



Bundesinstitut
für Bau-, Stadt- und
Raumforschung

im Bundesamt für Bauwesen
und Raumordnung



Smart Cities gestalten

Anforderungen und Möglichkeiten
des Vergaberechts



MARKET SQUARE

Smart Cities gestalten

Anforderungen und Möglichkeiten des Vergaberechts



Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung

im Bundesamt für Bauwesen
und Raumordnung



IMPRESSUM

Herausgeber

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR)
im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)
Deichmanns Aue 31–37
53179 Bonn

Wissenschaftliche Begleitung

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR)
Eva Schweitzer
eva.schweitzer@bbr.bund.de

Auftragnehmer

Becker Büttner Held PartGmbH, Berlin
Autoren: Dr. Roman Ringwald/Thomas Schneider/Tom-Philipp Cagan
Redaktion: Eva Schwarz

Bezugsquelle

gabriele.bohm@bbr.bund.de
Stichwort: Smart Cities gestalten. Anforderungen und Möglichkeiten des Vergaberechts

Stand

Mai 2019

Druck

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung

Satz und Gestaltung

DIZEO, Potsdam

Bildnachweis

Titel: iStock.com/whitemay
S. 7: Becker Büttner Held
S. 9: Becker Büttner Held
S. 12: Becker Büttner Held
S. 13: Becker Büttner Held
S. 14: Becker Büttner Held
S. 15: Becker Büttner Held
S. 17: iStock.com/B&M Noskowski

Nachdruck und Vervielfältigung

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit genauer Quellenangabe gestattet. Bitte senden Sie uns zwei Belegexemplare zu.

Die vom Auftragnehmer vertretene Auffassung ist nicht unbedingt mit der des Herausgebers identisch.

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

das BBSR beschäftigt sich in seinem Forschungscluster „Smart Cities“ seit 2014 mit den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Entwicklung der Städte. Wie können die Kommunen die mit der Digitalisierung verbundenen Chancen nutzen und dabei die Risiken so gering wie möglich halten? Wie können neue Technologien zu einer nachhaltigen und am Gemeinwohl orientierten Stadtentwicklung beitragen? Die vorliegende, vom BBSR beauftragte Studie befasst sich mit rechtlichen Fragen der digitalen Stadt. Die Schwerpunkte sind das Kommunalwirtschaftsrecht, die Rechtsformwahl bei Digitalprojekten, das Vergaberecht sowie die Datenweitergabe und die Daseinsvorsorge. Die Themen-Dossiers analysieren mögliche rechtliche Hemmnisse und zeigen Handlungsspielräume und Lösungen für die Kommunen auf, um sie auf ihrem Weg zu einer Smart City zu unterstützen. Die Themen-Dossiers sind auch ein Beitrag zum Smart-City-Dialog der Bundesregierung, der in der nationalen Dialogplattform Smart Cities fortgeführt und durch die Förderung von Modellprojekten Smart Cities weiter fundiert und verbreitert werden soll.

Das vorliegende Dossier weist den Weg durch das Vergaberecht bei Digitalprojekten. Die bei solchen Vorhaben zu beschaffenden Leistungen reichen von Software, Internetauftritten und Apps über Beratungsleistungen bis hin zu Liefer- und Bauleistungen im Falle von Breitbandausbau oder Straßenbeleuchtung. Im Zuge der In-House-Vergabe können kommunale Unternehmen mit Vorhaben der Digitalisierung in den Bereichen Mobilität, Energie, Gesundheit, der Entwicklung innovativer Online-Anwendungen der öffentlichen Verwaltung und intelligenter Lieferdienste des Handels betraut werden.



© Schafganz DGPh

Die Autoren zeigen, welche Vergabearten sich für unterschiedliche Formen der Leistungserbringung am besten eignen. Sie charakterisieren die Vergabearten mit Blick auf ihre Potenziale und Risiken und illustrieren sie mit Beispielen aus der Praxis: vom Verhandlungsverfahren bis zur Innovationspartnerschaft. Weiterhin beschäftigt sich die Studie mit ausschreibungsfreien Beschaffungsvarianten wie In-House-Vergaben, der kommunalen Selbstvornahme sowie dem Instrument der interkommunalen Zusammenarbeit.

Ich wünsche Ihnen eine erkenntnisreiche Lektüre.



Dr. Markus Eltges

Leiter des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung

Inhalt

1	Einleitung	5
2	Europäischer und nationaler Rechtsrahmen der kommunalen Vergabe	6
3	Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht im kommunalen Umfeld	8
3.1	Selbstvornahme	8
3.2	In-House-Vergabe	8
3.2.1	Kontrolle wie über eigene Dienststellen	9
3.2.2	Tätigkeit im Wesentlichen für die Auftraggeber	10
3.3	Ausschreibungsfreie Zusammenarbeit zwischen Gemeinden	11
3.3.1	Interkommunale Zusammenarbeit als In-House-Vergabe	11
3.3.2	Interkommunale Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage	11
4	Vergabeverfahren	12
4.1	Wahl sowie Vor- und Nachteile der Verfahrensarten im EU-Vergaberecht	12
4.1.1	Offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren	12
4.1.2	Verhandlungsverfahren	13
4.1.3	Wettbewerblicher Dialog	14
4.1.4	Innovationspartnerschaft	14
4.2	Leistungsbeschreibung	15
4.3	Wahl sowie Vor- und Nachteile der Verfahrensarten im nationalen Vergaberecht	16
4.3.1	Öffentliche Ausschreibung	16
4.3.2	Beschränkte Ausschreibung	16
4.3.3	Verhandlungsvergabe	16
5	Ergebnis	17
	Literaturverzeichnis	18
	Anhang	19
	Rechtsquellenverzeichnis	19
	Abkürzungsverzeichnis	20

1 Einleitung

Um die Gestaltung des digitalen Wandels in und mit den Kommunen zu unterstützen, hat die Bundesregierung die nationale Dialogplattform Smart Cities eingerichtet und in einem knapp einjährigen, moderierten Prozess (2016–2017) mit ca. 70 Experten an drei wesentlichen Aufgabenstellungen gearbeitet:

1. Entwicklung eines gemeinsamen Ziele- und Werteverständnisses bzw. Handlungsrahmens
2. Bewertung von Chancen und Risiken von Smart Cities
3. Erarbeitung von Lösungsansätzen und Empfehlungen für eine nachhaltige Stadtentwicklung

Ziel war zum einen, die zentralen Akteure aus Städten und Gemeinden, Bundesressorts, Zivilgesellschaft, Wissenschaft und Praxis zu vernetzen sowie eine gesellschaftspolitische Debatte zur Digitalisierung der Städte anzustoßen, zum anderen eine Orientierung für die Gestaltung smarter, intelligenter Städte für die verschiedenen Akteure zu geben und die Chancen und Risiken der Digitalisierung im Sinne einer nachhaltigen Stadtentwicklung zu erkennen und Fehlentwicklungen möglichst frühzeitig zu vermeiden.

Ein zentrales Ergebnis dieses Dialogprozesses ist die Smart City Charta, mit der sich Smart Cities einer nachhaltigen und integrierten Stadtentwicklung verpflichten (vgl. BBSR 2017). Die Charta enthält normative Leitlinien und Empfehlungen, wie die digitale Transformation in den Kommunen zukunftsfähig gestaltet werden kann.

Kommunale Digitalisierungsprojekte können in der Regel nur durch Leistungen realisiert werden, die von privaten Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden. Bei der Beschaffung dieser Leistungen haben die Kommunen grundsätzlich das Vergaberecht anzuwenden. Die entscheidende Frage zur Bestimmung und Konkretisierung ist: Wer will was am Markt beschaffen? Und: Welche Akteure sind aktiv?

