen - rechtliche Aussagen häufig plakativ und ohne nähere rechtswissenschaftliche Begründung treffen. Der rechtliche Kommentar soll dieses im Konzept angelegte Manko beheben. Er eignet sich demzufolge auch zur Vertiefung der in der Handreichung dargestellten Erkenntnisse.

¹Griem, Umsetzung des §37 KrW-/AbfG durch die Bundesbehörden. Rechtlicher Kommentar (Band 1).

²Griem/Adelman/Wänke, Umsetzung des §37 KrW-/AbfG durch die Bundesbehörden. Handreichung für die Praxis (Band 2).

Wie in der rechtlichen Kommentierung erörtert, birgt §37 KrW-/AbfG keine Rechtspflichten für Landesbehörden oder sonstige der Aufsicht der Länder unterstehende Stellen. Allerdings existieren auf Länderebene mit §37 KrW-/AbfG vergleichbare Rechtsvorschriften. Die im Rahmen des Forschungsvorhabens gewonnenen Ergebnisse lassen sich aus diesem Grund auch für die Länderebene fruchtbar machen.

Nach den Ergebnissen des Forschungsvorhabens legt §37 KrW-/AbfG den o.g. Stellen folgende Rechtspflichten auf:

- bei der Produktauswahl und der Verwendung bereits vorhandener Produkte sind Routinen in den Arbeitsabläufen, die den Einsatz von abfallwirtschaftlich sinnvollen Erzeugnissen behindern, konsequent in Frage zu stellen (Pflicht zur Überprüfung der Arbeitsabläufe, §37 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG);
- bei der Produktauswahl ist zu prüfen, ob abfallwirtschaftlich sinnvolle Erzeugnisse eingesetzt werden können (Produktbezogene Prüfpflicht, §37 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG);

- die Ergebnisse der Prüfungen sind umzusetzen, wenn nicht der abfallwirtschaftliche Ertrag außer Verhältnis zu evtl. hiermit verbundenen ökonomischen Belastungen der umsetzenden Stelle steht oder die ausgesuchten Produkte schwerwiegende sonstige Umwelt Nachteile haben, die die abfallwirtschaftlich positiven Eigenschaften evident zurücktreten lassen (Pflicht zur Umsetzung des Prüfergebnisses, §37 Abs. 1 KrW-/AbfG);
- bei der Verwendung bereits vorhandener Produkte ist "vom Abfall her zu denken", das heißt insbesondere, dass die abfallwirtschaftlich sinnvollen Eigenschaften der Erzeugnisse auch tatsächlich ausgenutzt werden müssen (Umsetzungspflicht bei der Produktverwendung, §37 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG);
- auf Gesellschaften des privaten Rechts, an denen die verpflichteten Stellen beteiligt sind, ist im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen einzuwirken, damit diese entsprechend verfahren (Pflicht zur Einflussnahme auf Gesellschaften des Privatrechts, §37 Abs. 2 KrW-/AbfG).

Diese Pflichten und die Wege zu ihrer Umsetzung sind im Rahmen des Forschungsvorhabens ausführlich dargestellt worden. Auf die Darstellung soll in diesem Zusammenhang im wesentlichen verwiesen werden.

Einen Schwerpunkt des rechtlichen Kommentars nimmt die Behandlung der Frage ein, ob und ggf. unter welchen Umständen aus §37 Abs. 1 KrW-/AbfG eine Pflicht zur Umsetzung des Prüfergebnisses folgen kann. Diese Frage ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten. Es wird die Auffassung vertreten, dass eine solche Pflicht nicht bestehen könne, da bei ihrer Umsetzung in der Beschaffungspraxis zwangsläufig gegen Vorgaben des nationalen Haushalts- und Vergaberechts sowie gegen Vorschriften des europäischen und internationalen Rechts verstoßen werde. Die Frage, ob die Bevorzugung von abfallwirtschaftlich sinnvollen Erzeugnissen bei der

öffentlichen Auftragsvergabe mit den genannten Rechtsvorschriften in Einklang steht, ist aus diesem Grund ausführlich behandelt worden.

