



LEITFADEN

Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben in Kommunen

Eine Handreichung

Impressum

Herausgeber:

Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena)
Chausseestraße 128 a
10115 Berlin

Tel.: +49 (0)30 66 777-0
Fax: +49 (0)30 66 777-699

E-Mail: info@dena.de
Internet: www.dena.de

Autorinnen und Autoren der dena:

Hannes Salomon
Julia Schmidt

Autor BBG und Partner Rechtsanwälte:

Dr. Gerrit Landsberg

Bildnachweis:

Titel: Getty Images/I-Wei Huang

Stand:

04/2023

Alle Rechte sind vorbehalten. Die Nutzung steht unter dem Zustimmungsvorbehalt der dena.

Bitte zitieren als:

Deutsche Energie-Agentur (Hrsg.) (dena, 2023) „LEITFADEN: Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben in Kommunen“



**Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz**

Die Veröffentlichung dieser Publikation erfolgt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz. Die Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena) unterstützt die Bundesregierung in verschiedenen Projekten zur Umsetzung der energie- und klimapolitischen Ziele im Rahmen der Energiewende.

Inhalt

1	Einleitung	4
2	Beschaffungsmodelle und wirtschaftliche Anreize.....	5
2.1	Beschaffungsmodelle	5
2.2	Restwert von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben	5
2.3	Erlöse aus der Treibhausgasminderungs-Quote	6
3	Rechtliche Grundlagen	7
3.1	Anwendbares Vergaberecht	7
3.2	Das Vergabeverfahren.....	9
3.2.1	Wichtige Aspekte des Vergabeverfahrens	10
4	Praktische Hilfestellungen	14
4.1	Beschaffung von Fahrzeugen und deren benötigter Betankungs- oder Ladeinfrastruktur	14
4.1.1	Technologieoffene Ausschreibung vs. Beschränkung auf eine Technologie	14
4.1.2	Eignung.....	16
4.1.3	Wertung	17
4.2	Integration von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben bei der Vergabe straßengebundener Verkehrsleistungen im ÖPNV.....	18
4.2.1	Technologieoffene Ausschreibung (konventionelle und alternative Antriebe)	18
4.2.2	Ansätze zur Förderung alternativer Antriebe	19
	Literaturverzeichnis.....	22
	Abkürzungen.....	23

1 Einleitung

Das 2021 novellierte Klimaschutzgesetz sieht vor, dass Deutschland bis zum Jahr 2045 die Treibhausgasneutralität erreichen soll. Der Verkehrssektor muss dazu bis 2030 eine Treibhausgasreduktion von 48 Prozent gegenüber dem Basisjahr 1990 beitragen.

Die Umstellung kommunaler Fuhrparks und Flotten des ÖPNV birgt dabei große Chancen, alternative Antriebe zu fördern, sichtbar zu machen und Emissionen zu senken. Viele Städte und Kommunen besitzen bereits eigene Klimaschutz- oder Elektromobilitätskonzepte. Damit leisten sie einen wertvollen Beitrag zur regionalen Wertschöpfung und fördern durch eine dauerhafte Senkung des Energieverbrauchs den nachhaltigen Umgang mit Ressourcen. Auch kostenseitig lohnen sich alternative Antriebskonzepte immer mehr, nicht zuletzt aufgrund steigender Energiepreise, politischer Förderprogramme und zunehmender Skaleneffekte bei Fahrzeugherstellern und Infrastrukturbetreibern.

Um diese Potentiale auszuschöpfen, führte die Europäische Union im Jahr 2019 mit der Clean Vehicles Directive (CVD)¹ neue Mindeststandards für die öffentliche Beschaffung von sauberen und energieeffizienten Straßenfahrzeugen ein. Mit der nationalen Umsetzung der Vorgaben der CVD im Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz - SaubFahrzeugBeschG)² stehen Bund, Länder und Kommunen seit August 2021 vor der gesetzlichen Verpflichtung, konkrete Quoten für die Beschaffung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge zu erreichen.

In dem vorliegenden Leitfaden³ werden nach einer Einordnung der Beschaffungsmodelle und wirtschaftlichen Anreize, die rechtlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens erläutert und anhand von Beispielen und Formulierungshilfen für die praktische Umsetzung in den Kommunen verdeutlicht.⁴ Der Leitfaden wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) von der dena erarbeitet.

¹ Richtlinie (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1161>.

² <http://www.gesetze-im-internet.de/saubfahrzeugbeschg/BJNR169110021.html>

³ Die im Leitfaden enthaltenen Ausführungen und Empfehlungen wurden sorgfältig zusammengestellt. Es wird jedoch keine Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der bereitgestellten Inhalte übernommen. Der Leitfaden dient lediglich zu Informationszwecken. Seine Inhalte stellen keine Rechtsberatung dar. Sie können insbesondere keine individuelle rechtliche Beratung ersetzen, welche die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt. Soweit über Fälle, insbesondere Gerichtsentscheidungen berichtet wird, darf aus deren Ergebnissen nicht auf einen notwendigerweise ähnlichen Ausgang in anderen Fällen geschlossen werden.

⁴ An dieser Stelle sei auch auf die Informationen des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) zur Umsetzung der CVD verwiesen <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/clean-vehicles-directive.html>

2 Beschaffungsmodelle und wirtschaftliche Anreize

Zwei alternative Antriebskonzepte können derzeit als zentrale Optionen für die Erfüllung der Anforderungen der CVD-Richtlinie und des Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetzes insbesondere an saubere Pkw und leichte Nutzfahrzeuge betrachtet werden: batterieelektrische Fahrzeuge und Wasserstoff-Brennstoffzellenfahrzeuge. Ferner legt die CVD-Richtlinie bzw. das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz ein Unterziel für die Beschaffung lokal emissionsfreier Busse im ÖPNV fest. Biomethangasfahrzeuge sind nur im Bereich der sauberen schweren Nutzfahrzeuge anrechenbar. Weiterhin existiert für emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge die Option von Oberleitungen für den ÖPNV und Schwerlastverkehr, wenn nur ein emissionsfreier Antriebsstrang genutzt wird. Die Antriebskonzepte unterscheiden sich hinsichtlich ihrer technischen Charakteristika, Umwelteffekte und Kosten. Ausführliche Erläuterungen zu den Antriebstechnologien sind unter www.alternativ-mobil.info zu finden.

Im Folgenden werden drei technologieübergreifende Themen dargestellt, die für die Beschaffung von sauberen und energieeffizienten Fahrzeugen besonders relevant sind: Beschaffungsmodelle, Fahrzeugrestwerte und Erlöse durch die Treibhausgasquote.

2.1 Beschaffungsmodelle

Bei der Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben für den Fuhrpark existieren unterschiedliche Modelle: Kauf, Leasing, Anmietung oder Mietkauf. Gemeinden und ebenso Landkreise können sich für die Beschaffung auch zusammenschließen (Pooling). Dadurch können Sonderkonditionen bei Kauf und Leasing erzielt werden, wodurch die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung erhöht werden kann. Bei einem Kauf wird in der Regel mit deutlich längeren Nutzungsdauern⁵ gerechnet, sodass die Kosten auf einen längeren Nutzungszeitraum umgelegt werden. Beim Leasingmodell sind deutlich kürzere Beschaffungszyklen üblich, wodurch über den vergleichbaren Zeitraum die Nutzung neuerer Fahrzeuge gewährleistet werden kann. Auch ein Leasing für benötigte Hardware (Ladestationen und -kabel) ist möglich. Die spezifischen Beschaffungsmodelle weisen Vor- und Nachteile auf, die individuell von der Kommune oder dem Beschaffungswesen geprüft werden müssen.

