

NEWSLETTER: ÖFFENTLICHER SEKTOR – MAI 2022

10 MAY 2022 • ARTICLE



Willkommen zu unserer Mai 2022 Ausgabe des Öffentlichen Sektor Newsletters von Watson Farley & Williams.

In der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters möchten wir wieder über derzeitigen Entwicklungen im Bereich des öffentlichen Sektors informieren.

Den großen Herausforderungen z.B. in den Bereichen Digitalisierung, Klima- und Umweltschutz sowie Energiewende wird zunehmend durch die Schaffung der politischen Rahmenbedingungen begegnet, die mit einer entsprechenden Regulierung flankiert werden. Die Geschwindigkeit der Festlegung neuer Strategien, Leitlinien und Rechtsrahmen zur Umsetzung der erforderlichen Infrastruktur- und Digitalisierungsprojekte ist enorm. Insbesondere werden zunehmend die Rechtsgrundlagen für eine staatliche (Ko-)Finanzierung solcher Projekte geschaffen, um die Realisierung zu beschleunigen.

Lösungsansätze zum Umgang mit Rohstoff- und Lieferengpässen – mit dem Thema des Monats möchten wir Sie über die Möglichkeiten zum Umgang mit der aktuellen Krisensituation in anstehenden, laufenden oder bereits abgeschlossenen Beschaffungsvorhaben informieren und aufzeigen, mit welchen Ansätzen sichergestellt wird, dass überhaupt Angebote eingehen und eine Bedarfsdeckung ermöglicht wird.

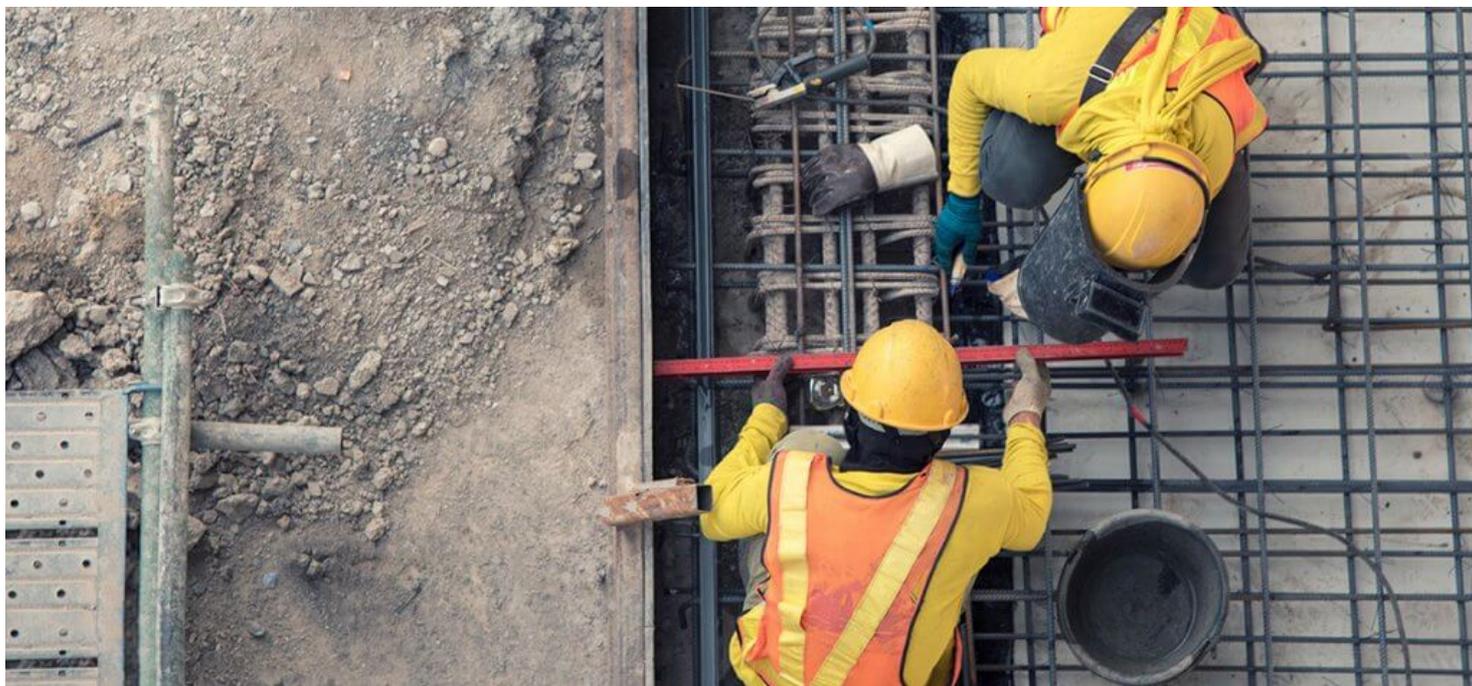
Zudem haben wir wieder eine Auswahl praxisrelevanter Entwicklungen in der Gesetzgebung sowie in der aktuellen Rechtsprechung zusammengestellt.