Eine umweltorientierte Beschaffung muss entgegen landläufiger Vorurteile nicht zu Kostensteigerungen führen. Im Gegenteil lassen sich sogar interessante Kosteneinsparungen erzielen, z.B. bei der Verwendung großvolumiger Nachfüllgebinde bei Reinigungsmitteln. Auch durch die Einführung bzw. Nutzung von Rücknahme- und Verwertungsverpflichtungen entstehen nicht nur die gewünschten abfallwirtschaftlichen Effekte sondern es ergeben sich darüber hinaus deutliche Einsparungen bei den Entsorgungskosten. Besondere ökologische Chancen bieten sich in Zukunft dadurch, daß langlebige Gebrauchsgüter nicht gekauft werden, sondern nur die Nutzung als Dienstleistung erworben wird. Dies wird in der Tendenz zu einer abfallwirtschaftlich sinnvollen Konstruktion von diesen Produkten führen. Zum Beispiel können Kopiergeräte im Eigentum des Anbieters verbleiben, der für die Wartung, den Service und letztlich die Rücknahme bzw. die Entsorgung zuständig ist.

Es gibt jedoch immer noch eine Reihe ökologisch vorteilhafter Produkte, die teurer sind als vergleichbare Produkte ohne positive Umwelteffekte. Die öffentliche Hand kann hier durch ihre Nachfragemacht und ihre Vorbildfunktion den Markt für solche Produkte bereiten. Dass das Haushaltsrecht einem solchen Vorgehen der von §37 KrW-/AbfG verpflichteten Stellen nicht ohne weiteres entgegensteht, ist im Rahmen des Forschungsvorhabens herausgearbeitet worden. Die Haushaltsführung muss nämlich nicht nur mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, sondern nach dem sogenannten *Grundsatz der Ordnungsmäßigkeit* mit der gesamten Rechtsordnung in Einklang stehen.

Insofern sind die Verwaltungsstellen des Bundes dazu verpflichtet, bei öffentlichen Aufträgen und Beschaffungen neben dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit auch die vom Gesetzgeber in §37 Abs. 1 KrW-/AbfG getroffene Wertentscheidung zugunsten einer abfallarmen Kreislaufwirtschaft maßgeblich zu berücksichtigen. Deshalb sind die in §37 KrW-/AbfG verpflichteten Stellen prinzipiell dazu berechtigt, abfallärmere Erzeugnisse selbst dann zu beschaffen, wenn sie "teurer" sind. Dies gilt allerdings nur, soweit dies unter Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte sachgerecht und angemessen erscheint. Ansonsten wäre der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit seiner Wirkungen beraubt.

<p>Das Haushaltsrecht gebietet deshalb von der Bevorzugung abfallarmer Erzeugnisse abzusehen, wenn der erzielbare abfallwirtschaftliche Erfolg die entstehenden Mehrkosten nicht zu rechtfertigen vermag, zu diesen vielmehr außer Verhältnis steht. Eine absolut zu beziffernde Kappungsgrenze, z.B. von 5% Mehrpreis, bei deren Überschreiten der in Rede stehende haushaltsrechtliche Grundsatz verletzt wäre, besteht dabei nicht.</p>
--

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit der EG und insbesondere gegen Art. 28 EG lässt sich vermeiden, wenn durch die im öffentlichen Auftragswesen aufgestellten Anforderungen an Produkte, nicht gezielt nationale Erzeugnisse gegenüber Produkten aus anderen Mitgliedstaaten bevorzugt werden. Dabei ist nicht nur eine direkte, sondern auch eine indirekte Bevorzugung zu unterlassen. Die Anforderungen dürfen nicht so aufgestellt werden, dass de facto nur

ausländische Produkte behindert werden bzw. müssen so formuliert werden, dass auch Anbieter anderer Mitgliedstaaten chancengleich anbieten können.

Darüber hinaus müssen die Anforderungen auch noch verhältnismäßig und in diesem Zusammenhang zunächst zur Erreichung des angestrebten Umweltzieles notwendig sein. D.h. es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen den konkreten Anforderungen und dem zur Erreichung des Umweltziels angestrebten Ergebnis bestehen. Dies ist der Fall, wenn die Anforderungen an die zu beschaffenden Produkte tatsächlich abfallwirtschaftlich begründbar sind. In der Regel sind hierzu die einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse heranzuziehen. Das Vorsorgeprinzip kann aber auch Maßnahmen rechtfertigen, bei denen wissenschaftliche Erkenntnisse nicht in ausreichendem Maße vorliegen.