Die zu beschaffenden Leistungen reichen vom Erwerb einer Haushaltssoftware über die Erstellung und Gestaltung von Internetauftritten, Beratungsleistungen für die Organisation neuer Geschäftsmodelle und Entwicklung von Apps bis hin zu Liefer- und Bauleistungen im Falle von Breitbandausbau oder smarterer Straßenbeleuchtung.

Auch die Gemeindegröße kann sich mittelbar auf die Beschaffung auswirken. So liegen die Auftragsvolumen kleiner Kommunen häufig unter dem einschlägigen EU-Schwellenwert, was zu einer Anwendung des jeweiligen Landes- und Haushaltsvergaberechts führt. Des Weiteren kann auch die rechtliche Organisation der Beschaffungsvorhaben auf die konkreten Vergabepflichten Einfluss nehmen. Die Kommunen sind in jedem Fall an die Vorgaben des EU- oder Haushaltsvergaberechts gebunden. Allerdings können kommunale Unternehmen unter Umständen von den vergaberechtlichen Pflichten befreit sein. Das ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen der In-House-Vergabe nach § 108 GWB erfüllt sind.

Das vorliegende Dossier soll Voraussetzungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Vergabepflichten aufzeigen. Einleitend werden zunächst das europäische Vergabe- und das nationale Haushaltsrecht dargestellt. Anschließend werden die wesentlichen Gestaltungsspielräume, insbesondere die Auftragsausführungen im kommunalen Umfeld (Selbstvornahme, In-House-Vergabe, interkommunale Zusammenarbeit) und die einzelnen Verfahrensarten (Wahl, Vor- und Nachteile, Zulässigkeitsvoraussetzungen) beschrieben. Im Kontext kommunaler Digitalisierung kommt vor allem dem Verhandlungsverfahren eine gewichtige Rolle zu.

2 Europäischer und nationaler Rechtsrahmen der kommunalen Vergabe

Die Kommunen haben bei der Durchführung von Beschaffungsvorhaben die vergaberechtlichen Regelungen zu beachten. Das Vergaberecht umfasst eine Vielzahl von Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften und Regelwerken. Diese schreiben dem Staat bzw. den Kommunen eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vor. Einkauf wie auch Beschaffung bedeutet dabei jede Inanspruchnahme von Leistungen am Markt in der Regel gegen Entgelt (öffentlicher Auftrag) oder ausnahmsweise gegen Nutzungsrechte (Konzession).

Bei dem in Deutschland geltenden Vergaberecht kann zunächst zwischen dem europarechtlich geprägten sogenannten Oberschwellenvergaberecht und dem haushaltsrechtlich geprägten sogenannten Unterschwellenvergaberecht unterschieden werden. In dieser Zweiteilung kommt die historische Entwicklung des Vergaberechts zum Ausdruck, welches traditionell und zunächst aus-

schließlich dem Haushaltsrecht angehörte. Aufgrund der europäischen Entwicklungen und Bemühungen zur Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarktes wurde das Vergaberecht als rechtliche Grundlage für Einkäufe am Markt durch die öffentlich Hand mit einem Umfang von ca. 10 bis 12 % des Bruttoinlandsprodukts aus dem Haushaltsrecht teilweise herausgelöst. Während das traditionelle Haushaltsvergaberecht noch in erster Linie auf sparsame Verwendung öffentlicher Mittel abzielte, soll nun mit dem europäischen Vergaberecht auch die Sicherstellung eines freien, unverfälschten und europaweiten Wettbewerbs um öffentliche Aufträge gewährleistet werden.

Das EU-Vergaberecht ist je nach Leistungsgegenstand und Auftraggebereigenschaft ab bestimmten Schwellenwerten anzuwenden. Die Anpassung der Schwellenwerte erfolgt in der Regel im Zweijahresrhythmus. Seit 1. Januar 2018 gelten folgende Schwellenwerte:

Abb.1: EU-Schwellenwerte im Vergaberecht

	Baufträge	Lieferaufträge	Dienstleistungsaufträge
öffentliche Auftraggeber	5.548.000 €	221.000 €	221.000 €
Sektorauftraggeber: Wasser, Strom, Gas, Wärme, Verkehr	5.548.000 €	443.000 €	443.000 €

Quelle: Becker Büttner Held

Sowohl das überschwellige EU-Vergaberecht als auch das unterschwellige Haushaltsvergaberecht zeichnen sich durch komplexe Regelungszusammenhänge aus. Das EU-Vergaberecht ist dabei geprägt von den maßgeblichen EU-Richtlinien – der allgemeinen Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber (Richtlinie 2014/24/EU, ABI Nr. L 94, S. 65) sowie der Sektorenrichtlinie (Richtlinie 2014/25/EU, ABI Nr. L 94, S. 243) und der Konzessionsvergaberichtlinie (Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172, ABI Nr. L 307, S. 9) –, welche über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die einzelnen Vergabeverordnungen (insbesondere: VgV, SektVO, KonzVgV) in nationales Recht umgesetzt wurden.

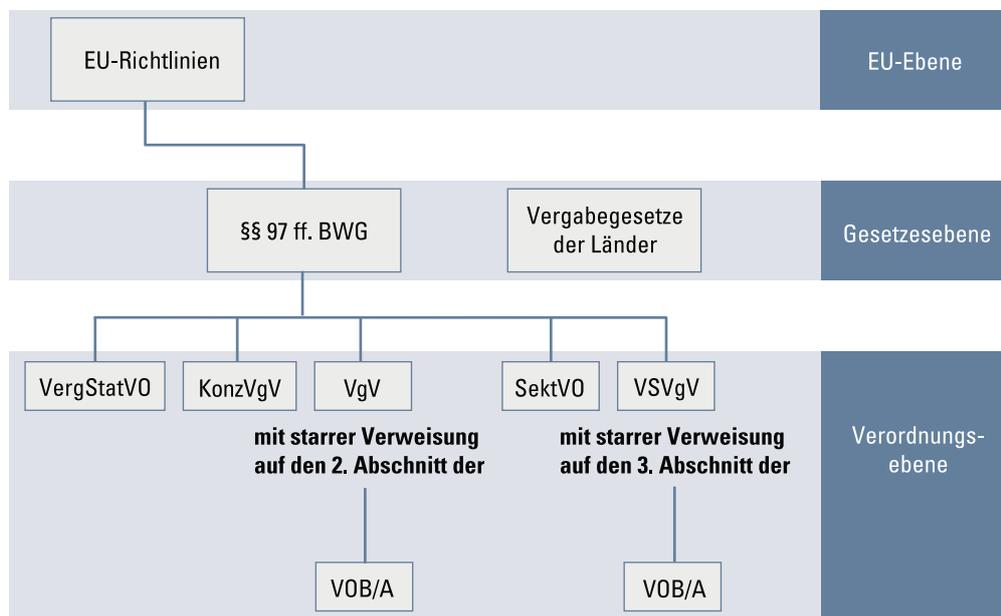
Aufgrund der föderalen Struktur Deutschlands ist das für Kommunen geltende Haushaltsvergaberecht im Unterschwellenbereich uneinheitlich in den Bundesländern geregelt. Wesentliche Rechtsnormen des für Kommunen relevanten Haushaltsvergaberechts ergeben sich aus folgenden Regelwerken:

- Landesvergabegesetze (z. B. Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge, ThürVgG)

- kommunales Haushaltsrecht, niedergelegt in Gemeindeordnungen, Gemeindehaushaltsordnungen und Ausführungsvorschriften (z. B. KommHV-Kameralistik und KommHV-Doppik)
- untergesetzliche Verfahrensordnungen zur Beschaffung (noch: 1. Teil VOL/A, 1. Teil VOB/A; neu eingeführt, aber noch nicht in jedem Bundesland zur Anwendung gebracht: Unterschwellenvergabeordnung, UVgO. Die Einführung ist landesspezifisch und erfolgt sehr unterschiedlich. Eine maximale Frist zur Umsetzung gibt es nicht.)

