



Franßen & Nusser

RECHTSANWÄLTE

FEhS-Institut für Baustoff-Forschung e.V.

Kreislaufwirtschaftsfreundliche Beschaffung

**Pflichten öffentlicher Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen  
zur kreislaufwirtschaftsfreundlichen Beschaffung gemäß § 2 LKrWG NRW**

bearbeitet von: Rechtsanwalt Gregor Franßen  
Düsseldorf, den 17. März 2023

Az. 1496/2022

**I. Grundpflicht gemäß § 2 Abs. 1 LKrWG NRW**

Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 LKrWG NRW sind die Dienststellen des Landes Nordrhein-Westfalen, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen der Aufsicht des Landes Nordrhein-Westfalen unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts **verpflichtet**, durch ihr Verhalten zur Erfüllung der Ziele dieses Gesetzes beizutragen. Die öffentlichen Stellen in Nordrhein-Westfalen müssen also dazu beitragen, den **Anfall von Abfällen so gering wie möglich** zu halten (Abfallvermeidung), insbesondere durch Maßnahmen gemäß [§ 3 Abs. 20 KrWG](#). Zu solchen Maßnahmen i.S.d. § 3 Abs. 20 KrWG zählt gemäß [§ 33 Abs. 5 Nr. 2 KrWG](#) i.V.m. [Anlage 4 zum KrWG](#) die **Einbeziehung von Kriterien des Umweltschutzes und der Abfallvermeidung in Ausschreibungen** des öffentlichen und privaten Beschaffungswesens.

**II. Pflicht zur kreislaufwirtschaftsfreundlichen Beschaffung gemäß § 2 Abs. 1 und 2 LKrWG NRW**

Diese Grundpflicht des § 2 Abs. 1 Satz 1 LKrWG NRW wird zunächst in § 2 Abs. 1 Satz 2 LKrWG NRW konkretisiert. Nach dieser Vorschrift haben die öffentlichen Auftraggeber in NRW insbesondere **bei der Beschaffung** oder Verwendung von Arbeitsmaterialien, Ge- und Verbrauchsgütern, **bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen** sowie bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, ohne damit Rechtsansprüche Dritter zu begründen, **Erzeugnissen den Vorzug** zu geben, die



# Franßen & Nusser

RECHTSANWÄLTE

1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Wiederverwertbarkeit auszeichnen,
4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen,
5. eine weitgehende Trennung in die Ausgangsstoffe ermöglichen oder
6. sich in besonderem Maße zur hochwertigen, ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung oder umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

## 1. Echte Pflicht zur Bevorzugung

Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 LKrWG NRW ist durch Art. 1 Nr. 4 Buchst. a) des [Vierten Gesetzes zur Änderung des Landesabfallgesetzes](#) vom 1. Februar 2022 geändert worden. Der Gesetzgeber wollte durch eine Erweiterung der Regelungen zur öffentlichen Beschaffung das Ressourcenmanagement verbessern und die Ressourceneffizienz steigern: Zur Verbesserung des Umweltschutzes und zur **Förderung der Ressourceneffizienz** sollte bei der Verwendung von Arbeitsmaterialien, Ge- und Verbrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen sowie bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen die bisherige Prüfpflicht durch eine **Bevorzugungspflicht** für ökologisch vorteilhafte Erzeugnisse ersetzt werden.<sup>1</sup> Daher führte der Landesgesetzgeber zur Verbesserung der Ressourceneffizienz und in ausdrücklicher Anlehnung an [§ 45 KrWG](#) des Bundes eine **Bevorzugungspflicht** von Rezyklaten **sowie von mineralischen Ersatzbaustoffen**<sup>2</sup> ein, insbesondere von **Hüttensanden, Schlacken** und Aschen **aus industriellen Prozessen mit Nebenprodukteigenschaft**.<sup>3,4</sup>

Die öffentlichen Stellen in NRW sind also **verpflichtet**, solche Erzeugnisse in ihren Vergabeverfahren **zuzulassen** und zu **bevorzugen**. Denn bei § 2 Abs. 1 LKrWG NRW handelt es sich um eine **echte und unmittelbare geltende Rechtspflicht** der öffentlichen Stellen in NRW.