2.2 Restwert von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben

Für die Bestimmung der Gesamtkosten eines Fahrzeuges ist die Restwertentwicklung relevant. Während es für Fahrzeuge mit Verbrennungsmotor bereits eine umfassende Datenbasis für Modelle, Segmente und einzelne Marken gibt, ist der bisherige Datenumfang des Gebrauchtwagenmarktes für Fahrzeuge mit alternativen Antrieben deutlich geringer. Die Restwerte für batterieelektrische Fahrzeuge sind zum aktuellen Zeitpunkt durch zahlreiche Faktoren beeinflusst. Elektrofahrzeuge werden voraussichtlich mit verbesserten Reichweiten und voranschreitendem Ausbau der Ladeinfrastruktur weiter an Attraktivität gewinnen. Förderungen durch den Staat, erhöhte Steuern für Verbrenner und Anreize für den Kauf gebrauchter

⁵ Die typische Nutzungs- bzw. Haltedauer von Flottenfahrzeugen im Pkw-Segment (Dienstwagenflotte) liegt in Deutschland beispielsweise bei durchschnittlich vier Jahren. Die typische private Nutzungs- bzw. Haltedauer von Pkw liegt in Deutschland beispielsweise durchschnittlich zwischen 6,5 und 9,5 Jahren.

Fahrzeuge können die Nachfrage steigern. Zusätzlich können sich ein geringer Wartungsaufwand, hohe Zuverlässigkeit und ausreichende Garantien positiv auf das Vertrauen in gebrauchte Fahrzeuge auswirken.

2.3 Erlöse aus der Treibhausgasminderungs-Quote

Mit der Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote (THG-Quote) ergibt sich neben dem wichtigen Beitrag zum Klimaschutz im Verkehr ein weiteres Argument für die Umstellung auf Fahrzeuge mit alternativen Antrieben. Unternehmen, die CO₂-emittierende Kraftstoffe, vor allem Diesel und Benzin, in Verkehr bringen (z. B. Mineralölunternehmen), sind zur Erfüllung der THG-Quote verpflichtet, was einer Verpflichtung zur Einsparung von CO₂-Emissionen entspricht. Über den THG-Quotenhandel können verpflichtete Unternehmen durch den Kauf von eingesparten CO₂-Emissionen von Dritten (z. B. Energieversorgungsunternehmen, Ladepunktbetreiber o. Ä.) die ihnen gesetzlich vorgegebene CO₂-Reduktion erreichen. Seit 1. Januar 2022 können auch alle Halter elektrisch betriebener Fahrzeuge⁶ ihre Emissionsminderungen verkaufen. Hierdurch kann nun ein finanzieller Anreiz für kommunale Fuhrparkbetreiber, Stadtwerke oder Verkehrsunternehmen entstehen, alternative Antriebe und Kraftstoffe aus erneuerbaren Energien innerhalb ihrer Flotten bzw. Fuhrparks einzusetzen. Die zu erzielenden Erlöse aus dem THG-Quotenhandel variieren je nach eingesetztem Kraftstoff und Zertifikatpreisen und können die Wirtschaftlichkeit der Flotten erhöhen. Der Handel mit eingesparten CO₂-Emissionen, den THG-Quoten, wird dabei verstärkt über Zwischenhändler abgewickelt, die die CO₂-Zertifikate von verschiedenen Fahrzeughaltenden bündeln und schließlich in großer Stückzahl an verpflichtete Unternehmen verkaufen. Sowohl private als auch gewerbliche Halter von E-Pkw können durch diese Art des Quotenhandels derzeit jährliche Einnahmen von ca. 250 bis 350 Euro pro Fahrzeug erzielen. Für batterieelektrische Busse bewegen sich die jährlichen Einnahmen durch die THG-Quote derzeit bei rund 12.000 bis 13.000 Euro.

⁶ Dies umfasst alle Halter von LEVs, BEVs sowie E-Busse. PHEV-Fahrzeuge sind hiervon ausgenommen. Durch diese Neuerung ist nun auch das nicht öffentliche Laden innerhalb des THG-Quotenhandels anrechenbar.

3 Rechtliche Grundlagen

Wollen Landkreise und Kommunen die Umstellung ihres kommunalen Fuhrparks oder des öffentlichen Personennahverkehrs auf alternative Antriebsformen vorantreiben, müssen die entsprechenden Fahrzeuge oder Verkehrsleistungen auch rechtssicher beschafft werden. Hierfür werden zunächst die rechtlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens näher beleuchtet. Anschließend wird anhand von konkreten Beispielen und Formulierungshilfen aufgezeigt, wie kommunale Gebietskörperschaften im Beschaffungsprozess Fahrzeuge mit alternativen Antrieben integrieren bzw. berücksichtigen können.

3.1 Anwendbares Vergaberecht

Zu Beginn der Ausschreibung stellt sich die Frage, welches Vergaberecht anwendbar ist. Dies ist eine entscheidende Weichenstellung, da das Vergabeverfahren je nach anwendbarem Vergaberecht unterschiedlich auszugestalten ist.

Das deutsche Vergaberecht gliedert sich zunächst in zwei unterschiedliche, voneinander zu trennende Bereiche: das europarechtlich geprägte Kartellvergaberecht (sogenannter Oberschwellenbereich) und das nationale haushaltsrechtliche Vergaberecht (sogenannter Unterschwellenbereich). Für die Frage, welches Vergaberecht bei der Vergabe von Aufträgen Anwendung findet, ist der jeweilige Schwellenwert des anzuwendenden Vergaberechts entscheidend. Anhand des geschätzten Auftragswerts ist zu prüfen, ob der maßgebliche Schwellenwert, ab dem das Kartellvergaberecht Anwendung findet, überschritten wird.

Die Schwellenwerte werden durch die EU-Kommission festgesetzt und im Amtsblatt der EU bzw. auf nationaler Ebene im Bundesanzeiger veröffentlicht. Die Schwellenwerte für das Kartellvergaberecht betragen derzeit 215.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Konzessionen bzw. 431.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich.

Beispiel: Bei der Beschaffung von Fahrzeugen für einen kommunalen Fuhrpark handelt es sich um Lieferaufträge; die Beschaffung von Straßenverkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr stellt dagegen einen Dienstleistungsauftrag dar. Ob es sich dabei jeweils um einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag im Sektorenbereich handelt, lässt sich nicht verallgemeinernd darstellen und ist im Einzelfall stets genau zu prüfen.

Sondervergaberecht kann allerdings im Bereich des **ÖPNV** in bestimmten Konstellationen Anwendung finden: zum einen die VO (EG) 1370/2007⁷, zum anderen das sogenannte Sektorenvergaberecht⁸.

Grundsätzlich erfolgt die Vergabe von öffentlichen Busverkehrsleistungen als sogenannter Bruttovertrag, d. h., das Erlörisiko liegt vollständig beim kommunalen Aufgabenträger. Der Busunternehmer erhält dabei für seine Leistungen eine feste Vergütung, während der kommunale Aufgabenträger die Erlöse aus Fahrkartenverkäufen für sich verbucht. In diesem Fall richtet die Vergabe sich nach allgemeinem Vergaberecht. Anders stellt sich die Lage jedoch bei einer sogenannten Dienstleistungskonzession dar. Diese liegt vereinfacht gesagt vor, wenn das Erlörisiko bei Nettoverträgen (zumindest überwiegend) beim

⁷ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32007R1370>.

⁸ Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasser- und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO), https://www.gesetze-im-internet.de/sectvo_2016/BJNR065700016.html.

Busunternehmer liegt. Obwohl es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handelt, sind in diesem Fall gemäß § 149 Nr. 12 GWB die Regelungen über die Vergabe von Konzessionen (KonzRL, §§ 148 ff. GWB und KonzVgV) nicht anwendbar. Vielmehr gilt hier das Sondervergaberecht der VO 1370/2007.