Im Allgemeinen gilt, dass die Anforderungen des EU-Vergaberechts strenger sind als die des Haushaltsvergaberechts, die Kommunen also im Haushaltsvergaberecht in der Regel über größere Gestaltungsspielräume verfügen. Ebenso können die haushaltsvergaberechtlichen Regelungen vom nationalen (Landes-)Gesetzgeber weitestgehend beliebig angepasst werden, wohingegen dem Gesetzgeber bei der Änderung des EU-Vergaberechts aufgrund der einheitlichen europäischen Richtlinien enge Grenzen gesetzt sind.

Abb. 2: Das geltende System des EU-Vergaberechts



Quelle: Becker Büttner Held

3 Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht im kommunalen Umfeld

Von der Ausschreibungspflicht ist die Kommune unter Umständen befreit, wenn sie die jeweils zu beschaffenden Leistungen im unmittelbaren kommunalen Umfeld ausführen lässt. Diese Ausnahme von der allgemeinen Ausschreibungs- bzw. Vergabepflicht kann sich insbesondere aus den sogenannten In-House-Konstellationen bzw. den verschiedenen Formen der Selbstvornahme ergeben.

3.1 Selbstvornahme

Sofern die Kommune sich entschließt, Leistungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung selbst zu erbringen, findet das Vergaberecht mangels eines Beschaffungsvorgangs am Markt zwangsläufig keine Anwendung. Beispiele für derartige vergaberechtsfreie Selbstvornahmen lassen sich in vielen Kommunen finden, die sich mit Maßnahmen zur Digitalisierung bzw. der Umsetzung der Smart City Charta beschäftigen. Dementsprechend begleitet das Referat Strategische Planung, Stadtentwicklung, Statistik der Stadt Wolfsburg im Bereich Digitalisierung themenübergreifend die digitale Transformation der Stadt (vgl. Stadt Wolfsburg 2018). Die Stadt München hat im Referat für Stadtplanung und Bauordnung ebenfalls einen eigenen Bereich für die digitale Transformation und deren Integration in die strategischen Leitlinien unter der Überschrift „München als Smart City“ geschaffen (vgl. Stadt München 2018). Ähnliche Entwicklungen lassen sich in anderen europäischen Großstädten beobachten, die wie Wien (vgl. Smart City Wien 2018) oder Amsterdam (vgl. Stadt Amsterdam 2018) Initiativen ins Leben gerufen haben.

Zu diesen verwaltungsintern und damit ausschreibungsfrei erbrachten Leistungen zur Umsetzung von Smart-City-Leitsätzen können die strategische Planung, das Erstellen von Roadmaps, das Aufsetzen neuer Projekte und insbesondere deren Steuerung gehören. So wird beispielsweise das Themenfeld „Lebensbegleitendes digitales Lernen“ durch das Bildungsdezernat der Stadt Wolfsburg im Rahmen von Kita- oder Schulförderprogrammen unmittelbar umgesetzt.

Neben der unmittelbaren verwaltungsinternen Erbringung von Leistungen kommt auch die kommunale Selbstvornahme im Eigenbetrieb in Betracht. Der Eigenbetrieb ist ein wirtschaftlich und organisatorisch eigenständiges kommunales Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. z. B. § 95a SächsGemO, § 114 GO NRW). Aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit wird kein Auftrag an den Eigenbetrieb vergeben, wenn dieser Leistungen

für die Kommune erbringt. Typische Eigenbetriebe können Stadtwerke, Bauhöfe, Bäderbetriebe, Verkehrsbetriebe oder Wasserversorgungsunternehmen sein. Werden von einem Eigenbetrieb Leistungen zur Umsetzung von Smart-City-Maßnahmen erbracht, z. B. Baufeldfreimachung und Verlegung von Leerrohren für den Breitbandausbau, sind diese Leistungen ausschreibungsfrei.

3.2 In-House-Vergabe

In-House-Vergaben sind im Bereich der Digitalisierung insbesondere dann relevant, wenn die Kommune sich entscheidet, zur Bündelung der Bedarfe und Kompetenzen eine rechtlich selbständige Digitalisierungsgesellschaft zu gründen, welche mit der Ausführung der benötigten Leistungen beauftragt werden soll. In diesem Sinne hat eine Reihe von Gemeinden entsprechende Digitalisierungsgesellschaften gegründet (z. B. die Emden Digital GmbH, die KL.digital GmbH der Stadt Kaiserlautern oder die Digitalstadt Darmstadt GmbH). Die von den Kommunen ins Leben gerufenen Digitalisierungsgesellschaften sollen die Digitalisierungsbemühungen der Städte unterstützen und vorantreiben.

Die Ausschreibungspflicht der Kommune als öffentlichem Auftraggeber entfällt demnach dann, wenn sich das zu beauftragende Unternehmen bei wirtschaftlicher bzw. funktionaler Betrachtung lediglich als ein Instrument des Auftraggebers darstellt, um dessen Aufgaben zu erfüllen. Grundgedanke der ausschreibungsfreien Beauftragung von kommunalen Unternehmen ist, dass die konkrete Organisation der Aufgabenerfüllung – durch die Kommune selbst oder durch von ihr ins Leben gerufene Unternehmen – keinen Unterschied bei der vergaberechtlichen Beurteilung hervorrufen soll. Kommunale Unternehmen können von der Gemeinde im Rahmen der In-House-Vergabe direkt, also ausschreibungsfrei, beauftragt werden (sogenannte klassische bzw. vertikale In-House-Vergabe). Eine solche direkte Beauftragung kommt beispielsweise im Bereich der Straßenbeleuchtung in Betracht, wenn die Gemeinde das kommunale Stadtwerk unmittelbar beauftragen möchte.

Im Allgemeinen greift die von der Ausschreibungspflicht befreiende Ausnahme der In-House-Vergabe, wenn die Kommune über das zu beauftragende Unternehmen eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und das zu beauftragende Unternehmen im Wesentlichen für die Kommune tätig ist (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB). Des Weiteren dürfen grundsätzlich keine

privaten Kapitalbeteiligungen an dem zu beauftragenden Unternehmen bestehen (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

Sofern der Betrieb der kommunalen Unternehmen tatsächlich auf die Auftragsausführung ausgerichtet ist, können Digitalisierungsprojekte vollständig – ohne Mitwirkung privater Wirtschaftsteilnehmer – von den kommunalen Unternehmen erbracht werden. Hier ist insbesondere an Stadtwerke zu denken, die smarte Straßenbeleuchtungskonzepte mit eigenen Mitteln umsetzen oder an den Breitbandausbau unter Einbeziehung kommunaler Stadtwerke bzw. Bauhöfe. Ebenso können die für die Entwicklung und Umsetzung eines ganzheitlichen Smart-City-Konzepts oder integrierter, mehrdimensionaler, digitaler Transformationsprojekte gegründeten Digitalgesellschaften im Rahmen der In-House-Vergabe direkt beauftragt werden. Lediglich die Leistungen, die nicht unmittelbar von der kommunalen Gesellschaft selbst erbracht werden, sondern wiederum am Markt beschafft werden müssen, unterfallen ggf. der Ausschreibungspflicht.