Neben dem europäischem Primärrecht enthält auch das nationale wie supra- bzw. internationale Vergaberecht Vorgaben an die Art und Weise, in der der öffentliche Auftraggeber vorgehen muss, wenn er abfallwirtschaftlich sinnvolle Erzeugnisse bevorzugen möchte. Aus vergaberechtlicher Sicht bestehen hier drei Möglichkeiten: Vor allem kann die Leistungsbeschreibung sogenannte „zwingende Anforderungen“ an die Produkte enthalten. Ergänzend ist es auch noch möglich, in der Leistungsbeschreibung Vorgaben für die Wertung der Angebote zu machen, die es ermöglichen, die abfallwirtschaftliche Förderwürdigkeit der von den Bietern angebotenen Erzeugnisse in die Wertungsentscheidung einfließen zu lassen. Schließlich können Nebenangebote oder Änderungsvorschläge gezielt zur Förderung des Einsatzes abfallwirtschaftlich sinnvoller Produkte zugelassen werden.

Um sogenannte „zwingende Anforderungen“ an die von den Bietern vorzuschlagenden Produkte handelt es sich, wenn Angebote, die diese Anforderungen nicht einhalten, von der Wertung ausgeschlossen werden sollen. Soll so verfahren werden, muss dies aus den Verdingungsunterlagen deutlich hervorgehen. Zu empfehlen ist eine Formulierung wie: „in jedem Fall ist (nicht) zu verwenden. Außerdem sollte in den Vergabeunterlagen darauf hingewiesen werden, dass Angebote, die die Verwendung von Produkten vorsehen, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, von der Wertung ausgeschlossen werden.“

Der öffentliche Auftraggeber muss bei der Festlegung von "zwingenden Anforderungen" an die Erzeugnisse allerdings darauf achten, dass den Bietern noch die Auswahl aus verschiedenen Erzeugnissen bleibt. Zulässig sind darüber hinaus allein generelle, produktneutrale Anforderungen an das Erzeugnis. Insofern ist den öffentlichen Auftraggebern z.B. zu empfehlen, in ihren Leistungsbeschreibungen zu verlangen, dass die in den Vergabegrundlagen für das Umweltzeichen aufgestellten *Anforderungen* erfüllt sein müssen. Den Ausschreibungen sollte die entsprechende Vergabegrundlage als mitgeltende Unterlage zugrunde gelegt werden. Nicht zulässig ist es dagegen, nur Produkte zuzulassen, die das Umweltzeichen tragen.

Neben der Festlegung von sogenannten „zwingenden Anforderungen“ kann es noch sinnvoll sein, die Umweltfreundlichkeit der von den Bietern vorgeschlagenen Produkte bei der *Wertung der Angebote* zu berücksichtigen. Verfährt man so, kann eine stärkere Produktpalette abgefragt und die Markteinführung umweltfreundlicher Erzeugnisse weitergehend gefördert

werden. Auch hier sind weitere Anforderungen des Vergaberechtes sowohl an die Vergabeunterlagen als auch an die anschließende Wertung der Angebote zu beachten.

Zunächst muss aus den Vergabeunterlagen eindeutig hervorgehen, dass der öffentliche Auftraggeber entsprechend vorgehen möchte. Darüber hinaus muss sich den Vergabeunterlagen möglichst genau entnehmen lassen, auf welche abfallwirtschaftlich relevanten Produkteigenschaften bei der Wertung der Angebote konkret abgestellt werden soll. Ansonsten wäre die Transparenz der Vergabeentscheidung nicht mehr gewahrt. Ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz und die Diskriminierung einzelner Bieter wäre zu befürchten. Insofern sind die in §37 KrW-/AbfG genannten Produkteigenschaften nicht konkret genug. Die Formulierungen der Norm sollten deshalb nicht in die Verdingungsunterlagen übernommen werden.