---

<sup>1</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [LT-Drs. 17/14405](#) v. 02.07.2021, S. 1.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die bspw. neuen Definitionen von Hochofenstüchschlacke (HOS) und Stahlwerksschlacke (SWS) in § 2 Nr. 18 und Nr. 20 der neuen Ersatzbaustoffverordnung, die am 01.08.2023 in Kraft treten wird und die HOS und SWS als mineralische Ersatzbaustoffe i.S.d. § 2 Nr. 1 EBV anspricht, die in technische Bauwerke i.S.d. § 2 Nr. 3 EBV eingebaut werden dürfen.

<sup>3</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [LT-Drs. 17/14405](#) v. 02.07.2021, S. 44.

<sup>4</sup> Vgl. Franßen/Hinzer, Gutachten „Nebenprodukt-Einstufung von Eisenhüttenschlacken“ vom 26.01.2023.



## 2. Rechtfertigung von Ausnahmen

Wollen öffentliche Auftraggeber in NRW von den Bevorzugungspflichten des § 2 Abs. 1 und Abs. 2 LKrWG NRW abweichen, sind sie dazu nur bei Vorliegen der Gründe nach § 2 Abs. 3 LKrWG NRW berechtigt: keine Sicherstellung der Einhaltung aller stofflichen Anforderungen für den vorgesehenen Verwendungszweck; wesentliche Mehrkosten; entgegenstehende anderen Rechtsvorschriften. Das Vorliegen solcher Ausnahmegründe im Einzelfall muss der betreffende öffentliche Auftraggeber begründen und im Vergabevermerk dokumentieren.

## 3. Pflicht zur Gleichbehandlung von Nebenprodukten, bspw. aus der Stahlindustrie, schon bei der Planung

Ergänzend dazu sind nicht unerhebliche Baumaßnahmen der öffentlichen Hand im Hochbau gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 LKrWG NRW so zu planen, dass zulässige wiederverwendbare, geeignete und qualitätsgesicherte **Bauprodukte, die unter Einsatz von Stoffen aus industriellen Prozessen hergestellt** werden, **gleichberechtigt** mit Primär-Baustoffen eingesetzt werden können, sofern sichergestellt ist, dass diese Bauprodukte die für die jeweilige Verwendung anzuwendenden Produkt-, Umwelt- und Gesundheitsschutzanforderungen erfüllen und insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt führen. Entsprechendes gilt gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 LKrWG NRW für mineralische Ersatzbaustoffe im Tiefbau, soweit diese nach der am 01.08.2023 in Kraft tretenden Ersatzbaustoffverordnung Verwendung finden können. Damit wollte der Landesgesetzgeber klarstellen, dass die Gleichbehandlungspflicht nicht auf Baumaßnahmen im Hochbau beschränkt ist, sondern im Tiefbau auch für nach der EBV zulässige Ersatzbaustoffe gilt.<sup>5</sup>

All das ist bei **mineralischen Ersatzbaustoffen**, die aus **Nebenprodukten<sup>6</sup> der Stahlindustrie** bspw. durch Aufbereitung von verschiedenartigen Eisenhüttenschlacken hergestellt werden, jeweils der Fall, weil die Erfüllung der Nebenprodukt-Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 KrWG die Erfüllung der Anforderungen nach § 2 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 LKrWG NRW gewährleistet<sup>7</sup> und weil die so hergestellten mineralischen Ersatzbaustoffe aus der Stahlindustrie auch nach der EBV in technische Bauwerke eingebaut werden dürfen.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [LT-Drs. 17/14405](#) v. 02.07.2021, S. 47.

<sup>6</sup> Vgl. Franßen/Hinzer, Gutachten „Nebenprodukt-Einstufung von Eisenhüttenschlacken“ vom 26.01.2023.