Die Anwendbarkeit des Sektorenvergaberechts ist wiederum für Auftraggeber vor allem deshalb interessant, weil die SektVO einige Privilegien im Vergleich zur Vergabe nach der VgV vorsieht. Der größte Vorteil ist dabei, dass der Auftraggeber nach § 13 Abs. 1 SektVO zwischen den verschiedenen Vergabeverfahren frei wählen kann. Der Sektorenauftraggeber kann stets nur auf das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zurückgreifen. Für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gelten hingegen auch im Sektorenvergaberecht entsprechende Zulässigkeitsbeschränkungen gemäß § 13 Abs. 2 SektVO. Die SektVO findet gemäß § 1 Abs. 1 SektVO Anwendung bei der Vergabe von Aufträgen und der Ausrichtung von Wettbewerben zum Zwecke von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten) durch Sektorenauftraggeber. Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten in diesem Zusammenhang vor allem die Fragen, wann eine Sektorentätigkeit vorliegt und wer als Sektorenauftraggeber im Sinne der Norm anzusehen ist.

Gemäß § 102 Abs. 4 HS. 1 GWB ist wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Sektorentätigkeit im Bereich Verkehr die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen. Voraussetzung ist dabei, dass der Auftraggeber die Verkehrsleistungen selbst erbringt. Die bloße Organisation solcher Dienstleistungen macht den Auftraggeber nicht zu einem Sektorenauftraggeber.⁹ In diesem Zusammenhang ist vor allem die Anwendung des Sektorenvergaberechts auf sogenannte reine Konzessionsgesellschaften¹⁰ mit Unsicherheiten behaftet.

Neben der Frage nach dem anzuwendenden Vergaberecht ist für den kommunalen Aufgabenträger ebenfalls interessant, ob er über die Umstellung der kommunalen Fahrzeugflotte oder des ÖPNV auf alternative Antriebe frei entscheiden kann oder ob **landesrechtliche Vorgaben** die Umstellung auf alternative Antriebe eventuell sogar zwingend vorschreiben. Letzteres ist jedoch nicht der Fall. Zwar existieren neben den bundesweit geltenden Vorgaben in Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und im Saarland¹¹ weitere Regelungen über die Beschaffung umweltfreundlicher Fahrzeuge.¹² Wie aber bereits der Wortlaut der Vorschriften zeigt, handelt es sich dabei um bloße „Soll“-Vorschriften, die keine zwingenden Vorgaben für die Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben enthalten. Auch in den Gesetzesbegründungen der jeweiligen Landesgesetze finden sich keine Hinweise, die eine gegenteilige Annahme stützen würden.

Auf derselben Linie liegen die Klimaschutzpläne von Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt.¹³ Diese lassen zwar erkennen, dass die Länder einen Handlungsbedarf sehen und erste

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.11.2012 – VII-Verg 11/12.

¹⁰ Zum Begriff der Konzessionsgesellschaften vgl. Benjamin Linke: Die Zukunft reiner städtischer Konzessionsgesellschaften im ÖPNV – Eigenproduktionspflichten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, Verkehr und Technik 2010, 463–466.

¹¹ Die sogenannten Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg wurden im Rahmen dieses Leitfadens nicht betrachtet.

¹² Art. 4 Abs. 3 Satz 1 BayÖPNVG: „Der öffentliche Personennahverkehr soll mit Fahrzeugen bedient werden, die bei der Beschaffung dem Stand der Technik und den Belangen des Umweltschutzes sowie den Anforderungen an Sicherheit, Bequemlichkeit, Verkehrsbeschleunigung und Aufwandssenkung entsprechen.“

§ 2 Abs. 4 Nr. 3 NNVG: „Die Fahrzeuge sollen umweltverträglich und bequem sein.“

§ 1 Abs. 5 NVG RLP: „Die Weiterentwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs durch neue Technologien, insbesondere durch umweltfreundliche Antriebe sowie digitalisierte Informations- und Vertriebswege, soll technologieoffen umgesetzt werden.“

§ 4 Abs. 4 HS. 1 ÖPNVG SL: „Die Fahrzeuge, die baulichen Anlagen und die Fahrgastinformationssysteme sollen bei Neuinvestitionen dem Stand der Technik und den Belangen des Umweltschutzes sowie den Anforderungen an Sicherheit und Barrierefreiheit entsprechen.“

¹³ Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept Baden-Württemberg, Stand: 15.07.2014, S. 115, abrufbar unter: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/2_Presse_und_Service/Publikationen/Klima/140715_IKK.pdf (Stand: 12.03.2021); Integrierter Klimaschutzplan Hessen 2025, S. 25 f., abrufbar unter: https://umwelt.hessen.de/sites/default/files/media/hmuelv/integrierter_klimaschutzplan_web_barrierefrei.pdf (Stand: 12.3.2021); Klimaschutzplan NRW, S. 256–257, abrufbar unter: https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/Broschueren/klimaschutzbericht_nrw_151201.pdf (Stand: 12.03.2021); Klima- und Energiekonzept Sachsen-Anhalt (Stand: 05.02.2019), S. 177, abrufbar unter: <https://mule.sachsen->

Schritte hin zu einer Dekarbonisierung der Fahrzeugflotten der öffentlichen Hand und des ÖPNV unternehmen wollen, enthalten aber ebenfalls keine verbindlichen Vorgaben, sondern lediglich Empfehlungen oder Maßnahmenpakete, die den Klimaschutz in den Fokus der Beschaffung rücken.

Zudem finden sich in den Klimaschutzgesetzen von Bayern, Rheinland-Pfalz und Thüringen verbindliche Vorgaben für die Beschaffung der öffentlichen Hand. Diese gelten jedoch nur für die landeseigene Verwaltung. In Bezug auf kommunale Verwaltungsträger wird lediglich die Vorbildfunktion der Landesverwaltung hervorgehoben.¹⁴ Vergleichbare Regelungen für die Beschaffung kommunaler Fuhrparke existieren – soweit ersichtlich – nicht.

Schließlich können sich aus für den Auftraggeber geltenden Verwaltungsvorschriften weitere Verpflichtungen ergeben. So ist beispielsweise am 01.01.2022 die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) sowie die AVV Saubere Fahrzeuge¹⁵ für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Dienststellen des Bundes in unmittelbarer Bundesverwaltung in Kraft getreten.

3.2 Das Vergabeverfahren

Nachfolgend werden die verschiedenen Verfahrensarten sowie ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen skizziert und einige der wichtigsten Aspekte des Vergabeverfahrens (Leistungsbeschreibung, Eignung, Wertung, Losaufteilung, Auftragswertschätzung/Aufhebung des Verfahrens sowie Leistungsänderungen/Optionen) schlaglichtartig beleuchtet.

Oberhalb der Schwellenwerte stehen den öffentlichen Auftraggebern gemäß § 119 Abs. 1 GWB vier verschiedene Verfahrensarten zur Verfügung, die grundsätzlich in einem Vorrangverhältnis zueinander stehen: das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog. Die Wahl der richtigen Verfahrensart ist dabei von wesentlicher Bedeutung für öffentliche Auftraggeber, da sie den Ablauf des gesamten weiteren Verfahrens bestimmt.

Bei einem *offenen Verfahren* wird eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich durch Bekanntmachung des Auftrags im Supplement zum Amtsblatt der EU (www.ted.europa.eu) zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Vergabeunterlagen sind vom Auftraggeber an alle Bewerber abzugeben, die die Vergabeunterlagen anfordern. Es besteht somit eine unbeschränkte Teilnahmemöglichkeit.

Das *nicht offene Verfahren* unterscheidet sich vom offenen Verfahren hauptsächlich dadurch, dass statt eines einphasigen Wettbewerbs vor der Abgabe der Angebote ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. In diesem wird die Eignung der Bieter durch die Abforderung entsprechender Nachweise überprüft und es werden diejenigen geeigneten Bieter ausgewählt, die ein Angebot einreichen dürfen.