Zu empfehlen ist stattdessen folgende Formulierung: „Bei der Wertung der Angebote und bei der Zuschlagserteilung werden die abfallwirtschaftlichen Auswirkungen der vom Bieter vorgeschlagenen Produkte berücksichtigt werden. Positiv beurteilt werden Produkte, die ... (Erklärung der in §37 KrW-/AbfG genannten Kriterien). Aus diesem Grund ist ein Austausch der im Angebot des Auftragnehmers bezeichneten Materialien nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers zulässig.“

Durch diese Vorgehensweise werden die umweltschutzbezogenen Anforderungen zu einem wirtschaftlichen Gesichtspunkt im Sinne des Vergaberechtes. Die Verdingungsunterlagen prägen die Wertungsentscheidung im Vorhinein. Die abfallwirtschaftliche Förderwürdigkeit der vom Bieter angebotenen Produkte ist deshalb zwingend bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen, wenn ein entsprechendes Vorgehen zuvor in den Verdingungsunterlagen angekündigt wurde. Dass die Bevorzugung umweltverträglicherer Produkte zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen des öffentlichen Auftraggebers führt, ist dann nicht Voraussetzung. Ist ein entsprechendes Vorgehen in den Verdingungsunterlagen dagegen nicht angekündigt worden, können Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung nur berücksichtigt werden, wenn dem öffentlichen Auftraggeber hierdurch ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst.

Durch die *Zulassung von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen* schließlich wird innovativen Unternehmen die Möglichkeit gegeben, ihr dem Auftraggeber möglicherweise noch unbekanntes Know How im Umweltschutz im Rahmen der geforderten Leistung einzubringen. Die Vergabestelle kann sich ausführlich über Neuerungen auf dem Gebiet des Umweltschutzes - respektive der abfallwirtschaftlich förderwürdigen Erzeugnisse - informieren. Ein derartiges Vorgehen ist insbesondere zu empfehlen, wenn keine hinreichenden Kenntnisse über das Marktangebot an entsprechenden Erzeugnissen vorliegen. Aufgrund des hohen verwaltungstechnischen Aufwandes wird allerdings empfohlen, auf diese Art und Weise nur bei besonders umweltbedeutsamen Vorhaben vorzugehen.

Bei konsequenter Anwendung des §37 KrW-/AbfG bestehen zusammengefasst gute Chancen, eine abfallarme Kreislaufwirtschaft und damit eine nachhaltige Wirtschaftsweise erheblich voranzubringen. Europarechtliche Vorgaben und solche des internationalen Rechts sowie des nationalen Haushalts- und Vergaberechts stehen dem nicht generell entgegen.

Deutlich geworden ist aber auch, dass die Beschaffungspraxis der Bundesbehörden und der sonstigen auf der Bundesebene verpflichteten Stellen zur Umsetzung der aus §37 KrW-/AbfG folgenden Pflichten umzustellen ist. Bereits festzustellende Erfolge auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung ändern an dieser Erkenntnis nichts. Insbesondere sind arbeitsorganisatorische Anstrengungen und die weitere Fortbildung der mit der Beschaffung beschäftigten Behördenmitarbeiter erforderlich.

U.a. erscheint die systematische Einbeziehung von abfallwirtschaftlichen Produkteigenschaften in die Markterkundung und die Zuordnung von persönlichen Verantwortlichkeiten für die umweltfreundliche Beschaffung angebracht. Die einschlägigen Fachveröffentlichungen sind auszuwerten und der Informationsaustausch innerhalb der Behörden ist zu intensivieren.

Sinnvoll erscheint die Einrichtung einer zentralen produktbezogenen Informationsstruktur. Hierüber verfügen zur Zeit aber lediglich das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB), die Beschaffungsstelle des Bundesministeriums des Inneren und das Beschaffungsamt der Zollverwaltung. Ansonsten erfolgt die Beschaffung der Bundesbehörden weitgehend autonom entsprechend der institutionellen Struktur.

Verstärkt anzustreben ist auch ein behördenübergreifender Austausch von einschlägigen Produktinformationen. Über eine für alle Bundesbehörden agierende Produktinformationsstelle wäre nachzudenken. Des Weiteren sind Fortbildungsmaßnahmen für die Beschafferinnen und Beschaffer vonnöten, weil die Umsetzung von Rechtsvorschriften - so zeigt die Praxis - immer von der Motivation und dem Kenntnisstand der handelnden Personen abhängt.