<sup>7</sup> Vgl. Franßen/Hinzer, Gutachten „Nebenprodukt-Einstufung von Eisenhüttenschlacken“ vom 26.01.2023.

<sup>8</sup> Vgl. dazu die bspw. neuen Definitionen von Hochofenstückschlacke (HOS) und Stahlwerksschlacke (SWS) in § 2 Nr. 18 und Nr. 20 der neuen Ersatzbaustoffverordnung, die am 01.08.2023 in Kraft treten wird und die HOS und SWS als mineralische Ersatzbaustoffe i.S.d. § 2 Nr. 1 EBV anspricht, die in technische Bauwerke i.S.d. § 2 Nr. 3 EBV eingebaut werden dürfen.



Franßen & Nusser

RECHTSANWÄLTE

FEhS-Institut für Baustoff-Forschung e.V.

Kreislaufwirtschaftsfreundliche Beschaffung

**Pflichten öffentlicher Auftraggeber auf Ebene des Bundes  
zur kreislaufwirtschaftsfreundlichen Beschaffung gemäß § 45 KrWG**

bearbeitet von: Rechtsanwalt Gregor Franßen  
Düsseldorf, den 17. März 2023

Az. 1496/2022

**I. Grundpflicht gemäß § 45 Abs. 1 KrWG**

Die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen sind gemäß § 45 Abs. 1 KrWG **verpflichtet**, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des § 1 KrWG beizutragen. Die öffentlichen Stellen des Bundes müssen also dazu beitragen, die **Kreislaufwirtschaft** zur **Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern** und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen, vgl. § 1 Abs. 1 KrWG.

**II. Pflicht zur kreislaufwirtschaftsfreundlichen Beschaffung gemäß § 45 Abs. 2 KrWG**

Diese Grundpflicht des § 45 Abs. 1 KrWG wird in § 45 Abs. 2 KrWG konkretisiert. Gemäß Satz 1 dieser Vorschrift **haben** die öffentlichen Stellen auf Bundesebene nach Abs. 1, insbesondere unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8 KrWG (Abfallhierarchie, Grundpflichten der Kreislaufwirtschaft, Hochwertigkeit der Verwertungsmaßnahmen), bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, **bei der Beschaffung** oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, **bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen**, ohne damit Rechtsansprüche Dritter zu begründen, **Erzeugnissen** den **Vorzug** zu geben, die

1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind



# Franßen & Nusser

RECHTSANWÄLTE

2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

## 1. Echte Pflicht zur Bevorzugung

Die Vorschrift des § 45 Abs. 2 KrWG ist durch Art. 1 Nr. 22 Buchst. b) des [Gesetzes zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Europäischen Union](#) vom 23. Oktober 2020 eingefügt worden. Damit wollte der Gesetzgeber die Regelung des § 45 KrWG über die Pflichten der öffentlichen Hand neu ausrichten und von der bisherigen bloßen Prüfungspflicht zu einer konditionierten **Bevorzugungspflicht** fortentwickelt. Die öffentliche Hand soll nach dem Willen des Gesetzgebers **verpflichtet** sein, **insbesondere bei der Auftragsvergabe** Erzeugnisse zu **bevorzugen**, die in besonderer Weise den Zielen der Kreislaufwirtschaft dienen und unter umwelt-, ressourcenschutz- und abfallrechtlich relevanten Aspekten besonders vorteilhaft sind. Aufgrund der stringenteren Vorgabe (Pflicht) für die öffentliche Hand hat der Gesetzgeber die einzelnen Anforderungen im Vergleich zur alten Prüfungspflicht wesentlich detaillierter beschrieben.<sup>1</sup>

Die öffentlichen Stellen des Bundes sind also **verpflichtet**, solche Erzeugnisse in ihren Vergabeverfahren **zuzulassen** und zu **bevorzugen**. Denn bei § 45 Abs. 2 KrWG handelt es sich um eine **echte und unmittelbare geltende Rechtspflicht** der öffentlichen Stellen des Bundes.