THEMA DES MONATS

Preisgleitklauseln in Verträgen – Lösungsansätze zum Umgang mit Rohstoff- und Lieferengpässen

Bereits die Coronapandemie führte zu einer erheblichen Belastung der (internationalen) Lieferketten, so dass es zu ersten Rohstoff- und Lieferengpässen kam. Diese Entwicklung hat sich weiter infolge des Kriegsgeschehens in der Ukraine verschärft und führt zu einer zunehmenden Verknappung von Rohstoffen sowie explodierenden Energiekosten. Daraus resultieren erhebliche Preissteigerungen z.B. im Baugewerbe.

Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen („BMWSB“) reagierte auf ebendiese Entwicklungen und erließ am 25. März 2022 einen Erlass über Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs („Erlass“). Der Erlass enthält Hinweise, wie öffentliche Auftraggeber diesen Herausforderungen vor, während und nach einem Vergabeverfahren begegnen können. Auf Grundlage dieses Erlasses haben auch zahlreiche Bundesländer eigene Handreichungen veröffentlicht, um Hilfestellungen für Beschaffungsmaßnahmen zu geben.



I. Anwendungsbereich

Der Erlass richtet sich aufgrund der Regelungskompetenz des BMWSB grundsätzlich an öffentliche Auftraggeber des Bundes. Allerdings hat z.B. das Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg bereits angekündigt, den Erlass für den Bereich des staatlichen Hochbaus übernehmen zu wollen. Auch das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr hat mit Rundschreiben vom 31. März 2022 den Erlass für bayerische Landesbehörden für anwendbar erklärt.

Daraus ergibt sich, dass die Inhalte des Erlasses indizielle Wirkung für die Beschaffungsvorhaben sämtlicher öffentlicher Auftraggeber haben und Aufschluss darüber geben, wie in zukünftigen, laufenden oder abgeschlossenen Vergabeverfahren den Schwierigkeiten von steigenden Rohstoff- und Energiepreisen begegnet werden kann. Folglich können die getroffenen Aussagen in sämtlichen Beschaffungsbereichen und unabhängig von dem Auftragswert und damit der sog. Ober- oder Unterschelle als Hilfestellung herangezogen werden.

II. Inhalte des Erlasses

Der Erlass differenziert zwischen neuen und laufenden Vergabeverfahren sowie Anpassungen in bestehenden Verträgen.

1. Für neu durchzuführende Vergabeverfahren stellt der Erlass klar, dass diese trotz der mit den Preissteigerungen einhergehenden Unwägbarkeiten durchzuführen sind, sofern Ausschreibungsreife besteht. Insofern sollen die Instrumente des Vergabe- und Vertragsrechts zur Problemlösung herangezogen werden.

Der Erlass gibt mit Verweis auf die Richtlinie zum Formblatt 225 VHB vor, dass vor Einleitung von Vergabeverfahren sog. Stoffpreisklauseln für Bau- und Betriebsstoffe in die Vergabeunterlagen aufzunehmen sind, um dem durch den Ukraine-Krieg nicht kalkulierbaren Preisrisiko entgegenzutreten zu können. Dies gilt indes nur dann, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung oder Fertigstellung einen Monat überschreitet und der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes wertmäßig mindestens 1 Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme beträgt. Die Richtlinie zum Formblatt 225 VHB sieht dabei vor, wie die Indizes zu berechnen und die Stoffpreisgleitklausel auszugestalten ist.

Unabhängig von den engen Vorgaben der Richtlinie zum Formblatt 225 VHB ist öffentlichen Auftraggebern die Aufnahme derartiger Stoffpreisgleitklauseln (oder auch Wertsicherungs- oder Preisgleitklauseln) in die Vertragsunterlagen zu empfehlen. Zumal öffentliche Auftraggeber außerhalb der Bundesverwaltung nicht an diese Vorgaben gebunden sind, sondern eigene Stoffpreisgleitklauseln entwerfen können. Es empfiehlt sich dabei, an einen objektiven Wert in Form eines bereits bestehenden Index, wie etwa dem Erzeugerpreisindex gewerblicher Produkte des Statistischen Bundesamtes anzuknüpfen. Hierdurch kann eine objektive Abbildung der steigenden Preise und ein angemessener Interessenausgleich erfolgen.

Weiterhin sollen zur Sicherstellung des Wettbewerbs die Vertragsfristen der aktuellen Situation angepasst und Vertragsstrafen nur in begründeten Ausnahmefällen vereinbart werden. In Hinblick auf die Vertragsfristen ist dabei zu empfehlen, diese von den Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen und gegebenenfalls im Verhandlungsverfahren festzulegen. Von Vertragsstrafen sollte hingegen gänzlich abgesehen werden, da diese das Risiko der Materialbeschaffung in der gegebenen Situation gänzlich auf den Auftragnehmer abwälzen und dieser sein Angebot entsprechend höher kalkulieren oder ganz vom Vergabeverfahren Abstand nehmen wird.