Zu guter Letzt kann auch die Teilnahme am System des EU-Umwelt-Audits ein effektives Instrument zur Durchsetzung des §37 KrW-/AbfG sein. Angesichts der gesetzlichen Vorgaben müsste die Umsetzung des §37 KrW-/AbfG als Umweltziel formuliert werden. In diesem Fall müssten am Standort zur Umsetzung geeignete organisatorische Maßnahmen und Fortbildungsmaßnahmen erfolgen. Darüber hinaus können Wirkungen auf Produkt-, Stoff- und Materialströme in der eigenen Einrichtung durch das Umwelt-Audit erkennbar gemacht werden. Damit besteht auch die Chance quantitativ nachvollziehbare Reduktionspotentiale beim Aufkommen an Sonderabfall und anderen Abfällen den Verbesserungen in der Beschaffung zuordnen zu können.

Technical and legal guidance on the implementation of Article 37 of the Act for Promoting Closed Cycle Waste Management of Substances and Ensuring Environmentally Compatible Waste (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*) with regard to the obligations of public authorities

Summary of the Research Proposal

Great potential for a decrease in environmental damage can be found in product-oriented environmental policy. After the successes achieved in reducing emissions from industrial complexes, this policy represents one of the most significant means of improving the state of the environment. Natural resources must increasingly be conserved in the creation and employment of products.

Public authorities play a vital role in setting the pace in this process. Firstly, public authorities are “consumers” of products and services to a considerable extent. Furthermore public authorities are able to contribute significantly to the sponsorship or support of environmentally-friendly products by means of public procurement. A short look at the volume of investment and procurement confirms this. An amount of approximately 0.5 billion DM is estimated for the Federal administration alone. Public procurement and use of environmentally compatible products can create, or as the case may be, expand the “market” for these products. In this way companies can be encouraged to produce improved environmentally-friendly products and, ultimately appropriate innovations can be supported. When public authorities specifically demand environmentally-friendly products upon purchase, this has a twofold impact: directly, as a decrease in the negative impact on the environment and, indirectly, as sponsorship of such products.

The actual implementation of environmentally-friendly procurement is called for over and above the legal requirements of the procurement offices. In this way, it is possible that habits can be changed, and the initiative to transform conflicting or limiting structures of authority can be supported. Article 37 of the Act for Promoting Closed Cycle Waste Management of Substances and Ensuring Environmentally Compatible Waste (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, hereafter APCCMS) attempts to introduce a similar impulse.

According to Article 37, paragraph 1 of the APCCMS *“Federal authorities as well as bodies governed by public law, separate properties and other agencies under the jurisdiction of the Federal Republic... are required to contribute to the fulfillment of the aims of Article 1 in terms of their conduct. In particular, in accordance with Articles 4 and 5, the aforementioned are required to assess, in connection with the organisation of working procedures, the procurement or use of materials and commodities, and regarding construction projects and other contracts, whether and to which extent products can be used, which are distinguished by their durability, their ease of repair and ability to be reused or recycled, in comparison with other products which lead to less or less polluting waste, or are produced from waste for recovery.”*

According to Article 37, paragraph 2 of the APCCMS, the agencies named in paragraph 1 should *“as far as possible within their capabilities, use strive to ensure*

that the private companies which they work with, fulfill the obligations laid down in paragraph 1.”

Article 37, paragraph 3 of the APCCMS states that “*special requirements which result in the use of products or materials which result from legal requirements or from reasons of environmental protection, remain unaffected.*”

The public authorities, as well as the other public undertakings named in Article 37, paragraph 1, sentence 1 of the APCCMS are obligated to take into account environmental criteria such as durability, ease of repair, possible reuse or recycling, etc. not only in the organisation of working procedures and selection of materials, but also when awarding public contracts. Public authorities should set a good example in order to create new market chances for waste-efficient products and, as a consequence, promote an environmentally-friendly, low-waste closed cycle management of substances. As a consequence of the sheer volume of investment made by public authorities mentioned above, an important management role comes with the obligation to consider the use of waste-efficient products. The implementation of the regulations is therefore of great importance for the protection of the environment and maintenance of health.

In the course of the research, the legal content of Article 37 of the APCCMS has been explained comprehensively³ The implementation of the legal obligations is only possible based on the relevant technical and inforamatory foundations. Therefore, an introduction to the results of the legal part of the research can be found in an user-friendly technical-legal advisory paper on putting Article 37 of the APCCMS into practice.⁴ Both drafts have been published separately.