## 2. Rechtfertigung von Ausnahmen

Wollen öffentliche Auftraggeber des Bundes von der Bevorzugungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG abweichen, sind sie dazu nur bei Vorliegen der Gründe nach § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG berechtigt: keine Eignung der Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck; unzumutbare Mehrkosten; kein ausreichender Wettbewerb; entgegenstehende anderen Rechtsvorschriften. Das Vorliegen solcher Ausnahmegründe im Einzelfall muss der betreffende öffentliche Auftraggeber begründen und im Vergabevermerk dokumentieren.

---

<sup>1</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [BT-Drs. 19/19373](#) v. 20.05.2020, S. 70 f.



**Kopp-Assemmacher & Nusser**

UMWELT PLANUNG PRODUKTE

**Use of European public procurement law as  
Instrument for the promotion of circular economy management  
– Policy Document (EN) –**

on behalf of  
FEhS – Institut für Baustoff-Forschung e.V., Duisburg

edited by  
Rechtsanwalt Gregor Franßen, EMLE (Madrid)  
2024/20

Düsseldorf, den 21. September 2021

Kopp-Assemmacher & Nusser  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB  
Bleichstraße 14 · 40211 Düsseldorf  
T: +49 (0) 211 / 540 13 777 20  
F: +49 (0) 211 / 540 13 777 11  
M: +49 (0) 173 / 712 23 54  
[franssen@kn-law.de](mailto:franssen@kn-law.de)  
[www.kn-law.de](http://www.kn-law.de)

**Kanzlei**  
Kopp-Assemmacher & Nusser  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

[www.kn-law.de](http://www.kn-law.de)  
Sitz: Berlin  
AG Charlottenburg PR 1060 B

**Büro Düsseldorf**  
Bleichstraße 14  
40211 Düsseldorf

**Büro Berlin**  
Friedrichstraße 186  
10117 Berlin

**JUV 2018**  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres für  
Umwelt- und Planungsrecht



The European waste legal framework of the EU is clearly oriented towards the goals of resource conservation through circular economy management. The use of by-products from the steel industry as slag-based construction materials and as fertilizers serves the purpose of waste prevention and thus circular economy management. Moreover, the circular economy management of mineral waste, which is produced during construction work, e.g. through the dismantling of slag-based building materials, as secondary building materials in new construction and conversion projects is also an important measure of the circular economy management. However, a prerequisite for this is a corresponding demand for these by-products and secondary building materials. The waste policy of the European Union has long been aimed at stimulating such demand in the public procurement sector in an environmentally and circular economy-friendly manner. However, European public procurement law lacks concrete and binding specifications for the inclusion of environmental and circular economy management criteria in public procurement. In order to implement European environmental policy, European public procurement law should therefore be supplemented by a concrete binding regulation. A proposed wording is provided here.

## **I. EU waste legal framework for the circular economy**

According to Art. 1 Directive 2008/98/EC on waste (Waste Framework Directive – WFD), the generation and management of waste should be designed in such a way that it contributes to the protection of the environment and human health. To this end, the harmful effects of the generation and management of waste shall be prevented or reduced, the overall impact of resource use shall be reduced and the efficiency of resource use shall be improved. The following are some of the means by which the objectives of waste legislation are to be achieved:

According to the priority order in the waste hierarchy, waste should primarily be prevented. Otherwise, waste should primarily be prepared for reuse, recycled as a secondary priority and then recovered in some other way, subordinately. At the bottom of the waste hierarchy is the disposal of waste.

Waste prevention, which is at the top of the waste hierarchy priority order, is closely related to the qualification of a substance or object as a by-product. This is because by-products, such as slags from the steel industry, are not waste. If a substance or object is to be qualified as a by-product, this also prevents the generation of waste. In this context, particular reference should be made to the by-product requirement under Art. 5 para. 1 lit. a) WFD, according to which the further use of the substance/object must be certain. This by-product requirement can only be met if there is sufficient demand for the substance/object in question.