2. Für laufende Vergabeverfahren stellt der Erlass klar, dass – sofern die Angebotseröffnung noch nicht erfolgt ist – Stoffpreisgleitklauseln nachträglich in die Vergabeunterlagen bzw. in das Vertragswerk einbezogen werden können und die Angebotsfrist dann zu verlängern ist. Auch sind Bieterfragen zur Vereinbarung einer Stoffpreisgleitklausel grundsätzlich zu entsprechen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Lieferung oder Fertigstellung einen Monat unterschreitet oder der Stoffkostenanteil des betroffenen Stoffes wertmäßig ein Prozent der von der Vergabestelle geschätzten Auftragssumme unterschreitet.

Auch hier gilt, dass aufgrund der indiziellen Wirkung des Erlasses öffentlichen Auftraggebern außerhalb der Bundesverwaltung Spielraum für die Anpassung der Vertragsunterlagen im bereits laufenden Vergabeverfahren eingeräumt wird, um den steigenden Material- und Energiepreisen entgegenzutreten zu können. Ist die Angebotseröffnung bereits erfolgt, ohne dass eine Stoffpreisgleitklausel in die Vertragsunterlagen aufgenommen wurde, so ist das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Auftragsausführung in den Stand vor der Angebotsabgabe zurück zu versetzen, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können. Indes ist die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wegen Unwägbarkeiten hinsichtlich der Entwicklung Material- und Energiepreisen nicht in den vergaberechtlichen Vorschriften von VgV und (EU) VOB/A vorgesehen. Dies stellt läuft zudem dem Vertrauensschutz der Bieter und der Verpflichtung zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften aus § 97 Abs. 6 GWB entgegen, sodass es einer entsprechenden Rechtsgrundlage bedarf.

Als solche lässt sich die Vorschrift des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV bzw. § 17 Abs. 1 Nr. 3 (EU) VOB/A heranziehen. Danach kann ein Vergabeverfahren immer dann aufgehoben werden, wenn neben einem unwirtschaftlichen Ergebnis der Ausschreibung (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV) „andere schwerwiegende Gründe“ bestehen. Von der Rechtsprechung ist dabei anerkannt, dass die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens als milderer Mittel gegenüber der Aufhebung zulässig ist (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06).

Vor dem Hintergrund des Erlasses können damit die Unwägbarkeiten im Hinblick auf die unvorhersehbaren Preissteigerungen und die damit verbundenen Streitigkeiten als solch einen „schwerwiegenden Grund“ angesehen werden. Dies leuchtet auch deshalb ein, da die Vorschrift darauf abzielt, den Auftraggeber vor unwirtschaftlichen Folgen der Auftragsausführung – wie etwa Streitigkeiten über die Anpassung des Preises – zu schützen.

3. Schließlich enthält der Erlass verschiedene Vorgaben, wie im Falle bereits bestehender Verträge zu verfahren ist.

Der Erlass stellt klar, dass es sich bei nicht oder vorübergehend nicht, auch nicht gegen höhere Einkaufspreise als kalkuliert, beschaffbaren Produkten um einen Fall der höheren Gewalt bzw. um ein nicht abwendbares Ereignis i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B handelt. Dementsprechend sind die Ausführungs- bzw. Lieferfristen um die Dauer der Nichtlieferbarkeit zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B zu verlängern. Weiter stehen dem Auftraggeber keine Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen den Auftragnehmer zu. Umgekehrt gerät aber auch der Auftraggeber gegenüber den Folgegewerken nicht in Annahmeverzug, wenn sich deren Leistung in der Folge verschieben muss (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 – VII ZR 194/13).

Zudem wird festgehalten, dass die Erhöhung der Produktpreise eine Störung der Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB darstellen, woraus für den Auftragnehmer ein Anspruch auf die Anpassung des Vertrages erwächst. Dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage liegt dabei der Gedanke zu Grunde, dass Verträge immer dann anzupassen sind, wenn beide Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (stillschweigend) übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass sich die Umstände, auf denen der Vertrag geschlossen wurde (d.h. die Geschäftsgrundlage), nicht ändern. Kommt es aber zu einer solchen Änderung, die die Parteien nicht vorhergesehen haben und auch nicht vorhersehen konnten, so kann der Vertrag angepasst werden, sofern das Risiko der Änderung der Umstände nicht einer Partei durch den Vertrag oder das Gesetz zugewiesen ist und die Anpassung der jeweils anderen Partei zumutbar ist.

Nach dem Erlass stellt der Ukraine-Krieg und die hieraus folgenden Preissteigerungen eine solche unvorhersehbare Änderung der Geschäftsgrundlage dar, sodass die Verträge anzupassen sind. Hieran ändert es auch nichts, dass das Risiko der Materialbeschaffung typischerweise dem Auftragnehmer zugewiesen ist, da dies nicht für Fälle höherer Gewalt gelte.