Besides the legal exposition, the guidance document contains the basic technical information on the environmental aims set out in Article 37 of the APCCMS. In this way the characteristics of products which are specified in Article 37, paragraph 1 of the APCCMS and made worthy of promotion in accordance with the legislature, are explained in detail for procurement practice and are elaborated upon in the form of detailed information on exemplary areas and groups of products.

In addition, the criteria named are explained in full in terms of the recognized environmental product labels already in existence and in terms of standards and/or norms. Furthermore, on the basis of the guidance document published by the Federal Office for the Environment on “Environmentally-Friendly Procurement” on the following six areas:

- office equipment/general equipment,
- motor vehicles,
- building construction,
- washing, cleaning and hygiene provision,
- canteen provision,
- disposal of waste, packaging,

³ Griem, Implementation of Article 37 of the APCCMS by the Federal Authorities. Legal Commentary.

⁴ Griem/Adelman/Wänke, Implementation of Article 37 of the APCCMS by the Federal Authorities. A Practical Guidance Document.

interesting case studies of waste-efficient procurement have been selected. The significance for public authority procurement as a whole, the relevance to the environment and the question of practical implementation, with particular reference to cost neutrality or cost cutting, have accorded special attention in the research for the case studies. An extensive appendix completes the guidance document. Here a comprehensive overview has been provided of the various sources of information on environmentally-friendly procurement (ie. specialized literature, periodicals, institutes, advisory services, reference points, websites, product labels, guidance documents and administrative regulations in the *Bundesländer* (Federal States), and forms).

The guidance document should facilitate putting the regulations into practice. It is aimed at people concerned with public procurement and must – also because of lack of space – often deal with legal statements without further explanation and without more detailed legal and scientific argumentation. The legal commentary should compensate for this shortcoming and is therefore constructed as an elaboration of the findings outlined in the guidance document.

Article 37 of the APCCMS does not contain legal requirements for local authorities or other undertakings under their supervision. Admittedly regulations comparable to Article 37 of the APCCMS exist on the local authority level. The results gained in the process of the research can therefore be fruitful on the local authority level too.

According to the results of the research, Article 37 of the APCCMS presents the aforementioned agencies with the following legal obligations:

- the choice of products and the use of existing products to be found in the routines of working practices, which hinder the employment of waste-efficient products must be reviewed consistently (obligation to assess working practices, Article 37, paragraph 1, sentence 2 of the APCCMS);
- an investigation as to whether it is possible to employ waste-efficient products must take place when products are being selected (obligation to assess the employment of products, Article 37, paragraph 1, sentence 2 of the APCCMS);
- the results of the investigations are to be put into practice when the waste-efficiency of the products is not in proportion with the potential economic costs which would be entailed, or when the selected products possess other serious disadvantages for the environment and thus diminish the quality of waste management (obligation to implement the results of assessments, Article 37, paragraph 1 of the APCCMS);
- the use of existing products must “be taken into consideration in view of waste”, in particular this means that waste-efficient products must be utilized in practice (obligation to implement with regard to product utilization, Article 37, paragraph 1 of the APCCMS);
- within the framework of company law, private companies which the obligated public offices are associated with, are to be influenced in that they are informed accordingly (obligation to exert an influence upon private companies, Article 37, paragraph 2 of the APCCMS).

These obligations and ways of putting them into practice are set out in detail in the research. In this connection, the content of the research should be referred to in its essential points.

One focus of the legal commentary is the treatment of the question as to whether and under which circumstances, an obligation to implement the results of assessments

can follow from Article 37, paragraph 1 of the APCCMS. This issue is disputed in the scientific literature on the subject. The approach defended is that such an obligation could not be valid because its implementation in the practice of procurement would ultimately conflict with the regulations of national budgeting and government procurement laws as well as the regulations of European and international law. The question as to whether the preference given to waste-efficient products when issuing public contracts, is in harmony with the legal regulations mentioned, is therefore discussed in detail.