Gemäß § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB sind das offene und das nicht offene Verfahren vorrangig vor dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog durchzuführen. Zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren hat der Auftraggeber gemäß § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB jedoch die freie Wahl. Beide sind als gleichberechtigte Regelverfahrensarten zu qualifizieren, für deren Wahl keine besonderen

anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MLU/MLU/04_Energie/Klimaschutz/00_Startseite_Klimaschutz/190205_Klima-und_Energiekonzept_Sachsen-Anhalt.pdf (Stand: 12.03.2021).

¹⁴ Art. 3 Abs. 1 und 3 BayKlimaG; § 9 Abs. 1, 3 und 5 LKSG RLP; § 5 Abs. 1, 7 Abs. 4 ThürKlimaG.

¹⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/allgemeine-verwaltungsvorschrift-zur-beschaffung-klimafreundlicher-leistungen-avv-klima.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Am 01.01.2023 ist auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung über die Beschaffung von Straßenfahrzeugen in der Bundesverwaltung (AVV Saubere Fahrzeuge) in Kraft getreten: <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/oK11fh7hjJyOUIQ93ed/content/oK11fh7hjJyOUIQ93ed/BAnz%20AT%2030.12.2022%20B9.pdf?inline>.

Voraussetzungen vorliegen müssen.¹⁶ Sofern nicht im Einzelfall ausnahmsweise das Verhandlungsverfahren anwendbar ist, wird in der Praxis angesichts der kürzeren Verfahrensdauer üblicherweise das offene dem nicht offenen Verfahren vorgezogen.

Beim *Verhandlungsverfahren* wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das Verhandlungsverfahren dürfte bei der Beschaffung von Fahrzeugen oder Straßenverkehrsleistungen in der Regel nicht anwendbar sein. Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist nämlich nur dann anwendbar, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 14 Abs. 3 VgV erfüllt ist. Dies wiederum ist aber nur dann der Fall, wenn eine Verhandlungsbedürftigkeit des Beschaffungsgegenstandes besteht, d. h., wenn die Leistungen nicht auch in einem offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden könnten.¹⁷ Der kommunale Auftraggeber muss daher stets zunächst versuchen, den Leistungsgegenstand hinreichend zu beschreiben. Erst wenn es ihm objektiv unmöglich ist, die Leistungen und Leistungsbedingungen so eindeutig und verbindlich zu beschreiben, dass die Leistung ohne weitere Verhandlungen vergeben werden kann, darf er das Verhandlungsverfahren wählen.¹⁸ Bei der Beschaffung von Fahrzeugen oder Straßenverkehrsleistungen dürfte jedoch der Leistungsgegenstand regelmäßig gut zu beschreiben sein.

Beim *wettbewerblichen Dialog* handelt es sich um ein dreiphasiges Verfahren, welches in einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb, eine Dialog- und eine Angebotsphase untergliedert ist. In der Praxis spielt der wettbewerbliche Dialog in Deutschland angesichts seiner hohen Komplexität bislang praktisch keine Rolle, zumal bereits das (gleichrangige) Verhandlungsverfahren ein hohes Maß an Flexibilität ermöglicht.

3.2.1 Wichtige Aspekte des Vergabeverfahrens

Im Folgenden werden die wichtigsten Aspekte des Vergabeverfahrens bzw. der Vergabeunterlagen näher beleuchtet.

Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung bildet das Kernstück der Vergabeunterlagen. Ihr Inhalt bildet die wesentliche Grundlage des zivilrechtlichen Vertrages, der nach Abschluss des Vergabeverfahrens mit dem erfolgreichen Bieter geschlossen wird.¹⁹ Gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB ist in der Leistungsbeschreibung der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Bieter müssen aus der Leistungsbeschreibung Art und Umfang der geforderten Leistung zweifelsfrei erkennen und so ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten kalkulieren können.²⁰

Trotz dieser strengen Anforderungen gewährt der Gesetzgeber dem Auftraggeber bei der Leistungsbeschreibung einen weiten Spielraum, indem er nach § 121 Abs. 1 Satz 2 GWB neben der konventionellen Leistungsbeschreibung auch funktionale Leistungsbeschreibungen ausreichen lässt. Bei einer **konventionellen** (deskriptiven) **Leistungsbeschreibung** schreibt der Auftraggeber die Leistung detailliert und ohne eigene Gestaltungsmöglichkeit vor.

¹⁶ Buttler, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.): Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 15.

¹⁷ Vgl. zu § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV: VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.08.2019 – VK 1 – 13/19.

¹⁸ Dieckmann, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal (Hrsg.): VgV/UVgO, 2. Aufl., 2019, § 14 Rn. 39, 44.

¹⁹ VK Hessen, Beschl. v. 26.04.2007 – 69d VK-08/2007.

²⁰ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.04.2016 – 15 Verg 1/16.

Beispiel: Für den elektrischen Antrieb des Busses sind ein Zentralmotor, radnahe oder integrierte Radnabenmotoren zulässig.

Im Gegensatz dazu verlagert der Auftraggeber bei einer **funktionalen Ausschreibung** bestimmte Planungsaufgaben und Risiken auf den Bieter. Die funktionale Leistungsbeschreibung ermöglicht es so dem Auftraggeber, beim Bieter vorhandenes Know-how einzubeziehen und sich die unternehmerische bzw. technische Kreativität der Bieter zunutze zu machen.

Beispiel: Der Auftragnehmer gewährleistet den Einsatz von Fahrzeugen mit angemessener Motorleistung entsprechend den topografischen und betrieblichen Gegebenheiten sowie den Fahrplanvorgaben.

Eignung

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge nur an geeignete Unternehmen vergeben. Ein Unternehmen ist gemäß § 122 Abs. 2 Satz 1 GWB geeignet, wenn es bestimmte Eignungskriterien erfüllt, welche durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen festgelegt werden. Als Eignungskriterien kommen nach § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB ausschließlich die Kriterien Befähigung und Erlaubnis der Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Betracht.

Wertung

Unter der Wertung versteht man die Auswahl des Angebots, auf das der Zuschlag erteilt werden soll. Um eine solche Wertung vornehmen zu können, hat der Auftraggeber zuvor Zuschlagskriterien festzulegen, anhand derer die spätere Wertung vorzunehmen ist. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB hat der Zuschlag an das wirtschaftlichste Angebot zu erfolgen. Das wirtschaftlichste Angebot wiederum ist in § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB legal definiert und bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Als Zuschlagskriterien kommen damit zunächst der Preis oder die Kosten, gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB aber auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte in Betracht, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist.

Die Zuschlagskriterien sind gemäß § 58 Abs. 3 Satz 1 VgV in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben und – soweit möglich – zu gewichten. Die Gewichtung ist für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung, da diese maßgeblich über das Ergebnis der Vergabeentscheidung mitentscheidet. Außerdem muss der Auftraggeber festlegen, wie der Grad der Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Zuschlagskriterien bestimmt wird und anhand welcher Berechnungsformel/-methode die Angebote innerhalb der jeweiligen Zuschlagskriterien zueinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen.

Klassischerweise erfolgt dies mittels einer Punkteskala. Aber auch andere Bewertungssysteme – wie etwa eine Bewertungsmatrix mit Preisvorteilen – sind möglich.

Losaufteilung

Zum Schutz mittelständischer Unternehmen sieht § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB vor, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Die Aufteilung von Aufträgen ist nach dem Wortlaut des § 94 Abs. 4 Satz 2 GWB die Regel, von der der öffentliche Auftraggeber nur in den abschließend geregelten Ausnahmefällen des § 94 Abs. 4 Satz 3 GWB abweichen darf.²¹

²¹ BT-Drs. 16/10117, 15.

Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ausnahmsweise zusammen vergeben werden, wenn **wirtschaftliche oder technische Gründe** dies erfordern. Bei der Beurteilung, ob derartige Ausnahmegründe vorliegen, steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu.²²

Die Losaufteilung kann für den öffentlichen Auftraggeber allerdings einen im Einzelfall nicht unerheblichen Mehraufwand bedeuten. Zwar hat der Auftraggeber einen gewissen Mehraufwand zugunsten des Vorrangs der Losvergabe hinzunehmen.²³ Dies gilt jedoch nicht unbegrenzt. Von der losweisen Vergabe darf daher ausnahmsweise auch dann abgesehen werden, wenn es ansonsten zu einer derartigen **Zersplitterung** der Leistung kommen würde, dass eine einheitliche Gesamtleistung nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand herzustellen ist oder die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen unzumutbar erschwert wird.²⁴

Auftragswertschätzung und Aufhebung des Verfahrens

Hat ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren eingeleitet, darf er es nur unter bestimmten Voraussetzungen ohne Zuschlagserteilung wieder aufheben. Das Vergaberecht regelt an verschiedener Stelle, unter welchen strengen Voraussetzungen eine Aufhebung rechtmäßig ist (z. B. § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV, § 37 Abs. 1 VSVgV oder § 48 Abs. 1 UVgO). Ist keiner dieser Ausnahmetatbestände einschlägig, ist eine Aufhebung ohne Zuschlagserteilung rechtswidrig. Hebt der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise auf, ist er den beteiligten Bietern gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet.²⁵

Der in der Praxis relevanteste Fall einer Aufhebung ist der, dass die Angebote der Bieter allesamt deutlich über den ursprünglichen Kalkulationen des öffentlichen Auftraggebers liegen. Für diesen Fall kann eine Aufhebung gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV zulässig sein. Wann der geschätzte Auftragswert so deutlich überschritten ist, dass eine Aufhebung gerechtfertigt ist, lässt sich nicht durch allgemeinverbindliche Werte nach Höhe oder Prozentsätzen festlegen, sondern muss durch eine Interessenabwägung im Einzelfall festgestellt werden.²⁶ Beruht eine Überschreitung der Kostenschätzung jedoch auf einer nicht ordnungsgemäßen Kostenschätzung des Auftraggebers, berechtigt dies nicht zur Aufhebung eines Vergabeverfahrens mangels wirtschaftlichen Ergebnisses gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV.²⁷ Aus diesem Grund ist vor jedem Vergabeverfahren eine ordnungsgemäße Kostenschätzung erforderlich.

Leistungsänderungen/Optionen

In vielen Fällen hat der Auftraggeber bei nachträglich geändertem Bedarf ein Interesse daran, weitere Leistungen zu bestellen oder bestellte Leistungen zu ändern. Dabei ist der Auftraggeber grundsätzlich auf die Mitwirkung des Auftragnehmers angewiesen, da jede vertragliche Änderung grundsätzlich der beiderseitigen Zustimmung bedarf. Außerdem stellt sich das Problem, dass der Auftraggeber unter Umständen gemäß § 132 GWB gezwungen ist, die zusätzlichen Leistungen erneut öffentlich auszuschreiben. Anderenfalls könnten Wettbewerber benachteiligt werden.

Um dieses Problem von vornherein zu vermeiden, kann es sinnvoll sein, sich als öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe Optionsrechte zu sichern. Optionen sind Vertragsregelungen, die bedingte Auftragsänderungen – in der Regel Auftragsenerweiterungen – enthalten. Derartige Überprüfungsklauseln und Optionen sind nach § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB ohne Neuvergabe zulässig, wenn sie in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert waren, die notwendigen Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzung

²² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2011 – VII-Verg 63/10.

²³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2021 – VII-Verg 63/10.

²⁴ OLG Schleswig, Beschl. v. 13.10.2000 – 6 Verg 4/00; VK Lüneburg, Beschl. v. 08.08.2014 – VgK-22/2014.

²⁵ BGH, Urt. v. 09.06.2011 – X ZR 143/10, NZBau 2011, 498, 500.

²⁶ BGH, Urt. v. 20.11.2012 – X ZR 108/10, NZBau 2013, 180.

²⁷ BGH, Urt. v. 08.09.1998 – X ZR 99/96; VK Bund, Beschl. v. 25.10.2013 – VK 3 – 5/13.

möglicher Auftragsänderung enthalten und im Falle einer darauf gestützten Auftragsänderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert wird. Werden Optionen vorgesehen, so sind diese gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV zwingend bei der Schätzung des Auftragswerts zu berücksichtigen. Auch wenn eine Option gegebenenfalls nicht beauftragt wird, kann ihr geschätzter Wert dazu führen, dass der Auftrag nach den Vorgaben des Kartellvergaberechts im Oberschwellenbereich ausgeschrieben werden muss.

4 Praktische Hilfestellungen

In Kapitel 3 wurden die aus der CVD-Richtlinie bzw. dem Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz folgenden rechtlichen Anforderungen dargestellt. Im nachfolgenden Abschnitt werden die weiteren vergaberechtlichen Aspekte näher beleuchtet, auf die es bei der Integration alternativer Antriebe in das Vergabeverfahren maßgeblich ankommt. Da die Frage der Antriebsart sowohl die Vergabe von Verkehrsleistungen als auch die isolierte Fahrzeugbeschaffung betrifft, betreffen die Ausführungen beide Fälle gleichermaßen. Im Vordergrund steht dabei die richtige Ausgestaltung der bereits unter 3.2.1 beschriebenen Teile der Vergabeunterlagen „Leistungsbeschreibung“, „Eignung“ und „Wertung“. Die Darstellung erfolgt dabei differenziert nach der Beschaffung von Fahrzeugen sowie der dazugehörigen Lade- bzw. Betankungsinfrastruktur und der Ausschreibung von straßengebundenen Verkehrsleistungen des öffentlichen Personennahverkehrs (dazu 3.1).

Innerhalb dieser Unterpunkte wird zunächst untersucht, welche Ausgestaltung der Vergabeunterlagen zielführend erscheint und ob diese Ausgestaltung zulässig ist. Anschließend werden die bevorzugten Ausgestaltungen anhand von Best-Practice-Beispielen und Formulierungshilfen veranschaulicht. Diese können dem kommunalen Aufgabenträger als weitere Hilfestellung bei der Durchführung des Vergabeverfahrens dienen. Anzumerken ist jedoch, dass es sich dabei um Formulierungsbeispiele für spezielle Einzelfälle handelt, weswegen diese daher nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragbar sind. Die Formulierungsbeispiele sind daher lediglich als eine Hilfestellung zu sehen und können eine individuelle Überprüfung der dem jeweiligen Beschaffungsfall angemessenen Vergabeunterlagen keinesfalls ersetzen.

4.1 Beschaffung von Fahrzeugen und deren benötigter Betankungs- oder Ladeinfrastruktur

Entscheidend für die erfolgreiche Integration alternativer Antriebe bei der Beschaffung von Fahrzeugen und deren benötigter Betankungs- oder Ladeinfrastruktur für den kommunalen Fuhrpark des Aufgabenträgers ist zum einen die Frage, ob das Vergabeverfahren technologieoffen gestaltet werden kann bzw. sollte (dazu 4.1.1), und zum anderen die richtige Auswahl (und Gewichtung) der Eignungs- und Wertungskriterien (dazu 4.1.2 und 4.1.3).