In Bezug auf die Höhe der Anpassung, bis zu der den Parteien die Preisanpassung zumutbar ist, ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Starre Festlegungen sind in der Praxis kaum zielführend. Vielmehr ist die Frage der Zumutbarkeit im Wege einer Gesamtbetrachtung zu beantworten, in die die tatsächlichen Mehrkosten, der Anteil des Produktes am Gesamtvolumen des Auftrags, den gegebenenfalls entstehenden Verzögerungen bei Realisierung des Projekts, der Dringlichkeit der Fertigstellung, das Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung bei Unnachgiebigkeit, Folgekosten einer gescheiterten Einigung sowie die Betrachtung von sonstigen Alternativen einzustellen sind.

In diese Richtung weist auch der Erlass, wenn es dort heißt:

„Dabei ist nicht auf die einzelne Position, sondern auf eine Gesamtbetrachtung des Vertrages abzustellen. Je geringer der Anteil einer betroffenen Position am Gesamtauftragsvolumen ist, desto höher wird die anzusetzende Schwelle sein. [...] Eine ohne Vertragsanpassung drohende Insolvenz des Unternehmens ist einerseits zwar nicht Voraussetzung, andererseits genügt es nicht, wenn die höheren Materialpreise den kalkulierten Gewinn aufzehren.“

Zu beachten ist auch, dass eine Verweigerung des öffentlichen Auftraggebers zur Anpassung der Preise für die Realisierung des Projekts kaum zielführend ist und auch keine Alternativen zur Verfügung stehen. Dem öffentlichen Auftraggeber sind wegen der Marktlage gewissermaßen die Hände gebunden, sodass ein kooperativer Ansatz erfolgsversprechender ist als die Vorgabe einer starren Prozentregelung. Jedoch wird die Übernahme von mehr als die Hälfte der Mehrkosten nach dem Erlass für den Auftraggeber unzumutbar sein. Grundlage für die Anpassung sind die reinen Materialpreise.

Kann die Zumutbarkeit für die Parteien nicht hergestellt werden, so steht dem Auftragnehmer gemäß § 313 Abs. 3 BGB ein Rücktrittsrecht zu.

Der Erlass weist gemäß den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen darauf hin, dass allein der Auftragnehmer die Preissteigerungen darzulegen und zu beweisen hat, indem er seine Urkalkulation offenlegt und die Preissteigerung mit Hilfe von Nachweisen – wie etwa Indizes oder Rechnungen aus vergangenen Aufträgen – plausibilisiert.

Zudem wird weiter darauf hingewiesen dass gemäß § 58 BHO (für die Länder gilt inhaltsgleich § 58 der entsprechenden LHO) Verträge zum Nachteil des Bundes und zu Gunsten der Unternehmen auch unterhalb der Schwelle der gestörten Geschäftsgrundlage geändert werden können. Erforderlich ist das Vorliegen eines begründeten Ausnahmefalls oder wenn dies für den Staat zweckmäßig und wirtschaftlich ist. Für Kommunen können entsprechende Leitlinien aus dem haushaltsrechtlichen Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit abgeleitet werden.

Für den Begriff des „Nachteils“ in § 58 BHO/LHO sowie für das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist eine Gesamtabwägung aller Vor- und Nachteile der jeweiligen Beschaffungsmaßnahme anzustellen. Ergibt sich aus dieser Abwägung demnach, dass eine Anpassung von Preisen den termingerechten Fortgang einer Beschaffungsmaßnahme fördert, Auseinandersetzungen an anderer Stelle vermieden werden könne, Verwaltungsaufwand und Folgekosten (etwa durch längere Nutzung eines Ersatzmietobjekts) erspart werden, dann liegt bereits kein Nachteil in diesem haushaltsrechtlichen Sinne vor und ist das Gebot von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gewahrt.

Schließlich geht der Erlass darauf ein, dass eine nachträgliche Änderung von Verträgen, im Falle der Preissteigerungen oder der Nichtverfügbarkeit von Materialien nicht wesentlich i.S.d. § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB ist und somit nicht zu der grundsätzlich gebotenen Verpflichtung zur Neuausschreibung bei wesentlicher Auftragsänderung führt. Denn zum einen werde durch eine derartige Änderung – wie sie hier erläutert wurde oder durch die nachträgliche Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel erfolgen kann – das wirtschaftliche Gleichgewicht gerade nicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben (§ 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB). Vielmehr wird dieses wieder hergestellt, wobei zu beachten ist, dass die Vertragsanpassung nicht zu einer Besserstellung des Auftragnehmers führen darf. Insofern sind auch deshalb die Preissteigerungen konkret nachzuweisen.

Zudem ist eine Auftragsänderung gemäß § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB immer dann zulässig, wenn die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte. Dies entspricht der Konstellation des § 313 Abs. 1 BGB, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

III. Geänderter Beihilfenrahmen

Da grundsätzlich der Erlass von bestehenden Forderungen oder Vertragsänderungen zugunsten von Unternehmen auch beihilferechtliche Bedeutung haben, können diese Möglichkeiten durch einen geänderten Beihilferechtsrahmen der Europäischen Union flankiert werden. Die Mitteilung der Europäischen Kommission „Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine 2022/C 131 I/01“ vom 24. März 2022 erklärt, dass durch den Krieg in der Ukraine und der wirtschaftlichen Folgen eine beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben der Mitgliedsstaaten i.S.d. Art. 107 Abs. 3 Buchs. b) AEUV vorliegt. Daher können unter bestimmten Voraussetzungen bspw. Beihilfen in Form von „Zuschüssen [...] Vergünstigungen in Bezug auf andere Zahlungen oder etwa in Form von rückzahlbaren Vorschüssen, Garantien, Darlehen oder Eigenkapital“ bis zu einer Höhe von EUR 400.000,00 gewährt werden. Im Einzelfall können unter weiteren Voraussetzungen Beihilfen bis zu EUR 25 Millionen (bzw. für Unternehmen, die in bestimmten Wirtschaftszweigen wie der Erzeugung von Aluminium und anderen Metallen tätig sind, bis zu EUR 50 Millionen) gewährt werden.

IV. Fazit

Insgesamt wird deutlich, dass das Vergabe- und Vertragsrecht ausreichende Instrumente bietet, um den gegenwärtigen Herausforderungen durch Rohstoff-, Material- und Energiepreise, ausgelöst durch den Ukraine-Krieg, interessengerecht gelöst werden können. Hierbei bedarf es – da konkrete Vorgaben aufgrund der Vielschichtigkeit der Projekte der öffentlichen Hand durch das Gesetz kaum möglich sind – eines kooperativen Ansatzes einerseits aber auch einer angemessenen Nachweisführung durch die Unternehmen andererseits, um eine Bereicherung vermeiden zu können.

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

Bundesministerium für Digitales und Verkehr – Aktuelle Gigabitstrategie des Bundes

Das Bundesministerium für Digitales und Verkehr veröffentlichte am 17. März 2022 die Eckpunkte zur Gigabitstrategie des Bundes. Mit den Eckpunkten zur Gigabitstrategie will die Bundesregierung passende Rahmenbedingungen zum Glasfaser- und Mobilfunkausbau festschreiben.

Folgende zentrale Maßnahmen sieht die Gigabitstrategie vor:

1. Zur Beschleunigung des Glasfaser- und Mobilfunkausbaus müssen bau- und wegerechtliche Genehmigungsverfahren vereinfacht werden. In Betracht kommt die Möglichkeit zum Baustart noch vor Erteilung der Baugenehmigung (für die Errichtung von Mobilfunkmasten), die Verringerung der Grenzabstände, die für Mobilfunkmasten vorgesehen sind und die Genehmigungsfreistellung für mobile Masten und Änderungen an bestehenden Mobilfunkmasten. Die Bundesländer sind aufgerufen bis Ende 2022 entsprechende Gesetzesänderungen vorzunehmen.

2. Der Einsatz alternative Verlegetechniken, wie z.B. Trench-, Fräs-, und Pflugverfahren oder die Mitnutzung bestehender oberirdischer Telekommunikationsleitungen soll mittels Pilotprojekten sowie durch die Standardisierung der Verlegeprozesse vorangetrieben werden.
3. Zudem ist der Aufbau eines Gigabit-Grundbuchs beabsichtigt, mit dem beispielsweise Informationen über unterversorgte Gebiete, mitnutzbare Infrastrukturen, Grundstücke und Liegenschaften des Bundes, der Länder und Kommunen angerufen werden können.
4. Ab 2023 gibt der beihilferechtliche Rahmen die Möglichkeit, ohne Aufgreifschwelle auch Haushalte zu fördern, die bereits mit 100 Mbit/s versorgt sind. Im geförderten Glasfaserausbau soll die Antragsstellung zukünftig komplett digital ablaufen. Es sollen größere Fördercluster gebildet werden, um eine stärkere Abdeckung zu erreichen.
5. Schließlich ist die flächendeckende Mobilfunkversorgung Teil der Gigabitstrategie. Im Rahmen eines Mobilfunkförderprogramms werden Mobilfunklücken in unwirtschaftlichen Gebieten geschlossen. Bereits seit Februar 2022 können sich die Standortbetreiber für die Mobilfunkförderung bewerben. Durch die zukunftsfähige Dimensionierung und Anbindung geförderter Infrastrukturen mit Glasfaser wird nicht nur die 4G-Versorgung sichergestellt, sondern auch die Basis für die bedarfsgerechte Umstellung auf den 5G Mobilfunk gelegt.
6. Zur Verbesserung der Mobilfunkversorgung an Bahnstrecken sollen ab 2023 die Frequenzen für den Mobilfunk entlang von Bahnstrecken besser genutzt werden. Zudem wird geprüft, ob zusätzliche Maßnahmen (z.B. Repeater, frequenzdurchlässige Scheiben, WLAN-Hotspots an Bahnhöfen) notwendig sind.
7. Die Entwicklung innovativer 5G-Anwendungen soll durch einen 5G-Innovationswettbewerb vorangetrieben werden, um damit Zutrittsbarrieren zu zukünftigen Geschäftsmodellen, u.a. für Campusnetze, zu verringern.

Mehr zum Thema

Inkrafttreten der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energie-beihilfen 2022 der Europäischen Kommission

Die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 vom 18. Februar 2022 sind in Kraft getreten und gelten für alle Beihilfen aus diesen Bereichen, die ab dem 27. Januar 2022 gewährt werden bzw. werden sollen. Die Leitlinien stellen die wesentlichen Grundregeln auf, anhand derer die Europäische Kommission die Vereinbarkeitsprüfung mit dem europäischen Beihilfenrecht vornimmt.

Die Leitlinien sollen zur Erreichung der Ziele des europäischen „Green Deals“ beitragen. Insbesondere Beihilfen zur Verringerung und zum Abbau von Treibhausgasemissionen durch neuartige Umwelt- und Verkehrstechnologien sind nunmehr förderfähig. Auch Beihilfen für saubere Mobilität im Bereich des Erwerbs und des Leasings von sauberen Fahrzeugen und dem Aufbau von Lade- oder Tankinfrastruktur werden in den neuen Leitlinien erwähnt.

Gleichzeitig werden derzeit die Regelungen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) überarbeitet. Diese enthalten Regelungen, auf deren Grundlage die Mitgliedstaaten der EU staatliche Beihilfen ohne vorherige Anmeldung bei der Europäischen Kommission durchführen können. Auch in der AGVO werden die Regelung dergestalt angepasst, dass grüne Investitionen erleichtert werden.

Mehr zum Thema

Wasserstoff als Zukunftstechnologie – aktuelle Entwicklungen und Fördermöglichkeiten

Dass Wasserstoff das große Thema im Bereich Zukunftstechnologie sein wird, ist mittlerweile in aller Munde. Fraglich ist jedoch, wie zum einen die regulatorischen und vergaberechtlichen Anforderungen an die Thematik sind und gleichzeitig welche Förderprogramme im Bereich bereits jetzt und in Zukunft zur Verfügung stehen werden. Derzeit bestehen bereits verschiedene regulatorische Anknüpfungspunkte, weitere werden folgen. Insbesondere im Bereich Mobilität, konkret Fahrzeuge bestehen bereits erste Ansätze.

Mit dem Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz), welches der Umsetzung der Clean Vehicle Richtlinie (EU) 2019/1161 vom 20. Juni 2019 dient, werden für das öffentliche Beschaffungswesen verbindliche Mindestanforderungen in Form von Beschaffungsquoten für emissionsarme und -freie Pkw und leichte und schwere Nutzfahrzeuge festgelegt. Die Festlegungen gelten seit dem 2. August 2021, wobei die konkreten Beschaffungsquoten stufenweise in den nächsten Jahren in Kraft treten.

Auch im Bereich der Fördermöglichkeiten bestehen erste Programme. So gibt es zum einen die Förderrichtlinie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für internationale Wasserstoffprojekte im Rahmen der Nationalen Wasserstoffstrategie und des Konjunkturprogramms: Corona-Folgen bekämpfen, Wahlstand sicher, Zukunftsfähigkeit stärken vom 27. September 2021. Dieses ist darauf gerichtet die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des grünen Wasserstoffs und der daraus erzeugten Derivate sowie die Speicherung, Transport und integrierte Anwendungstechnologien zu fördern.

Weiter besteht die Förderrichtlinie des Bundesministerium für Digitales und Verkehr für Maßnahmen der Marktaktivierung im Rahmen des Nationalen Innovationsprogramms Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie Phase 2 (Schwerpunkt Nachhaltige Mobilität) als Teil des Regierungsprogramms Wasserstoff- und Brennstofftechnologie 2016 bis 2026 – von der Marktvorbereitung zu wettbewerbsfähigen Produkten vom 5. Juli 2021. Mit dem Förderprogramm soll Mobilität mit Wasserstoff- und Brennstoffzellen in den nächsten zehn Jahren wettbewerbsfähig im Markt etabliert werden. Dabei sind sowohl die fahrzeugseitige Technologie und Systeme als auch die entsprechende Kraftstoffinfrastruktur beinhaltet. Ziel des Programms ist die Förderung der Marktaktivierung. Gefördert werden Vorhaben im Bereich der Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie, insbesondere im Straßen-, Schienen-, Wasser- und Luftverkehr sowie in Sonderanwendungen.

Außerdem besteht die Förderrichtlinie des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur für Maßnahmen der Marktaktivierung im Rahmen des Nationalen Innovationsprogramms Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie Phase 2 (Schwerpunkt Nachhaltige Mobilität) als Teil des Regierungsprogramms Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie 2016 bis 2026 – von der Marktvorbereitung zu wettbewerbsfähigen Produkten vom 5. Juli 2021. Das Programm ist in der Zielsetzung ähnlich dem vorgenannten Förderprogramm. Allerdings werden mit diesem Programm Zuschüsse für Forschungs- und Entwicklungsvorhaben bzw. Durchführbarkeitsstudien. Außerdem werden Zuschüsse für Innovationscluster gewährt.

Weiter ist zu vermerken, dass aufgrund der neuen Leitlinien der Europäischen Kommission für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (2022(C 80/01) sowohl Beihilfen für die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff förderfähig sind, als auch solche für saubere Mobilität im Bereich des Erwerbs und des Leasings von sauberen Fahrzeugen und dem Aufbau von Lade- oder Tankinfrastruktur.



AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Überschrift Besserstellung von EU-Lieferketten verstößt gegen Gleichheitsgrundsatz (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021 – Verg 54/20)

Eine Besserstellung von Produkten, deren Fertigungsstufen allesamt in der Europäischen Union liegen, durch Vorsehen eines Wirtschaftlichkeitsbonus im Rahmen der Wertung zu bevorzugen, verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten – von einigen Ausnahmen abgesehen – weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

Ausschluss eines Angebots wegen Änderung der Vergabeunterlagen nur bei unmissverständlichen Vorgaben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.04.2022 – Verg 32/21)

Der Ausschluss des Angebots eines Bieters wegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen setzt voraus, dass die Angaben in den Vergabeunterlagen, von denen das Angebot eines Bieters abweicht, eindeutig sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche und mehrdeutige Angaben rechtfertigen keinen Ausschluss, da Zweifel an der Auslegung und fehlende eindeutige Vorgaben grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers gehen.

Erhöhter Koordinierungsaufwand rechtfertigt keine Gesamtvergabe (VK Westfalen, Beschluss vom 13.08.2021 – VK 3-26/21)

Die Frage, ob gemäß § 97 Abs. 4 GWB Fachlose zu bilden sind, ist für jede in Betracht kommende Leistung getrennt zu beantworten. Das bedeutet zum einen, dass die wirtschaftlichen oder technischen Gründe sich auf die jeweilige Leistung beziehen müssen, die für eine getrennte Losvergabe in Betracht kommt. Dabei sind leistungsübergreifende Überlegungen in einem Projekt nur dann einzubeziehen, sofern auch und gerade die jeweilige Leistung betroffen ist. Das Vergaberecht sieht grundsätzlich keine "Flucht ins vergabefreie Privatrecht" vor, indem Leistungen als Auftragsbündel an einen Auftragnehmer vergeben werden, damit dieser dann, ohne dem Vergaberecht unterworfen zu sein, die einzelnen Leistungsbestandteile an Nachunternehmer vergibt.

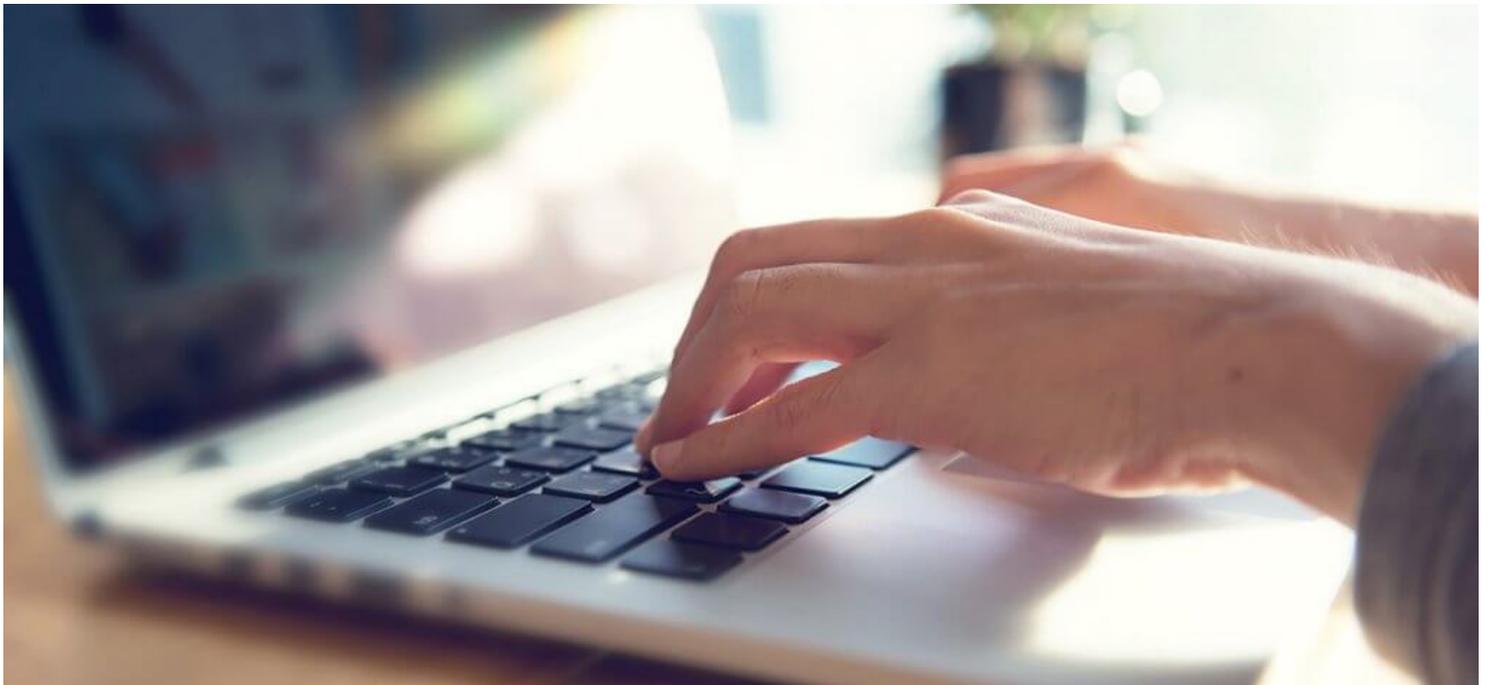
Preiserläuterung ist keine Änderung an den Vergabeunterlagen (VK Westfalen, Beschluss vom 09.02.2022 – VK 2-59/21)

Öffentliche Auftraggeber können konkrete Vorgaben zur Angabe von Preisen und zur Darlegung der Kalkulation aufstellen. Diese schränken zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter ein und kanalisieren in gewissem Umfang den Preiswettbewerb, beruhen jedoch auf der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers. Wie sonstige Festlegungen des Auftraggebers unterliegen sie dem Gebot der Eindeutigkeit und Bestimmtheit. Eine auf Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers vorgenommene Erläuterung zur Kalkulation des Einheitspreises ändert den Angebotsinhalt nicht, solange damit keine Preisänderungen einhergehen.

Verstoß gegen Vergaberecht führt zu Widerruf der Fördermittel (VG Cottbus, Urteil vom 21.12.2021 – 3 K 2560/17)

Die Auflage im Zuwendungsbescheid zur Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen durch den Zuwendungsempfänger ist bindend. Bei Verfehlung des mit der Gewährung von öffentlichen Zuschüssen verfolgten Zwecks ist die Rückforderung der Zuwendung der Regelfall (sog. intendiertes Ermessen).

VERANSTALTUNGEN



Veranstaltungen	Datum	Referent
Behörden Spiegel: Rechtsabteilung 4.0 – Das Justizariat der öffentlichen Hand	10. – 11. 05.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M. Dr. Jonathan Möller

Veranstaltungen	Datum	Referent
Deutsches Vergabernetzwerk (DVNW): Ausschreibung von Modellen des Mitarbeiterfahrradleasing im Wege der Entgeltumwandlung - vergabe- und vertragsrechtliche Ausgestaltung der Beschaffung	24.05.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M. Sebastian Hamm
Deutsches Vergabernetzwerk (DVNW): Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben - Förderbedingungen und aktueller Vergaberechtsrahmen	31.05.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M. Dr. Jonathan Möller
WFW: Digitalisierungsmaßnahmen nach dem KHZG – Wie setze ich die Projekte jetzt vergabe- und vertragsrechtlich richtig um?	02.06.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M. Annabelle Forster, LL.M.
IHK Stuttgart: So nehmen Sie an öffentlichen Ausschreibungen teil – 10 Aspekte für eine erfolgreiche Bewerbung	21.06.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.
Klinikimmobilie: Nachhaltigkeit in Krankenhäusern – was ist vergaberechtlich bei Beschaffungen umsetzbar?	29. – 30. 06.2022	Dr. Felix Siebler, LL.M.

KEY CONTACTS



DR FELIX SIEBLER LL.M.

PARTNER • GERMANY

T: +49 89 237 086 155

fsiebler@wfw.com

DISCLAIMER

Watson Farley & Williams is a sector specialist international law firm with a focus on the energy, infrastructure and transport sectors. With offices in Athens, Bangkok, Dubai, Dusseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Hong Kong, London, Madrid, Milan, Munich, New York, Paris, Rome, Seoul, Singapore, Sydney and Tokyo our 700+ lawyers work as integrated teams to provide practical, commercially focussed advice to our clients around the world.

All references to 'Watson Farley & Williams', 'WFW' and 'the firm' in this document mean Watson Farley & Williams LLP and/or its affiliated entities. Any reference to a 'partner' means a member of Watson Farley & Williams LLP, or a member, partner, employee or consultant with equivalent standing and qualification in WFW Affiliated Entities. A list of members of Watson Farley & Williams LLP and their professional qualifications is open to inspection on request.

Watson Farley & Williams LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC312252. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and its members are solicitors or registered foreign lawyers.

The information provided in this publication (the "Information") is for general and illustrative purposes only and it is not intended to provide advice whether that advice is financial, legal, accounting, tax or any other type of advice, and should not be relied upon in that regard. While every reasonable effort is made to ensure that the Information provided is accurate at the time of publication, no representation or warranty, express or implied, is made as to the accuracy, timeliness, completeness, validity or currency of the Information and WFW assume no responsibility to you or any third party for the consequences of any errors or omissions. To the maximum extent permitted by law, WFW shall not be liable for indirect or consequential loss or damage, including without limitation any loss or damage whatsoever arising from any use of this publication or the Information.

This publication constitutes attorney advertising.