Ecological procurement, in opposition to common prejudice, does not necessarily mean an increase in costs. On the contrary, interesting savings can be made, for example by using of large refill containers for cleaning materials. As a result of the introduction and/or employment of recovery (recycling) and utilization obligations, not only are the desired reduction in waste and the economic feasibility realized, what is more clear savings are made in waste disposal costs. Thus in the future there are good chances that durable commodities will not be purchased, rather used and acquired as a service. This will support the trend of producing waste-efficient products. For example, photocopiers could remain the property of the supplier who is responsible for the maintenance, service and ultimately the recovery or disposal of the machines.

There is however still a great number of ecological products which are more expensive than comparable products negatively affecting the environment. Public authorities can prepare the market for such products as a result of their consumer power and function as an example to others. Because budgeting laws preclude such action on the part of the authorities obligated by Article 37 of the APCCMS without further explanation, this issue has been dealt with in the research project. The management of the budget must be in harmony not only with the principles of profitability and economy of costs, but also with legal system as a whole in accordance with the so-called principle of legal order (*Grundsatz der Ordnungsmäßigkeit*).

In this respect, when issuing public contracts and in procurement, the Federal administrative bodies are obliged to give priority to the aim of a waste-efficient closed cycle management of substances in the corresponding cost assessments in accordance with the legislation of Article 37, paragraph 1 of the APCCMS, as well as being in agreement with the budgeting principle of economic feasibility. This is why the authorities obligated in Article 37 of the APCCMS are in principle authorized to procure low-waste products even if they are "more expensive". Admittedly, this is only valid insofar as all other relevant factors appear to be proper and appropriate on balance. Otherwise the principle of economic feasibility would be robbed of its effect.

Budgeting law therefore requires that the preference accorded to low-waste products be disregarded when the resulting increase in costs cannot be justified and is not in proportion to the success of the waste reduction alternatives targeted. An absolutely fixed cut-off point, for example one of 5% of extra costs which, when exceeded, would undermine the principle of budgeting law under discussion, would not be contradictory.

A breach of the freedom of trade within the European Community and, in particular, of Article 28 of the European Community can be avoided when specifications demanded by public contractors for certain products do not represent preferential treatment of national products over and above products from other member states. Here, not only a direct, but also an indirect preference must be refrained from. The

specifications must not be made in such a way that there are de facto obstacles placed in front of foreign products, or rather the regulations must be so formulated that suppliers from other member states can submit tenders on an equal footing.

Furthermore the specifications must be in proportion to, and in this context necessary for, the achievement of environmental targets. This means that there must be a causal link between the concrete specifications and the results of the environmental targets to be achieved. This is the case when the regulations of the products procured are in fact waste-efficient products. As a rule, here, reference must be made to scientific findings. The principle of provision can however justify steps being taken where scientific knowledge is not sufficiently available.

In addition to European primary law, also national and supranational or international government procurement law contains regulations on the ways in which public contractors must proceed when giving preferential treatment to waste-efficient products. From the standpoint of government procurement law, there exist three possibilities. Most importantly, the award criteria of so-called “compulsory regulations”. Furthermore, it is also possible to set out in the award criteria, specifications relevant to the evaluation of tenders, which make it possible to allow the products offered by the suppliers deserving of promotion in terms of their practicability as waste-efficient products, to enter into the decision-making process. Finally, ancillary tenders or proposals for change directly targeted at the employment of waste-efficient products are permissible.

It is a matter of so-called “compulsory regulations” in relation to the products offered by the suppliers, when tenders contain goods which do not meet these regulations are excluded from the procedure. Should procedures for tender proceed in this way, then the award criteria must be set out clearly. The following formulation is to be recommended: “in every/no case is ... to be made use of.” Moreover, the award criteria should point out that tenders which foresee the use of products that does not comply with these regulations, will be excluded from the award procedure.

While laying down “compulsory regulations” for products, the public contractor must bear in mind that the selection of products remains the choice of the suppliers. In addition, general, product-neutral regulations are permissible. In this respect, it is recommended that the public contractor demand in the award criteria, that the specifications laid down for the benefit of the environment must be fulfilled as the basis of the acceptance of tender. The invitation to tender should have as its foundation, the relevant award criteria as an effective document. It is, however, not permitted to solely demand products which carry a recognized environmental product label.

Along with the fixing of the so-called “compulsory regulations”, it also makes sense to consider the environmental impact of the products put forward by the bidders in the process of assessing the tenders. Such a way of proceeding can result in a widening of the range of products and can positively encourage the introduction of environmentally-friendly products onto the market. In this respect too, further regulations are to be considered with regard to government procurement law as well as award criteria and the ensuing award procedure.

Firstly, it must be set out clearly in the award criteria that the public contractor wishes to proceed in accordance with the regulations. Moreover, the bidder must be able to infer as precisely as is possible from the award criteria, which qualities of different products are relevant to waste-efficiency and will be focused upon when tenders are assessed. Otherwise the transparency of the decision to accept a tender is not

achieved. A breach of the principle of competition and the discrimination against or favouring of certain suppliers might then be judged to have taken place. In this respect, the nature of the products mentioned in Article 37 of the APCCMS are not sufficiently concrete. For this reason, formulations of the norms should not be adopted in the award criteria.

Instead the following wording is recommended: "In the process of assessing the tenders and the awarding of contracts, the impact on considerations of the ecological and efficient waste disposal of products will be taken into account. Products which ... (explanation of the criteria outlined in Article 37 of the APCCMS) will be judged positively. For this reason a substitution of materials described in the tender of the supplier is permissible only with the agreement of the contractor."

As a consequence of this way of proceeding, the specifications relevant to the protection of the environment will take on an economical form in regard to government procurement law. The award criteria form the process of assessment from the beginning. The promotion of certain products offered by the bidders with respect to waste disposal is thus made compulsory in the process of assessing the tenders, when a commensurate procedure is announced in advance in the award criteria. When, on the other hand, a commensurate procedure is not declared in the award criteria, environmental criteria can only be taken into account in post-tender negotiations, when the public contractor obtains an economic advantage.

Possibilities for innovative companies to introduce potentially unknown technology in environmental protection within the framework of the services required, would then only arise in the form of ancillary tenders or proposals for change. Procurement offices can inform themselves of the latest developments in the area of environmental protection – in relation to waste-efficient products deserving promotion. This way of proceeding is to be recommended in particular when insufficient knowledge of the market for commensurate products is available. Bearing in mind the high administrative expenses involved in assessment, it is recommended only to proceed in this way when dealing with projects which possess a special significance for the environment.

A consistent application of Article 37 of the APCCMS creates conditions in which good chances exist for a low-waste, environmentally-friendly closed cycle management of substances and thereby considerably advance the progress of a sustainable economy. European legal regulations as well as those of international law and national budgeting and government procurement laws do not, in general, stand in the way.

It has, however, become clear that the procurement practice of the Federal Authorities and other obligated offices on the Federal level must readjust in order to effect the implementation of the obligations following from Article 37 of the APCCMS. Successes already achieved in the area of environmentally-friendly procurement do not alter this observation. In particular, efforts to reorganise working practices and the supplementary training of civil servants dealing with procurement is necessary.

Amongst other things, the systematic incorporation of waste-efficient products in market research, as well as the the assignment of personal responsibility for environmentally-friendly procurement seems to be appropriate. Relevant scientific publications must be analyzed and the exchange of information must be intensified within the public authorities.

The establishment of a central information centre specialized in product information would seem to be an intelligent solution. Currently, such information is only available from Federal Office for Defence Technology and Procurement (*Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung*), the Procurement Office of the Federal Ministry of Home Affairs (*Beschaffungsstelle des Bundesministeriums des Inneren*) and the Procurement Office of Customs Administration (*Beschaffungsamt der Zollverwaltung*). Otherwise public authority procurement proceeds predominantly autonomously, corresponding to the institutional structure involved.

A centralized exchange of relevant information on products must be aimed at. An active product information centre capable of advising all public authorities should be considered. In addition, the provision of supplementary training for public procurement officers is necessary because, as experience shows, the implementation of legal regulations is dependent upon the motivation and level of knowledge of the acting personnel.

Finally, participation in the system of the EU Environment Audit could be an effective instrument in aiding the implementation of Article 37 of the APCCMS. In view of the legal regulations, the implementation of Article 37 of the APCCMS must be formulated as an environmental aim. In this case, for the purposes of implementation in a particular location, suitable organisational steps would have to be taken and supplementary training be provided. Furthermore, the Environmental Audit can discern the impact on the flow of products, substances and materials within individual organisations. As a result it would be possible to classify improvements in public procurement in terms of the quantitative reduction in the avoidance, recovery and disposal of special and other forms of waste.