4.1.1 Technologieoffene Ausschreibung vs. Beschränkung auf eine Technologie

Auf den ersten Blick liegt nahe, die Ausschreibung innerhalb der alternativen Antriebsformen technologieoffen zu gestalten und lediglich hinsichtlich der Emissionswerte bestimmte Grenzwerte funktional zu beschreiben. Diese Herangehensweise ist zwar rechtlich unproblematisch zulässig, kann jedoch in tatsächlicher Hinsicht nicht unerhebliche Probleme aufwerfen.

In der Regel ist es dem Auftraggeber möglich, den Bietern spezifische, nach Antriebsformen differenzierte Vorgaben zu machen. So könnte der Auftraggeber die zu beschaffenden Fahrzeuge zwar hinsichtlich ihrer Emissionsgrenzwerte funktional beschreiben, müsste im Übrigen aber für jede Antriebsform detaillierte technische Vorgaben in Form konventioneller Leistungsbeschreibungen festlegen. Zwar dürften einige der Vorgaben für alle Antriebsformen identisch sein und sich daher zusammenfassend darstellen. Hierunter könnten jedoch die Eindeutigkeit und Übersichtlichkeit der Leistungsbeschreibung nicht unerheblich leiden. In jedem Fall bringt eine solche Leistungsbeschreibung für den Auftraggeber einen nicht geringen Mehraufwand bei der Erstellung der Vergabeunterlagen mit sich.

Beispiel: Der Auftraggeber müsste in einem solchen Fall die zu beschaffenden Fahrzeuge nach Antriebsart differenziert jeweils genau beschreiben. Die Leistungsbeschreibung müsste daher in etwa wie folgt gegliedert werden, wobei im Einzelfall zu prüfen wäre, welche der Punkte sich zusammenfassend darstellen lassen:

„Teil A: Technische Vorgaben

- I. Elektrofahrzeug*
 - i. Allgemeines*
 - ii. Massen und Abmessungen*
 - iii. Antrieb und Energiemanagement*
 - iv. Fahrwerk*
 - v. Design*
 - vi. Fahrzeugaufbau*
 - vii. Innenausstattung*
 - viii. Fahrerarbeitsplatz*
 - ix. Klimatisierung/Heizung/Lüftung*
 - x. Informationseinrichtungen*
 - xi. Versorgungsanlage*
 - xii. Elektrische Anlage*
 - xiii. Automatisierte Diagnose*
 - xiv. Sicherheitskonzepte für die Instandhaltung elektrischer Anlagen und Brandschutz*
 - xv. Umweltschutz*
 - xvi. Elektromobilität mit PV- und Windstromerzeugung*
 - xvii. Bidirektionales Laden und Systemintegration*
 - xviii. Energiekostensenkung*
- II. Brennstoffzellenfahrzeug*
 - i. Allgemeines*
 - ii. ... (siehe oben)*

Teil B

Teil C

...“

Zudem verfügt jede Antriebstechnologie über besondere Eigenschaften, deretwegen Fahrzeuge mit dieser Antriebstechnologie für den Einsatz an bestimmten Orten oder für bestimmte Aufgaben von vornherein nicht

geeignet sind. So benötigt beispielsweise jede Antriebstechnologie ihre eigene Betankungs- oder Ladeinfrastruktur, deren Aufbau und Betrieb wiederum unterschiedliche lokale Gegebenheiten voraussetzen. Auch die Reichweite der verschiedenen Antriebstechnologien unterscheidet sich erheblich.

Grundsätzlich ist es Sache des Auftraggebers, zu entscheiden, welche Gegenstände er ausschreibt. Die Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls was zu beschaffen ist, wird erfahrungsgemäß von zahlreichen Faktoren beeinflusst, u. a. von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit. Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung.²⁸ Der öffentliche Auftraggeber kann sich daher ohne Weiteres aus ökologischen Gesichtspunkten für die Beschaffung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben entscheiden.

Hat sich der öffentliche Auftraggeber jedoch für einen Beschaffungsgegenstand entschieden, darf nach § 31 Abs. 6 VgV in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden.²⁹ Beschränkt der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung auf Fahrzeuge einer bestimmten Antriebstechnologie, ist fraglich, ob darin bereits eine „spezifische“ Ausschreibung im Sinne des § 31 VgV zu sehen ist.³⁰

In jedem Fall kann die Verwendung eines bestimmten Produkts, Verfahrens oder eines der anderen spezifischen Merkmale aber aus dem Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein. Derartige Rechtfertigungsgründe können vielgestaltig sein und sich z. B. aus der besonderen Aufgabenstellung, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben.³¹ In Bezug auf die Ausschreibung von Fahrzeugen mit einer bestimmten Antriebstechnologie könnte sich diese Rechtfertigung insbesondere aus den bereits angeführten lokalen Gegebenheiten am Ort des Fahrzeugbetriebs und den daraus resultierenden Einschränkungen für den Aufbau einer Betankungs- oder Ladeinfrastruktur ergeben. Um rechtssicher ein „technologiebeschränktes“ Vergabeverfahren durchführen zu können, sollte daher in jedem Fall die Rechtfertigung der Wahl einer Antriebstechnologie geprüft werden.

4.1.2 Eignung

Umfasst die Ausschreibung Fahrzeuge mit alternativen Antrieben, sollte sichergestellt werden, dass die Bieter auch über das notwendige „Know-how“ für die Produktion bzw. den Einsatz derartiger Fahrzeuge verfügen. Im Rahmen der Eignung sollte daher in jedem Fall ein Fokus auf das Kriterium der „**Fachkunde**“ gelegt werden. Dieses ist als Kriterium für den Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit zulässig und bezieht sich auf Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten, die es einem Unternehmen ermöglichen, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen.³²

Für den Nachweis der Fachkunde kann als Kriterium eine Mindestanzahl bereits früher ausgeführter vergleichbarer Liefer- und Dienstleistungsaufträge (**Referenzen**) festgelegt oder vergleichbare Kenntnisse nachgewiesen werden. Der Auftraggeber kann z. B. verlangen, dass der Nachweis der Referenzen durch die Vorlage einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder

²⁸ OLG Celle, Beschl. v. 31.03.2020 – 13 Verg 13/19; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – VII-Verg 36/16.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 10/12.

³⁰ Bejahend *Knauff*, ZUR 2021, S. 218 (219, 222).

³¹ VK Münster, Beschl. v. 24.06.2011 – VK 6/11.

³² OLG Saarbrücken, Beschl. v. 12.05.2004 – 1 Verg 4/04; VK Düsseldorf, Beschl. v. 21.01.2009 – VK 43/2008-L.

Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers erfolgt (vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV), oder die Fachkunde wird durch vergleichbare Referenzen (Kenntnisse und Fähigkeiten) nachgewiesen.

Schwierigkeiten kann dabei die Festlegung einer Mindestanzahl an erbrachten Aufträgen bereiten. Sie beinhaltet die Gefahr, dass ein Großteil der potenziellen Bieter von vornherein vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Die gewünschte Qualität kann auch gesichert werden, indem weitere Kenntnisse und Fähigkeiten definiert und Referenzobjekte lediglich als weiteres Kriterium berücksichtigt werden.

Wichtig ist aber, dass der Auftraggeber in seiner Ausschreibung ausdrücklich klarstellt, dass nur vergleichbare Referenzen, Kenntnisse und Fähigkeiten anerkannt werden. Anderenfalls ist ein Ausschluss eines Bieters wegen fehlender Vergleichbarkeit der Referenzen nicht möglich. Unklarheiten gehen dabei zulasten des Auftraggebers.³³

4.1.3 Wertung

Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Aus dem Katalog der in § 58 Abs. 2 VgV benannten Wertungskriterien hat der Auftraggeber vor Durchführung des Vergabeverfahrens konkrete Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auszuwählen. Das erste und meist auch das wichtigste Wertungskriterium ist faktisch der Preis bzw. die **Kosten** des Fahrzeugs bzw. der beschafften Transportdienstleistung inkl. der erforderlichen Infrastruktur und – je nach Vertrag – Betriebs- und Energiekosten.