Beyond the waste hierarchy that locates recycling according to Art. 5 para. 1 letter c) WFD on the third level of the priority order, especially Art. 8 WFD (extended producer responsibility) and Art. 11 WFD (re-use and recycling) contain Union regulations relating to recycling. According to Art. 11 para. 1 subpara. 2 Hs. 1 WFD, Member States shall take measures to promote high quality recycling.

## II. Waste policy of the European Union

In addition to the legal requirements, there are also a number of political programmes at European level in the field of waste management which (also) deal with resource conservation, resource efficiency and the circular economy in general and aim to promote it, as well as qualifying public procurement as a suitable instrument for promoting the circular economy.

### 1. Previous EU waste policy

In the EU's waste policy to date, among other programmes, the "Europe 2020" strategy, the "2030 Agenda" and the "EU Protocol on Construction and Demolition Waste" are particularly noteworthy.

In its "Europe 2020" strategy from 2010, the EU Commission proposed the flagship initiative "Resource-efficient Europe" in order, among other things, to decouple economic growth from resource use. In this context, the EU Commission stated that one of its tasks **at EU level** would be to develop a framework for the use of market-based instruments, including support for **environmentally friendly public procurement**. The EU Commission also called for the use of regulation, building regulations and market-based instruments such as **public procurement** to reduce the consumption of energy and resources.

In its "Flagship Initiative for a Resource-efficient Europe" of early 2011, the EU Commission identified as one component a strategy to make the EU a circular economy, based on a recycling society with the aim of reducing waste generation and using waste as a resource. To this end, the EU Commission believes that measures to improve resource efficiency should not only target the supply side, but also the demand side, for example through **environmentally friendly public procurement** (green public procurement – GPP).

In addition, the EU Commission published the "EU Protocol on the Management of Construction and Demolition Waste" in September 2016. The protocol aims to increase confidence in the process of managing construction and demolition waste and to convince people about the quality of recycled materials from construction and demolition waste. With regard to public sector representatives working at local, regional and national level, the European Commission considers,



among other things, **appropriate public procurement and appropriate incentives** to be a key area. The EU Commission even considers the construction industry to be a priority sector for **environmentally oriented public procurement**.

## 2. Programmatic further development of EU waste policy

In order to develop the EU economy into a climate-neutral, resource-efficient and competitive economy, the EU Commission developed a new growth strategy in December 2019 with the European Green Deal. Among other things, it aims to mobilize industry for a clean and recycling-oriented economy and to promote energy- and resource-efficient construction and renovation. The European Green Deal includes a strategy for sustainable products. This also includes **strengthening public procurement**. Public authorities should ensure that their **procurement is environmentally friendly**. According to the European Green Deal, the Commission will propose **further legislation and guidelines for green public procurement**.

An important element of the European Green Deal is the new Circular Economy Action Plan of March 2020, which sets out a strategy for a sustainable product policy. The action plan aims to scale up the circular economy from front-runners to the mainstream economic players. The importance of **environmentally oriented public procurement** for a sustainable product policy is also emphasised. On the basis of the already existing EU criteria for Green Public Procurement (GPP), which provide clear and verifiable environmental criteria for the public procurement of products and services, the Commission intends to consider the **introduction of mandatory requirements**. It is planned to introduce **minimum mandatory green public procurement criteria and targets from 2021**. In the construction industry and the building sector, the "level(s)" instrument for integrating life cycle assessment in public procurement will be used. Level(s) is a voluntary reporting framework to improve the sustainability of buildings.

## III. Proposal for the optimisation of the EU legal framework for public procurement

At European level, there are **currently no mandatory rules for an environment or circular economy management oriented public procurement**. In order to fully exploit the potential of public procurement as an instrument for promoting the circular economy, it is therefore advisable to supplement the Public Procurement Directive with appropriate regulations. Where environmental criteria can (but do not have to) already be taken into account in the procurement procedure under the Public Procurement Directive, binding requirements for the inclusion of environmental aspects that can be used to promote the circular economy should be included in the Public Procurement Directive.



Art. 18 of the Public Procurement Directive regulates the principles of procurement. It should be supplemented by a new third paragraph to emphasise the fundamental importance of environmental criteria in public procurement. A **new Art. 18 para. 3 of the Public Procurement Directive** could read as follows:

*“When awarding public contracts, contracting authorities shall take into account environmental protection, recycling and resource conservation aspects in accordance with the provisions of this Directive.”*

A new Art. 42a should be added after Art. 42 of the Public Procurement Directive on the requirements for technical specifications in the contract documents and before Art. 43 of the Public Procurement Directive on the requirements for labels. The provisions of a new Art. 42a should oblige the contracting authorities to take into account aspects of environmental protection, recycling management and resource conservation when describing the works, supplies or service to be procured in the procurement documents. A **new Art. 42a of the Public Procurement Directive** could read as follows:

*“In defining and describing the contractual performance to be procured, contracting authorities must include and allow products, objects and substances which*

- 1. have been produced in processes which are resource-saving, energy-saving, water-saving, low-pollutant or, as in particular by-products, low-waste;*
- 2. have been produced by preparing for re-use, by recycling or by other recovery of waste, in particular by using recycled materials, or from renewable raw materials, or can be prepared for re-use, recycled or otherwise recovered when providing the works, supplies or services to be procured;*
- 3. are characterised by durability, ease of repair, reusability and recyclability; or*
- 4. result in less waste or lower-pollutant waste than other products, substances or objects or are better suited to environmentally friendly waste management and circular economy management.*

*Contracting authorities may not exclude such products, substances or objects in the descriptive document and other procurement documents. The obligation shall apply provided that the products, objects or substances are suitable for the intended procurement purpose, their procurement or use does not give rise to unreasonable additional costs, sufficient competition is ensured and no other legal provisions conflict with it. If contracting authorities invoke an exception under sentence 3, they*



*must include the reasons they invoke in the contract award notice referred to in Article 84.”*

Art. 67 of the Public Procurement Directive regulates the contract award criteria. After Art. 67 para. 2 of the Public Procurement Directive, which regulates the basic requirements regarding price or cost, using a cost-effectiveness approach, as award criteria, a new paragraph 2a should be inserted in Art. 67 of the Public Procurement Directive, which obliges the contracting authorities to use aspects of environmental protection, recycling management and resource conservation as award criteria. A **new Art. 67 para. 2a of the Public Procurement Directive** could read as follows:

*“Where products, objects and substances referred to in Art. 42a sentence 1 may be used in the performance of the works, supplies or service to be procured, the contracting authorities shall identify the most economically advantageous tender on the basis of the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of criteria relating to environmental protection, circular economy management and resource conservation linked to the subject-matter of the public contract in question.”*

Art. 84 of the Public Procurement Directive regulates the requirements for the award notice to be drawn up by the contracting authorities on their procurement procedure. Following the new Art. 42a sentence 4 (see above) proposed here, a new para. 1 sentence 1 letter h) should be inserted in Art. 84 of the Public Procurement Directive, obliging contracting authorities to include in the award notice, where appropriate, the reasons they invoke if they do not wish to include and allow the products, objects and substances referred to in the new Art. 42a sentence 1 in the definition and description of the works, supplies or services to be procured for a reason stated in the new Art. 42a sentence 3. A **new Art. 84 para. 1 sentence 1 letter h) of the Public Procurement Directive** could read as follows:

*"Article 84*

*Individual reports on procedures for the award of contracts*

*1. For every contract or framework agreement covered by this Directive, and every time a dynamic purchasing system is established, contracting authorities shall draw up a written report which shall include at least the following*

*[...]*



## Kopp-Assemmacher & Nusser

UMWELT PLANUNG PRODUKTE

*(h) where applicable, the reasons referred to in the third sentence of Article 42a for the contracting authority's decision not to include and allow products, objects or substances referred to in the first sentence of Article 42a."*

Gregor Franßen, EMLE (Madrid)  
Rechtsanwalt



### 3. Vergaberelevanz der Bevorzugungspflicht

Die **Bevorzugungspflicht** des § 45 Abs. 2 KrWG ist nach dem Willen des Gesetzgebers gerade auch für das **Vergabeverfahren** relevant. Die Beachtung von **Umweltaspekten** wird durch das [GWB \(§ 97 Absatz 3 GWB\)](#) anerkannt und umfasst alle Aspekte der Beschaffung (Bedarfsermittlung, Leistungsbeschreibung, Eignung, Zuschlagskriterien, Auftragsausführung). Die Vergabeverordnung ([VgV](#)) stellt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte hinsichtlich der umweltbezogenen Aspekte Anforderungen an die Beschaffer, die zur Erfüllung des Zwecks des KrWG anzuwenden sind. Wichtige Hinweise geben hierbei insbesondere die Berechnung von Lebenszykluskosten, höchste Energieeffizienzklassen, die Berechnung des Energieverbrauchs, das Vorliegen eines Umweltmanagementsystems oder der Nachweis von Gütezeichen, soweit diese auf die zu beschaffenden Liefer- oder Dienstleistungen anwendbar sind. **Nachhaltige Beschaffung im Sinne einer Kreislaufwirtschaft** bedeutet, dass die Nachhaltigkeit der Waren und Dienstleistungen über ihren gesamten Lebenszyklus inklusive Wiederverwendung gewährleistet wird und die **öffentliche Hand** damit auch ihrer **Vorbildfunktion beim nachhaltigen Konsum** gerecht wird. Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte enthält die Unterschwellenvergabeordnung ([UVgO](#)) vergleichbare Regelungen.<sup>2</sup>

### 4. Pflicht zur Bevorzugung von Nebenprodukten, bspw. aus der Stahlindustrie

Der Begriff des **Erzeugnisses** ist dabei im Sinne der Terminologie des KrWG auszulegen und erfasst alle Stoffe und Gegenstände, die kein Abfall (mehr) sind. § 45 bezieht sich daher nicht nur auf gezielt hergestellte Hauptprodukte, sondern auch auf **Nebenprodukte, die die Anforderungen des § 4 KrWG erfüllen**, sowie auf Stoffe und Gegenstände, deren Abfalleigenschaft nach den Anforderungen des [§ 5 KrWG](#) beendet ist. Die einzelnen Umweltaspekte stehen zueinander im Verhältnis der Alternativität („oder“). Es müssen daher nicht alle Anforderungen kumulativ erfüllt werden. Es ist ausreichend, dass die Voraussetzungen einer Nummer vorliegen, damit die Bevorzugungspflicht greift.<sup>3</sup>

Folglich erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift insbesondere auch auf **Nebenprodukte<sup>4</sup> der Stahlindustrie**, aus denen bspw. durch Aufbereitung von verschiedenartigen Eisenhüttenschlacken **mineralische Ersatzbaustoffe** hergestellt werden.<sup>5</sup> Öffentliche Auftraggeber auf Ebene des Bundes sind daher **verpflichtet**, in den jeweiligen Vergabeunterlagen ihrer Vergabeverfahren solche **schlackenbasierten Erzeugnisse der Stahlindustrie zuzulassen und zu bevorzugen**.

<sup>2</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [BT-Drs. 19/19373](#) v. 20.05.2020, S. 71.

<sup>3</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung in [BT-Drs. 19/19373](#) v. 20.05.2020, S. 72.

<sup>4</sup> Vgl. Franßen/Hinzer, Gutachten „Nebenprodukt-Einstufung von Eisenhüttenschlacken“ vom 26.01.2023.

<sup>5</sup> Vgl. dazu die bspw. neuen Definitionen von Hochofenstückschlacke (HOS) und Stahlwerksschlacke (SWS) in § 2 Nr. 18 und Nr. 20 der neuen Ersatzbaustoffverordnung, die am 01.08.2023 in Kraft treten wird und die HOS und SWS als mineralische Ersatzbaustoffe i.S.d. § 2 Nr. 1 EBV anspricht, die in technische Bauwerke i.S.d. § 2 Nr. 3 EBV eingebaut werden dürfen.