Die Kosten sind für eine realistische Kalkulation umfänglich zu betrachten. Deshalb kann der kommunale Aufgabenträger gemäß § 59 Abs. 1 VgV vorgeben, dass das Zuschlagskriterium „Kosten“ auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird. Gemäß § 59 Abs. 2 Satz 1 VgV muss der kommunale Aufgabenträger in diesem Fall die Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten und die zur Berechnung vom Unternehmen zu übermittelnden Informationen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen angeben. Die Berechnungsmethode kann nach § 59 Abs. 2 Satz 2 VgV dabei folgende Kosten erfassen:

Anschaffungskosten

Nutzungskosten (insbesondere Verbrauch von Energie und anderen Rohstoffen)

Wartungskosten

Kosten am Ende der Nutzungsdauer (insbesondere Abholungs-, Entsorgungs- oder Recyclingkosten)

Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach § 59 Abs. 3 VgV bestimmt und geprüft werden kann.

Zwar können die Lebenszykluskosten beispielsweise eines Elektrofahrzeugs im Vergleich zu einem Fahrzeug mit konventionellen Antrieben geringer ausfallen. Dies ist jedoch nicht immer zwingend der Fall. Das Kriterium eignet sich daher nicht als Weichenstellung, um das Vergabeverfahren „in Richtung alternative Antriebe“ zu lenken. Hat der öffentliche Auftraggeber sich jedoch auf eine Technologie festgelegt, kann das Kriterium dazu dienen, die tatsächlich anfallenden Kosten in der Wertung zu berücksichtigen.

³³ 2. VK Bund, Beschl. v. 17.07.2012 – VK 2-47/12.

Bei der Vergabe von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben sollte der Auftraggeber zudem von dem Zuschlagskriterium **Validität/Innovation** Gebrauch machen und dabei eine Bewertung des technischen Konzepts des Fahrzeugs vornehmen. Legt der Auftraggeber besonderen Wert darauf, dass das zu beschaffende Fahrzeug dem neuesten Stand der Technik entspricht, sollte er diesem Kriterium zudem besonders großes Gewicht beimessen.

Weitere Wertungskriterien können **Energieverbrauch, Reichweite** und **Kompatibilität zu vorhandener Infrastruktur** sein. Diesbezüglich bestehen zurzeit noch große Unterschiede zwischen den einzelnen Fahrzeugen der verschiedenen Hersteller. Ein geringer Verbrauch ist für den Auftraggeber insbesondere unter Kostengesichtspunkten interessant. Auch eine größere Reichweite kann – je nach Einsatzgebiet des Fahrzeugs und vorhandener, kompatibler Betankungs- oder Ladeinfrastruktur – von Vorteil sein. Benötigt der Auftraggeber dagegen zwingend eine bestimmte Mindestreichweite für seinen Betriebsablauf, etwa weil das Fahrzeug eine bestimmte Kilometerleistung zwischen den Betankungs- und Ladeintervallen absolvieren können muss, sollte eine Mindestreichweite zusätzlich zur Wertung als Mindestanforderung an das Fahrzeug in der Leistungsbeschreibung formuliert werden.

Mit Blick auf die CO₂-Bilanz des Fahrzeugs sollten in Zukunft im Idealfall nicht nur Verbrauch und Reichweite, sondern auch die bei der Produktion des Fahrzeugs entstehenden CO₂-Emissionen berücksichtigt werden. Denn auch bei der Produktion des Fahrzeugs entstehen CO₂-Emissionen, insbesondere ist bei Elektroautos die Herstellung des Akkus sehr energieintensiv. Ein Hersteller, der auf eine besonders CO₂-arme Produktion des Fahrzeugs Wert legt, erscheint daher unter Klimaschutzgesichtspunkten vorzugswürdig. Ein Wertungskriterium **CO₂-Emissionen bei der Produktion** wird sich z. B. zukünftig über die Qualität und CO₂-Intensität der Batterie oder des Wasserstoffs herleiten lassen. Hier müssten von der Herstellerseite für den Auftraggeber nachvollziehbare und so weit als möglich vergleichbare Zertifikate o. Ä. zur Verfügung gestellt werden.

4.2 Integration von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben bei der Vergabe straßengebundener Verkehrsleistungen im ÖPNV

Bei der Integration alternativer Antriebe in die Vergabe von ÖPNV-Leistungen stellt sich in der Praxis das Problem, dass bislang nur ein kleinerer Teil der Verkehrsunternehmen über Erfahrung darin verfügt, ÖPNV-Leistungen mit alternativ angetriebenen Fahrzeugen zu erbringen.

4.2.1 Technologieoffene Ausschreibung (konventionelle und alternative Antriebe)

Wenn der Auftraggeber eine Ausschreibung für alternative Antriebe vornehmen möchte, gelten die Ausführungen unter 4.1 entsprechend. Alternativ könnte sich anbieten, die Ausschreibung **vollständig technologieoffen** zu gestalten, d. h. keinerlei Beschränkungen hinsichtlich der Antriebsform vorzugeben. In diesem Fall gelten die Ausführungen zur steigenden Komplexität vollständig technologieoffener Ausschreibungen gemäß 4.1.1 entsprechend.

Eine vollständig technologieoffene Ausschreibung stellte bislang mangels Alternativen den Normalfall einer ÖPNV-Vergabe dar, weshalb keine Besonderheiten hinsichtlich der Umsetzung bestehen. In Abgrenzung zu den Ausführungen zur technologieoffenen Ausschreibung nur zwischen alternativen Antriebsformen ist aber auf Folgendes hinzuweisen: Zum einen muss die **Leistungsbeschreibung** entsprechend offen und umfangreicher gestaltet werden. Zum anderen sollte sich die Auswahl der **Eignungskriterien** auf die Forderung von Referenzen über erbrachte ÖPNV-Leistungen – gleich mit welcher Antriebsform – beschränken.

4.2.2 Ansätze zur Förderung alternativer Antriebe

Zur Förderung alternativer Antriebe stehen dem öffentlichen Auftraggeber verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Er kann entweder durch die Schaffung von Anreizsystemen auf die Verwendung alternativer Antriebe hinwirken oder die Fahrzeuge dem Verkehrsunternehmen direkt bereitstellen.

Anreizsysteme

Ein mögliches Anreizsystem besteht darin, die Verwendung von Fahrzeugen mit alternativen Antrieben als **Wertungskriterium** mit aufzunehmen und entsprechend zu gewichten. Entscheidend ist dabei, dem Kriterium so viel Gewicht beizumessen, dass der gegebenenfalls höhere oder günstigere Preis von Angeboten mit alternativ betriebenen Fahrzeugen im Vergleich zu konventionellen Angeboten bei der Zuschlagsentscheidung entsprechend berücksichtigt und gegebenenfalls ausgeglichen werden kann.

Der Vergütungsbonus kann dabei unter Umständen das wirksamere Anreizsystem sein. Sollte sich also zum Zeitpunkt der Ausschreibung keiner der potenziellen Bieter in der Lage sehen, Fahrzeuge mit alternativen Antrieben einzusetzen, verpufft die Anreizwirkung nicht vollständig, sondern wirkt langfristig auch noch während der Vertragslaufzeit weiter.

Beistellung

Bei einer Beistellung erwirbt der öffentliche Auftraggeber das Fahrzeug oder die Betankungs- oder Ladeinfrastruktur und überlässt es dem jeweils bezuschlagten Verkehrsunternehmer zur Nutzung für die Durchführung der Verkehrsleistungen. Die Vergabeunterlagen verpflichten das Verkehrsunternehmen zum Einsatz der beigestellten Leistungsgegenstände und enthalten Regelungen zu deren Überlassung und Nutzung. Die faktische Verfügung über die Fahrzeuge steht somit dem Verkehrsunternehmer zu, während der öffentliche Auftraggeber während der gesamten Vertragslaufzeit Eigentümer bzw. im Falle eines Leasingvertrags Leasingnehmer des Fahrzeugs bleibt.

Die Beistellung kann dabei nicht nur die Gegenstände, sondern auch Dienstleistungen wie Wartungs- und Reparaturleistungen umfassen. So können die Bieter von weiteren Risiken entlastet werden, die mit der neuen Technologie verbunden sind.

Gestaltbar wäre zudem auch, den Einsatz von neuen Antriebstechnologien so vorzugeben, dass die entsprechenden Fahrzeuge bzw. die dazugehörige Betankungs- und Ladeinfrastruktur sukzessive zugeführt werden, zunächst also Dieselfahrzeuge vom Verkehrsunternehmer einzusetzen sind, die dann nach und nach durch Fahrzeuge mit alternativen Antrieben ersetzt werden. Letzteres könnte sich insbesondere dann anbieten, wenn die entsprechende Betankungs- oder Ladeinfrastruktur zu Beginn der Vertragslaufzeit noch nicht in ausreichendem Umfang vorhanden ist. Für eine solche Gestaltung bedürfte es in jedem Fall entsprechender Regelungen und differenzierter Kalkulationsvorgaben in den Vergabeunterlagen.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Beistellung von Fahrzeugen (und dementsprechend wohl auch von anderen Liefer- oder Dienstleistungen) den Wettbewerbsgedanken nicht gefährdet, sondern im Gegenteil einem größeren Bieterkreis ermöglicht, am Vergabeverfahren teilzunehmen.³⁴ Sollten die Wartungs- und Reparaturleistungen zusammen mit der Beschaffung der Fahrzeuge vergeben werden, stellt sich allerdings die Frage, ob beide gemeinsam in einem Los vergeben werden können. Dies dürfte wegen der technischen Besonderheiten gut vertretbar sein, wenn die Schnittstellen zwischen den beiden relevanten

³⁴ OLG Celle, Beschl. v. 02.09.2004 – 13 Verg 11/04; VK Lüneburg, Beschl. v. 18.06.2004 – 203-VgK-29/2004.

Ausschreibungskomponenten, die im Falle einer losweisen Vergabe gegebenenfalls sogar geeignet sein könnten, möglicherweise einen reibungslosen Betrieb gefährden würden.³⁵

Die Überlassung des Fahrzeugs muss in jedem Fall vertraglich geregelt werden. Die einschlägige Vertragsart wäre hier ein Miet- oder Leihvertrag, je nachdem ob die Überlassung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen soll. Dabei sollten bzw. können insbesondere die folgenden Punkte vertraglich geregelt werden:

- > Entgeltliche/unentgeltliche Überlassung (gegebenenfalls Zahlungsmodalitäten)
- > Überlassungspflicht des öffentlichen Auftraggebers
- > Dauer der Beistellung
- > Eigentumsverhältnisse
- > Verfügungs-/Überlassungsverbot an Dritte
- > Veränderungen am Mietgegenstand während der Mietzeit
- > Gefahrtragung/Haftung
- > Übernahme der Wartungs- und Instandhaltungskosten (Bestandteil der Beistellung?)
- > Übernahme von Aufwendungen, die mit dem Betrieb und der Haltung des Fahrzeugs verbunden sind (insbesondere Versicherungsbeiträge)
- > Schadensabwicklung/Pflichten im Fall von Unfällen
- > Anforderungen an Fahrzeugabstellung (Sicherheit/Werterhalt)
- > Anforderungen an Reinigung/Pflege
- > Regelungen zu Werbung an und in den Fahrzeugen
- > Berichtspflichten
- > Rücktritt und Kündigung
- > Rückgabe des Fahrzeugs

Vor allem der Punkt Gefahrtragung/Haftung ist aufgrund der besonderen Dreieckskonstellation (Auftraggeber, Auftragnehmer, Lieferant) besonders anfällig für Differenzen zwischen den Parteien und sollte deshalb detailliert geregelt werden. Beispielhaft seien folgende Risiken genannt:

- > Fahrzeug wurde (unerkannt) mangelhaft geliefert
- > Instandhaltungsarbeiten werden nicht ordnungsgemäß durchgeführt
- > Beschädigungen durch Betreiber
- > Beschädigung durch Dritte
- > Beschädigung aufgrund höherer Gewalt

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers stellt sich die Frage, inwiefern eine Übertragung dieser Risiken auf den Betreiber zulässig und vor allem sinnvoll ist. Denn die Beistellung dient ja gerade dazu, insbesondere

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – VII-Verg 10/12.

kleinere Bieter zu entlasten. Andererseits will der öffentliche Auftraggeber den Bieter auch nicht von sämtlichen Haftungen freistellen. Die Haftungsverteilung bedarf daher einer genauen Prüfung im Einzelfall.

Wichtig ist aber in jedem Fall, dass die Haftungsverteilung bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung feststeht und den Bietern in den Vergabeunterlagen offengelegt wird. Anderenfalls läuft der öffentliche Auftraggeber Gefahr, dass das Vergabeverfahren im Nachprüfungsverfahren wegen unkalkulierbarer Kalkulationsrisiken aufgehoben wird. Zwar wurde das ehemals in der VOL/A enthaltene ausdrückliche Verbot eines ungewöhnlichen Wagnisses ersatzlos gestrichen. Doch auch für Lieferungen und Dienstleistungen ist nach allgemeinen Grundsätzen eine Anforderung unzumutbar, die eine vernünftige kaufmännische Kalkulation unmöglich macht.³⁶

³⁶ OLG Dresden, Beschl. v. 28.11.2013 – Verg 6/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.04.2012 – Verg 93/11; Beschl. v. 19.10.2011 – Verg 54/11; OLG München, Beschl. v. 06.08.2012 – Verg 14/12.

Literaturverzeichnis

Bundestag (2008): Drucksache 16/10117, 15.

Dieckmann, Scharf und Wagner-Cardenal (2019): VgV/UVgO, 2. Auflage, 2019.

Gabriel, Krohn und Neun (2017): Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage, 2017.

Knauff, Matthias (2021): Vergaberechtliche Anforderungen an die Beschaffung von wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen. In: Zeitschrift für Umweltrecht, Heft 4, 2021. Von <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fzeits%2fZUR%2f2021%2fcont%2fZUR%2e2021%2eH04%2eNAMEINHALT%2eSVERZEICHNIS%2ehtm> abgerufen.

Abkürzungen

AVV Klima	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen
BayKlimaG	Bayerisches Klimaschutzgesetz
BayÖPNVG	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Bayern
BEV	Battery Electric Vehicle (Batterieelektrisches Fahrzeug)
BGH	Bundesgerichtshof
BMDV	Bundesministerium für Digitales und Verkehr
BMWK	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
CO₂	Kohlenstoffdioxid
CVD	Clean Vehicles Directive
EU	Europäische Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KonzRL	Konzessionsrichtlinie
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
LEV	Light Electric Vehicle (Leicht-Elektrofahrzeuge)
LKSG RLP	Landesklimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz
NNVG	Niedersächsisches Nahverkehrsgesetz
NVG RLP	Nahverkehrsgesetz Rheinland-Pfalz
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNVG SL	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr des Saarlands
PHEV	Plug-in-Hybrid Electric Vehicle
SaubFahrzeugBeschG	Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz
SektVO	Sektorenverordnung
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
THG	Treibhausgas
ThürKlimaG	Thüringer Klimagesetz
UVgO	Unterswellenvergabeordnung
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer

VOL

Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen

VSVgV

Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit