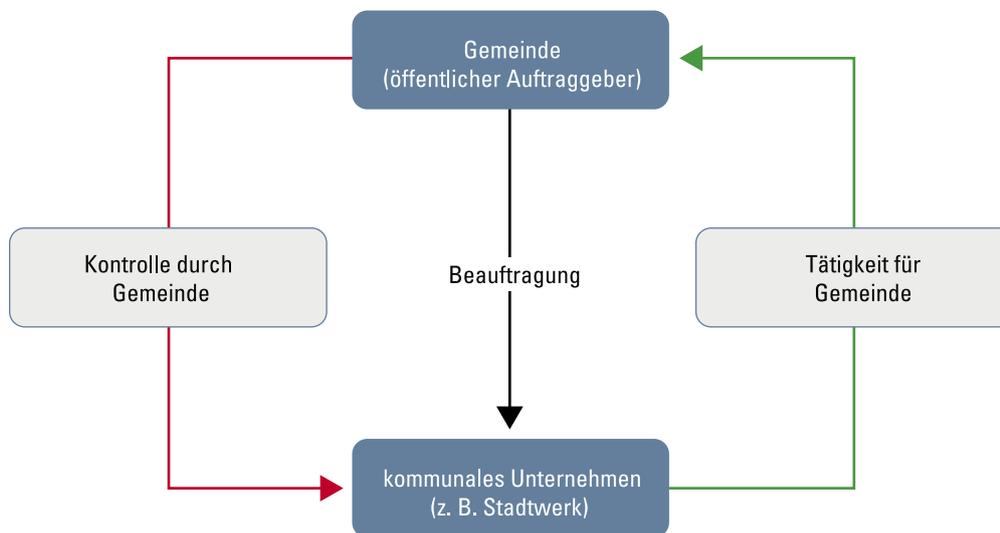
Zu den Voraussetzungen und den kommunalen Gestaltungsspielräumen der In-House-Vergabe im Einzelnen:

den Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt (§ 108 Abs. 2 Satz 1 GWB; EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rn. 65 – Parking Brixen).

Die Rechtsprechung hat weiter differenziert, in welchen Fällen von einer entsprechenden Kontrolle auszugehen ist. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass eine 100%ige Eigen-gesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) einer solchen vom Gesetz geforderten vergleichbaren Kontrolle wie über eigene Dienststellen entspricht (BGH, Beschl. v. 12.6.2001, Az. X ZB 10/01). Denn die Rechtsform der GmbH bietet, aufgrund ihrer eigenen Organisationsstruktur, den Anteilseignern umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten (ebd.). Die Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten werden u. a. durch das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH realisiert (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG).

Demgegenüber bestehen bei der Rechtsformwahl der Aktiengesellschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts erhebliche Bedenken hinsichtlich der für die Gemeinde bestehenden Kontrollbefugnisse. Jedenfalls sei eine Kontrolle der Gemeinde als Aktionärin

Abb. 3: Vertikale In-House-Vergaben



Quelle: Becker Büttner Held

3.2.1 Kontrolle wie über eigene Dienststellen

Dass die Gemeinde ein kommunales Unternehmen – wie z. B. eine Digitalisierungsgesellschaft oder ein Stadtwerk – direkt ausschreibungsfrei beauftragen darf, setzt zunächst voraus, dass sie über das Unternehmen eine ähnliche Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Die Kontrolle wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden

Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt (§ 108 Abs. 2 Satz 1 GWB; EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rn. 67 – Parking Brixen; Urt. v. 11.5.2006, Rs. C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Rn. 47 – Carbotermo).

Für eine rechtsichere und In-House-Vergaben ermöglichende Kontrolle der Kommune über das Unternehmen ist daher die Rechtsform der GmbH zielführend.

3.2.2 Tätigkeit im Wesentlichen für die Auftraggeber

Die ausschreibungsfreie Vergabe von Aufträgen der Gemeinde an kommunale Digitalisierungs-GmbHs oder Stadtwerke setzt weiter voraus, dass das kommunale Unternehmen im Wesentlichen für die Gemeinde tätig wird. Mit diesem Kriterium soll verhindert werden, dass Unternehmen, die in nicht unerheblichem Maße am Markt tätig sind, zusätzlich privilegiert öffentliche Aufträge erhalten und so in den Genuss von Wettbewerbsvorteilen gelangen. Kommunale Unternehmen sind im Wesentlichen für die Gemeinde tätig, wenn mehr als 80 % ihrer Tätigkeiten der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von der Gemeinde betraut wurden.

Nicht zwingend erforderlich ist, dass die beauftragende Gemeinde auch Leistungsempfänger ist, damit ihr die von dem Unternehmen erbrachten Tätigkeiten zugerechnet werden können. Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte die Zurechnung als Tätigkeit für die Gemeinde auch erfolgen, wenn die Tätigkeit aufgrund der „Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber“ (EuGH, Urt. v. 11.5.2006, Rs. C-314/04, Slg. 2006, I-4137, Rn. 66 – Carbotermo) oder „aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen“ (ebd.: Rn. 65–67) durch das Unternehmen Dritten gegenüber erbracht wurde.

Kommunale Betrauungsakte als Zurechnungsnorm für Tätigkeiten

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB muss das Unternehmen mit Aufgaben „betraut“ worden sein, damit die Tätigkeiten, welches es zur Aufgabenerfüllung erbringt, der Gemeinde zugerechnet werden können (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Die Betrauung mit Aufgaben ist somit weiter gefasst und bedarf eines besonderen Aktes. Sie muss jedoch nicht durch einen Hoheitsakt, durch eine Vergabeentscheidung oder durch einen Vertrag vorgenommen werden. Entscheidend ist aber, dass die Zuordnung der Aufgabe zu dem betreffenden Unternehmen durch einen erkennbaren und inhaltlich eindeutigen Akt erfolgt (vgl. Ziekow 2015: 258, 260). In Betracht kommt z. B. eine Betrauung durch Aufgabenübertragung im Rahmen des Gesellschaftszwecks. Kommunale Gesellschaften wären in diesem Fall für die Kommune bereits dann tätig, wenn sie Aufgaben im Sinne des ihnen zugewiesenen Gesellschaftszwecks erfüllen. Eine entsprechende Formulierung zum Gesellschaftszweck bzw. -gegenstand wurde von der Stadt Kaiserslautern in den Gesellschaftsvertrag (§ 2) eingefügt:

Gegenstand des Unternehmens ist die Planung, Projektierung, Umsetzung und Verstärkung von Maßnahmen zur urbanen Entwicklung der Stadt Kaiserslautern [–] insbesondere die Durchführung von Vorhaben der Digitalisierung in den Bereichen, Mobilität, Energie, Gesundheit, Bildung, innovative Online-Anwendungen der öffentlichen Verwaltung und intelligente Lieferdienste des Handels.

Im Gesellschaftsvertrag (§ 2) der Emden Digital GmbH als einem weiteren Beispiel eines zur Entwicklung und Umsetzung von Smart-City-Charta-Maßnahmen gegründeten Unternehmens heißt es:

Gegenstand des Unternehmens ist die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Breitbandversorgung und der Telefonie, einschließlich der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich von Digitalisierungsthemen und Digitalisierungsprojekten.

Es bleibt abzuwarten, ob neben klassischen Vergabeentscheidungen der Gemeinde auch derartige „Betrauungsakte“ im Rahmen des Gesellschaftsvertrags von der Rechtsprechung künftig als ausreichende Verknüpfung zwischen den Leistungen gegenüber Dritten und der Gemeinde angesehen werden. Jedenfalls hat sich der vergaberechtliche Spielraum erweitert, sodass beispielsweise Betrauungen mit Aufgaben im Gesellschaftsvertrag in Betracht gezogen werden. Rechtssicherheit hinsichtlich neuer Betrauungsakte besteht jedoch mangels Entscheidungen der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen noch nicht.

Gestaltungsspielräume der Kommune im liberalisierten Wettbewerbsmarkt

Sofern Kommunen erwägen, bereits gegründete Stadtwerke mit Digitalisierungsaufgaben zu beauftragen, ist zu prüfen, ob die Stadtwerke im Strom- und Gasvertrieb tätig sind. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamburg (Beschl. v. 14.12.2010, Az. 1 Verg 5/10) und des Oberlandesgerichts Frankfurt (Beschl. v. 30.8.2011, Az. 11 Verg 3/11) sind Tätigkeiten im Strom- und Gasvertrieb nicht als solche für die beherrschende Kommune anzusehen, weil es sich dabei um Tätigkeiten in liberalisierten Wettbewerbsmärkten handele. Dies hat zur Folge, dass diese Unternehmen grundsätzlich nicht im Wege einer In-House-Vergabe ausschreibungsfrei beauftragt werden können.

Dennoch verfügen die Kommunen über Gestaltungsspielräume, welche es ermöglichen, letztlich ein kommunales Stadtwerkeunternehmen direkt und vergaberechtsfrei zu beauftragen. Grundlage hierfür ist die Rechtsprechung des Oberlan-

desgerichts Celle (Beschl. v. 29.10.2009, Az. 13 Verg 8/09), wonach grundsätzlich jedes Unternehmen getrennt zu bewerten ist, also keine Konzernbetrachtung stattfindet. Die Kommunen können daher im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit ein weiteres Stadtwerkeunternehmen gründen (z. B. als Tochter der bereits existierenden Stadtwerke), welches nun ganz überwiegend für die Kommune tätig ist und nicht von den Umsätzen in den Bereichen des Strom- und Gasvertriebs infiziert wird. Diese Einzelbewertung der Unternehmen setzt eine Eigenständigkeit voraus, welche sich insbesondere in folgenden Maßgaben niederschlägt:

- **Wirtschaftliche Unabhängigkeit der Gesellschaft:** Die Stadtwerketochter muss einen eigenen Jahresabschluss haben.
- **Selbstständige Funktionsfähigkeit der Gesellschaft:** Die Gesellschaft muss im Wesentlichen über ausreichende eigene Ressourcen verfügen, um die übernommenen Aufträge ausführen zu können. Dies ist dann der Fall, wenn sie über eine eigene Stammebelegschaft verfügt. Unproblematisch ist es hingegen, wenn ein Teil des Auftragsvolumens an externe Dritte vergeben wird. Im Verhältnis zu den anderen Konzerngesellschaften sollten daher die wesentlichen personellen und sachlichen Ressourcen tatsächlich bei der Stadtwerketochter liegen. In untergeordnetem Umfang dürfte aber auch auf Ressourcen der anderen Konzerngesellschaften zurückgegriffen werden, um Synergieeffekte zu nutzen.
- **Eigenständigkeit der Verwaltung:** Die Stadtwerketochter müsste möglichst eigenständig verwaltet werden. Die Geschäftsführung sollte daher bei der Stadtwerketochter angesiedelt sein. Die Bestellung des identischen Geschäftsführers für alle Gesellschaften des Stadtwerkekonzerns sollte daher z. B. nicht angestrebt werden.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass Kommunen über vergaberechtliche Gestaltungsspielräume verfügen, Stadtwerkeunternehmen direkt ausschreibungsfrei zu beauftragen. Ausschlaggebend ist hierfür, dass das zu beauftragende kommunale Digitalisierungsunternehmen ausreichend eigenständig ist und im Wesentlichen für die Kommune tätig wird.

3.3 Ausschreibungsfreie Zusammenarbeit zwischen Gemeinden

Die Zusammenarbeit zwischen Gemeinden kann ebenfalls ausschreibungsfrei erfolgen. Das europäische Vergaberecht ermöglicht die interkommunale

Zusammenarbeit zum einen in Form der In-House-Vergabe (vgl. § 108 Abs. 4 GWB) und zum anderen im Rahmen einer rein vertraglichen Zusammenarbeit zwischen den Kommunen (vgl. § 108 Abs. 6 GWB). Ziel beider Varianten ist letztlich, ausschreibungsfreie Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern zu ermöglichen.

3.3.1 Interkommunale Zusammenarbeit als In-House-Vergabe

Die interkommunale Zusammenarbeit ist eine Form der In-House-Vergabe. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass nicht nur ein, sondern eine Mehrzahl öffentlicher Auftraggeber die Kontrolle über die zu gründende juristische Person ausübt (vgl. § 108 Abs. 4 GWB). Auch die Gründung eines kommunalen Zweckverbandes (vgl. Gurlit 2017: Rn. 33) zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung – wie dies in Spiegelau-Frauenau und im Fall der Steinwald-Allianz geschehen ist – fällt unter den Anwendungsbereich der interkommunalen In-House-Vergabe.

Sofern der Zweckverband gegenüber den Gemeinden tätig wird, ist die Leistungserbringung ausschreibungsfrei möglich (Eigenerledigung). Beispiele für Zweckverbände, die Digitalisierungsprozesse umsetzen, sind der Zweckverband High-Speed-Netz Rhein-Neckar, der den Glasfaserausbau in der Region betreibt, oder die Steinwald-Allianz. Lediglich bei der Beauftragung privater Wirtschaftsteilnehmer durch den Zweckverband können ggf. Vergaberechspflichten entstehen.

3.3.2 Interkommunale Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage

Im Gegensatz zur interkommunalen Zusammenarbeit als In-House-Vergabe setzt die interkommunale Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage nicht zwingend eine Institutionalisierung (Gründung einer Gesellschaft oder eines Zweckverbands) voraus (vgl. § 108 Abs. 6 GWB). Gemeinden können zur Erreichung gemeinsamer Ziele – wie z. B. des Breitbandausbaus – vertraglich zusammenarbeiten. Hierbei ist nicht zwingend erforderlich, dass sämtliche Gemeinden als Vertragsparteien Leistungen zur Erreichung des gemeinsamen Ziels erbringen. Vielmehr ist es möglich, dass eine Gemeinde mit der Dienstleistungserbringung betraut wird, während der Beitrag der übrigen Gemeinden die Kostendeckung ist (vgl. Ziekow 2018: Rn. 78).

4 Vergabeverfahren

Sofern keine Beschaffung im unmittelbaren kommunalen Umfeld ausschreibungsfrei möglich ist, sind die Bedarfe der Gemeinden nach den Regelungen des Vergaberechts zu decken. Im Ober- wie Unterschwellenvergaberecht kann die Gemeinde aus einer Fülle von Verfahrensarten auswählen. Im Folgenden sollen die Vor- und Nachteile der einzelnen Verfahrensarten beschrieben sowie ein Überblick über deren Zulässigkeitsvoraussetzungen geschaffen werden.

Das Vergaberecht setzt zunächst voraus, dass ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession erteilt werden soll. Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen Gemeinden und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, vgl. § 103 Abs. 1 GWB). Bei der Vergabe von Konzessionen erhält das Unternehmen anstelle einer Vergütung das Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Leistungen (vgl. § 105 Abs. 1 GWB).

Aufträge, die auf den ersten Blick nicht ausschreibungspflichtig zu sein scheinen, können dennoch dem Vergaberecht unterfallen. Hierzu gehören sowohl sogenannte Umsonstangebote als auch die Vergütung von Unternehmen mittels Datenüberlassungen. Umsonstangebote – Angebote, bei denen der Auftraggeber z. B. nicht für das Produkt, sondern nur die Wartung ein Entgelt entrichtet – sind öffentliche Aufträge, da auch die Wartungsleistung Teil der vergabepflichtig zu beschaffenden Leistungen ist, die im Paket mit dem Produkt beschafft wird. Zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit ist es hier ratsam, die Lebenszykluskosten heranzuziehen, zu denen neben den Anschaffungskosten u. a. auch die Wartungskosten gehören (vgl. § 59 Abs. 2 VgV).

Die Vergütung von Unternehmen im Wege der Datenüberlassung begründet demgegenüber in der Regel eine Dienstleistungskonzession. Das Unternehmen erhält in diesem Fall für die erbrachten Dienstleistungen kein Entgelt, sondern das (exklusive) Recht, die Daten zu verwerten, um ggf. eigene Produkte auf den Markt zu bringen und diese

den Nutzern gegenüber abzurechnen. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist – jedenfalls ab Überschreitung der Schwellenwerte für eine europaweite Vergabe – ebenfalls ausschreibungspflichtig.

4.1 Wahl sowie Vor- und Nachteile der Verfahrensarten im EU-Vergaberecht

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im EU-Vergaberecht erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren (mit und ohne Teilnahmewettbewerb), im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft (vgl. § 119 Abs. 1 GWB).

4.1.1 Offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren

Das offene Verfahren ist ein Verfahren, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 119 Abs. 3 GWB, § 15 VgV, § 14 SektVO). Das offene Verfahren ist einstufig ausgestaltet. Dies bedeutet, dass die Bieter in der Regel innerhalb von 35 Tagen, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung an das Supplement zum EU-Amtsblatt, ihre Angebote einreichen müssen (vgl. § 15 Abs. 2 VgV). Das offene Verfahren stellt somit den größten Angebotswettbewerb her und ist das schnellste Vergabeverfahren. Allerdings herrscht im offenen Verfahren ein striktes Verhandlungsverbot (vgl. § 15 Abs. 5 VgV). Die Vergabeunterlagen müssen daher so ausgestaltet sein, dass eine Angebotsabgabe ohne durch Verhandlungen eingeführte Konkretisierungen möglich ist.

Das offene Verfahren eignet sich besonders für die Beschaffung von standardisierten Leistungen, die mit möglichst geringem Verwaltungsaufwand und gleichzeitig unter höchstem Wettbewerbsdruck beschafft werden sollen.

Abb. 4: Ablauf des offenen Verfahrens nach der VgV



Das offene Verfahren bietet sich beispielsweise für die Beschaffung der folgenden Leistungen an:

- Bauleistungen zur Verlegung von Breitbandnetzen durch Gemeinden oder kommunale Zweckverbände, insbesondere die Errichtung einer Leerrohrinfrastruktur (ggf. inklusive Glasfaserkabel) können auf der Grundlage einer konstruktiven Leistungsbeschreibung am Markt beschafft werden, ohne dass Verhandlungen über den Auftragsgegenstand erforderlich sind.
- Lieferung von Fahrrädern/Fahrzeugen im Falle eines kommunalen Mobilitäts-Sharing-Konzepts
- Hardware-Beschaffung für öffentliche Bildungseinrichtungen oder die Verwaltung

Das nicht offene Verfahren bietet gegenüber dem offenen Verfahren kaum Vorteile. Zwar kann hier aufgrund der Zweistufigkeit (vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb) der Kreis der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen und damit auch der Aufwand der Angebotsprüfung reduziert werden. Die Zweistufigkeit des Verfahrens führt jedoch auch zu einer längeren Verfahrensdauer, die bei Einhaltung der Regel Fristen in der Summe mindestens 60 Tage (30 Tage für die Abgabe der Teilnahmeanträge und weitere 30 Tage für die Abgabe der Angebote) beträgt (vgl. § 16 Abs. 2, 5 VgV). Im Übrigen sind Nachverhandlungen auch im nicht offenen Verfahren unzulässig (vgl. § 16 Abs. 9 VgV).

4.1.2 Verhandlungsverfahren

Das Verhandlungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Angebote zu verhandeln (§ 119 Abs. 5 GWB, § 17 VgV). Das Verhandlungsverfahren bietet im Gegensatz zum offenen und nicht offenen Verfahren den Vorteil, dass mit den Bietern über die Angebote verhandelt werden kann, aber nicht mehr zwingend verhandelt werden muss, soweit der Auftraggeber sich dies vorbehalten hat (vgl. § 17 Abs. 11 VgV). In welchem Umfang Verhandlungen mit den Bietern zulässig sind, ob-

liegt letztlich dem Auftraggeber und seinen Festlegungen zum Auftragsgegenstand in der Bekanntmachung. Hierbei gilt die Faustregel: Je weiter der Auftragsgegenstand in der Auftragsbekanntmachung gefasst ist, desto größer ist der Spielraum für Verhandlungen (vgl. Ganske 2018: Rn. 33). Ausschreibenden Gemeinden ist daher nahezu legen, besondere Sorgfalt auf die Beschreibung des Auftragsgegenstands zu verwenden, um den interessierten Unternehmenskreis wirksam anzusprechen ohne sich etwaige Verhandlungsspielräume zu früh zu verschließen.

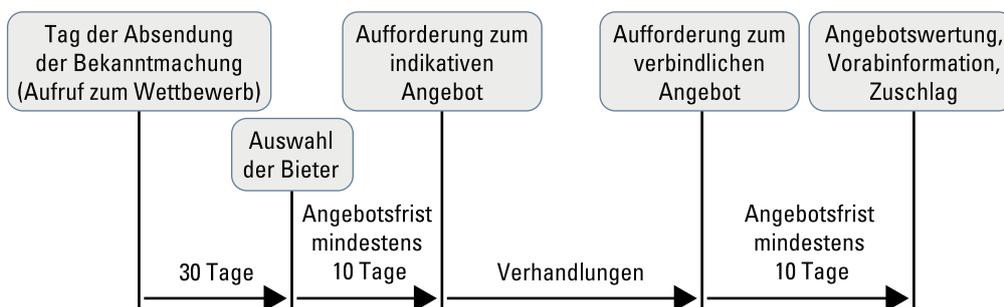
Das Verhandlungsverfahren gliedert sich in zwei Stufen: in den Teilnahmewettbewerb und die Angebotsphase.

Verhandlungsverfahren schaffen Raum für Innovationsprozesse. Sie sind vor allem bei komplexen und neuartigen Lösungen zu empfehlen, bei denen konzeptionelle Lösungen gefunden werden müssen und die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne Anpassungen bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können (vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV). Die digitalen Transformationsprozesse in Kommunen werden regelmäßig dieser Innovationskraft und des Know-hows der Unternehmen bedürfen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Verhandlungsverfahren bei der Beschaffung in digitalen Transformationsprozessen eine gewichtige Rolle spielen wird.

Typische Anwendungsfälle für Verhandlungsverfahren bei der Umsetzung von Digitalisierungsvorhaben können sein:

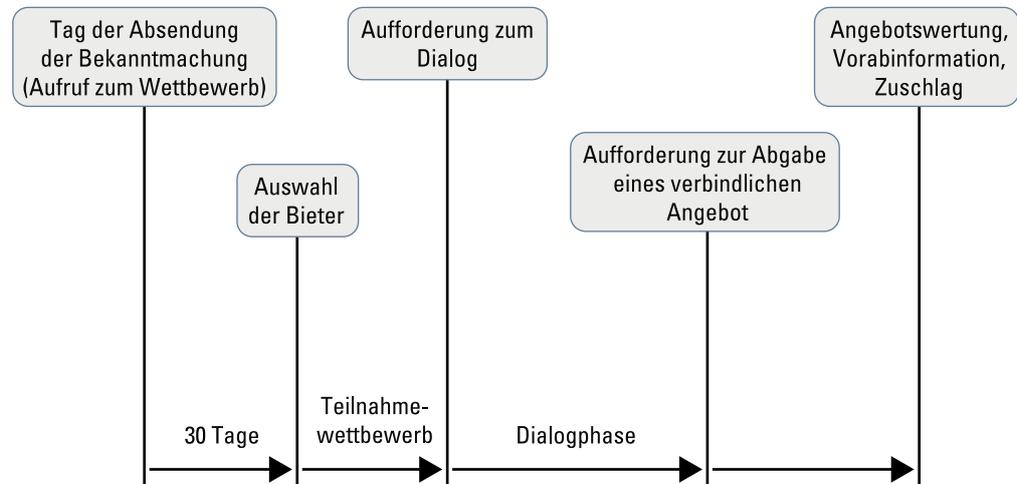
- die Beschaffung und Einführung einer elektronischen Akte, einer Haushaltssoftware oder eines Online-Bürgerportals
- die Entwicklung und/oder technische Betreuung leistungsfähiger Websites und weitere Internetdienste (z. B. Apps)
- Beratungsleistungen zur Entwicklung von Geschäftsmodellen (Strategieberatung) und Sharing-Konzepten
- WLAN-Hotspots (im öffentlichen Stadtgebiet oder ÖPNV)
- die Errichtung von Ladesäulen
- intelligente Straßenbeleuchtung

Abb. 5: Verfahrensschritte des Verhandlungsverfahrens



4.1.3 Wettbewerblicher Dialog

Abb. 6: Ablauf des Wettbewerblichen Dialogs



Quelle: Becker Büttner Held

Der wettbewerbliche Dialog (§ 119 Abs. 6 GWB, § 18 VgV) ist ein dreistufiges Verfahren, bei dem der Auftraggeber Unternehmen zunächst zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auffordert (Teilnahmewettbewerb). Anschließend ermittelt der Auftraggeber, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Dabei kann er alle Aspekte des Auftrages mit den ausgewählten Unternehmen erörtern (Dialogphase). Nach der Dialogphase werden die Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert (Angebotsphase); Verhandlungen über den Inhalt der Angebote finden nicht statt (vgl. Antweiler 2018: Rn. 32).

Vom Verhandlungsverfahren unterscheidet sich der wettbewerbliche Dialog insbesondere durch die zusätzliche Dialogphase und das Verhandlungsverbot in der letztlich maßgeblichen Angebotsphase. Der wettbewerbliche Dialog ist damit tendenziell ein komplexeres und zeitaufwendigeres Verfahren. Darüber hinaus dürfen in der Dialogphase Informationen über Lösungsvorschläge der Unternehmen nicht ohne deren Zustimmung weitergegeben werden (vgl. § 18 Abs. 5 VgV). Die Konsolidierung der Vergabeunterlagen und damit der Wettbewerb hinsichtlich einzelner Lösungswege werden damit erschwert. Damit stellt der wettbewerbliche Dialog dem Auftraggeber höhere Hürden als das Verhandlungsverfahren. Letztlich können bei entsprechender Verfahrensgestaltung (Eröffnung von Verhandlungsspielräumen) im Verhandlungsverfahren flexibler die gleichen Ergebnisse erzielt werden. Dementsprechend ist, wie aus der Datenanalyse des Supplements zum EU-Amtsblatt folgt (vgl. TED 2018), der Wettbewerbliche Dialog von der Vergabepaxis kaum angenommen worden (weniger als 0,14 % sämtlicher Vergabeverfahren 2016 in Deutschland und 0,33 % sämtlicher Vergabeverfahren 2016 in der EU).

4.1.4 Innovationspartnerschaft

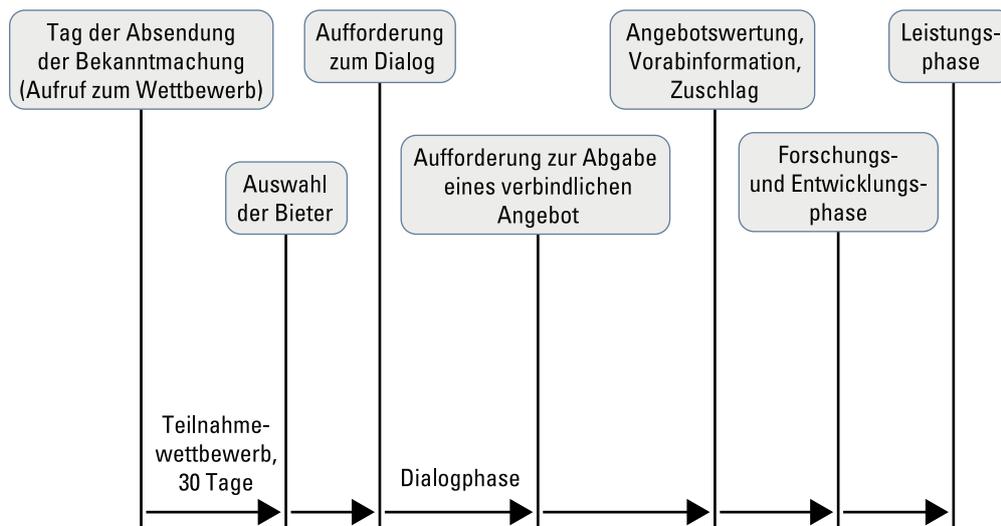
Die Innovationspartnerschaft ist in § 119 Abs. 7 und § 17 VgV geregelt. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Entwicklung innovativer Produkte oder innovativer Dienst- oder Bauleistungen und der anschließende Erwerb der daraus hervorgehenden Leistung. Die Innovationspartnerschaft fasst die Beschaffung der Entwicklung und Herstellung von neuartigen Lösungen zusammen. Zulässigkeitsvoraussetzung und Charakteristikum der Innovationspartnerschaft ist, dass die zu beschaffenden Leistungen bislang nicht auf dem Markt verfügbar sind.

Zunächst wählt der Auftraggeber in einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb Unternehmen aus, die er zur Abgabe von Angeboten in Form von Forschungs- und Innovationsprojekten auffordert. Nach Verhandlung der Angebote wird die Innovationspartnerschaft durch Zuschlag auf eines oder mehrere Angebote eingegangen. Die auf den Zuschlag folgende Innovationspartnerschaft ist sodann in zwei Phasen unterteilt: die Forschungs- und Entwicklungsphase und die Leistungsphase.

Da die Innovationspartnerschaft ein noch verhältnismäßig neues Instrument zur vergaberechtlichen Beschaffung ist, hat sich noch kein typischer Anwendungsbereich herausgebildet. Aus den rechtlichen Vorgaben ergibt sich jedoch, dass die Innovationspartnerschaft nur im Falle neuer, noch nicht verfügbarer Leistungen Anwendung findet. Damit hat der Gesetzgeber ein deutliches Unterscheidungsmerkmal zum Verhandlungsverfahren bzw. zum wettbewerblichen Dialog geschaffen.

Denkbare Anwendungsbereiche der Innovationspartnerschaft für die Umsetzung von Digitalisierungsvorhaben sind z. B.:

Abb. 7: Ablauf des Vergabeverfahrens Innovationspartnerschaft



Quelle: Becker Büttner Held

- Prototyp einer Automatenplattform für Vertriebs-/Fahrkartenautomaten im ÖPNV sowie ggf. Lieferung des entwickelten Prototyps
- Forschungs- und Entwicklungsleistungen (z. B. Entwicklung eines Hagelsensors, Parkraumsensoren)
- Entwicklung einer innovativen Planungs- bzw. Bauleistung und im Falle der gelungenen Auflösung des Zielkonflikts zwischen Gebäudeeffizienz und Wirtschaftlichkeit Unterstützung bei Errichtung des Gebäudes

In diesem Sinne kann sich die Innovationspartnerschaft z. B. bei der Planung und Errichtung neuer, effizienterer, klimafreundlicherer Quartiere anbieten, sofern dort Lösungen entwickelt werden sollen, die – sollten sie den Erwartungen des Auftraggebers entsprechen – umgesetzt werden.

4.2 Leistungsbeschreibung

Die vergaberechtlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung stellen die Kommunen regelmäßig vor Herausforderungen. Dies gilt im besonderen Maße für die Umsetzung von Maßnahmen im Bereich der Digitalisierung, da aufgrund des hohen Innovationsgrads dieser Projekte in der Regel noch keine belastbaren Erfahrungen mit den zu erbringenden Leistungen bestehen.

Das Vergaberecht postuliert, dass der einmal vom Auftraggeber festgelegte Auftragsgegenstand grundsätzlich eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist (vgl. § 121 Abs. 1 GWB). Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung gehen daher zu Lasten des Auftraggebers (OLG Schleswig, Urt. v. 25.9.2009, Az. 1 U 42/08). Zwar verlangt die Verpflichtung zu einer eindeutigen Leistungsbeschreibung von einem Auftraggeber nicht, einen unverhältnismäßigen Kostenaufwand zu betreiben, doch muss er alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen (VK Lüneburg, Beschl. v. 7.3.2011, Az. VgK-73/10).

Darüber hinaus hat der Auftraggeber grundsätzlich die Wahl zwischen einer konstruktiven und einer funktionalen Leistungsbeschreibung (vgl. Trutzel 2018: Rn. 3; Lampert 2017: Rn. 100). Im Rahmen der konstruktiven Leistungsbeschreibung mit Massen- und Mengenangaben sind von den Bietern die vom Auftraggeber übergebenen Leistungsverzeichnisse zu bepreisen. Die funktionale Leistungsbeschreibung gibt demgegenüber den Bietern lediglich eine Beschreibung des Zieles der Leistung vor, sodass der Bieter eigene Konkretisierungen vornehmen muss und sich ein Teil der Planungstätigkeit auf ihn verlagert. Insbesondere im Rahmen der funktionalen oder teilfunktionalen Leistungsbeschreibung können vom Auftraggeber auch die in der Smart City Charta aufgestellten Leitsätze zur Beschreibung des zu erreichenden Ziels bzw. der Aufgabe herangezogen werden.

Neben der Möglichkeit, das Spannungsverhältnis zwischen eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung und dem hohen Innovationsgrad der Projekte mittels einer funktionalen Leistungsbeschreibung aufzulösen, besteht die Möglichkeit, zunächst einen Prototypen auszuschreiben. Hieraus erwachsen den Kommunen mehrere Vorteile. Die Entwicklung eines Prototyps (z. B. einer Indoor-Navigations-App) versetzt den kommunalen Auftraggeber zum einen in die Lage, die Funktionsfähigkeit und Ingebrauchnahme des neuen technischen Mittels zu erproben. Des Weiteren können, für den Fall einer nachfolgenden Umsetzung der Maßnahme in einem größeren Maßstab, die Erkenntnisse des Prototyps insbesondere auch bei der Leistungsbeschreibung in Ansatz gebracht werden.

Prototypen sind häufig kleinvolumige Projekte, die nach dem nationalen Vergaberecht auszuschreiben sind.

4.3 Wahl sowie Vor- und Nachteile der Verfahrensarten im nationalen Vergaberecht

Aufgrund der zerklüfteten Rechtslandschaft im nationalen bzw. kommunalen Haushaltsvergaberecht sowie der Landesvergabegesetze kommen derzeit Vergabeverfahren nach der VOL/A (1. Abschnitt), VOB/A (1. Abschnitt) und der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Betracht. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um dieselben Vergabeverfahren, die übersichtshalber am Beispiel der UVgO dargestellt werden. Danach erfolgt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Ausschreibung, durch beschränkte Ausschreibung (mit und ohne Teilnahmewettbewerb) und durch Verhandlungsvergabe (mit und ohne Teilnahmewettbewerb).

Dennoch wäre eine Vereinheitlichung der recht unübersichtlichen Normierung im Haushalts- und Landesvergaberecht wünschenswert. So könnte den Kommunen mittels einheitlicher Handlungsempfehlungen die Anwendung des nationalen Vergaberechts erleichtert werden.

4.3.1 Öffentliche Ausschreibung

Die öffentliche Ausschreibung ähnelt dem offenen Verfahren des EU-Vergaberechts und ist diesem in der UVgO nachempfunden. Ebenso wie beim offenen Verfahren fordert der Auftraggeber mit einer Auftragsbekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl an Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf (vgl. § 9 Abs. 1 UVgO). Die öffentliche Ausschreibung nach dem Haushaltsvergaberecht unterscheidet sich vom offenen Verfahren maßgeblich durch die geringeren Anforderungen an die Bekanntmachungspflicht des Auftrags durch die Kommunen. Ausreichend ist, die Auftragsbekanntmachung auf der Internetseite des Auftraggebers zu veröffentlichen (vgl. § 28 Abs. 1 UVgO). Eine europaweite Bekanntmachung ist nicht erforderlich.

Verhandlungen über die Angebote oder Preise sind im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung, wie auch im offenen Verfahren, nicht zulässig (vgl. § 9 Abs. 2 UVgO). Die öffentliche Ausschreibung bietet sich zur Beschaffung an, wenn Standardprodukte in einem großen Wettbewerb möglichst schnell erworben werden sollen.

4.3.2 Beschränkte Ausschreibung

Die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb entspricht dem nicht offenen Verfahren im EU-Vergaberecht. Die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist ebenfalls zweistufig ausgestaltet, sodass die Kommunen als Auftraggeber zunächst im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs die Eignung der Unternehmen prüfen und anschließend die zugelassenen Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern (vgl. § 10 UVgO). Die beschränkte Ausschreibung ist zumindest auf der Internetseite des Auftraggebers bekannt zu machen (vgl. § 28 Abs. 1 UVgO).

Die beschränkte Ausschreibung bietet gegenüber der öffentlichen Ausschreibung und der Verhandlungsvergabe wenig Vorteile. Aufgrund des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs und des Verhandlungsverbots ist die beschränkte Ausschreibung zeitaufwendiger als die öffentliche Ausschreibung und bietet weniger Flexibilität und Innovationskraft als die Verhandlungsvergabe. Lediglich unter den engen Voraussetzungen einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vermag die beschränkte Ausschreibung zu überzeugen, da in diesem Fall direkt drei geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden können. Ein solches Verfahren ist in der Regel jedoch nur zulässig, wenn bereits der Verwaltungsaufwand eines anderen Verfahrens im Missverhältnis zu der zu beschaffenden Leistung stünde (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3 UVgO).

4.3.3 Verhandlungsvergabe

Die Verhandlungsvergabe ist das Gegenstück zum Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich. Sie ermöglicht den Kommunen als Auftraggeber, über den gesamten Angebotsinhalt mit den Bietern zu verhandeln (vgl. § 12 Abs. 4 UVgO). Die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb ist auf der Internetseite des Auftraggebers zu veröffentlichen (vgl. § 28 Abs. 1 UVgO). Nur die aus dem Teilnahmewettbewerb als geeignet hervorgegangenen Unternehmen werden zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb sind den Voraussetzungen zur Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich angeglichen worden. Danach ist die Wahl des Verhandlungsverfahrens zulässig, wenn der Auftrag insbesondere konzeptionelle und innovative Lösungen umfasst bzw. eine besondere Komplexität aufweist (vgl. § 8 Abs. 4 UVgO).

5 Ergebnis

Insgesamt lässt sich feststellen, dass in der Regel für die Beschaffung von Leistungen zur Realisierung von Digitalisierungsprojekten das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bzw. die Verhandlungsvergabe oder das offene Verfahren bzw. die öffentliche Ausschreibung sowohl zulässig als auch zielführend sind.

Sofern innovative und komplexe Lösungen beschafft werden sollen, bietet das Verhandlungsverfahren ausreichend Flexibilität. Zur Beschaffung von Standardleistungen ist das offene Verfahren bzw. die öffentliche Ausschreibung zu empfehlen, da diese den höchsten Wettbewerbsdruck erzeugen.

Nur in vereinzelten Ausnahmefällen wird die Innovationspartnerschaft zur Anwendung kommen. Dies ist der Fall, wenn noch nicht verfügbare Leistungen entwickelt und beschafft werden sollen.

Darüber hinaus sollten von der Kommune auch ausschreibungsfreie Beschaffungsvarianten im Blick behalten werden, die unter den Stichworten In-House-Vergabe, interkommunale Zusammenarbeit bzw. Selbstvornahme zusammengefasst werden können. In Betracht kommen hierbei vor allem die ausschreibungsfreie Direktbeauftragung von In-House-fähigen kommunalen Gesellschaften (z. B. Stadtwerke oder Digitalisierungsgesellschaften) bzw. die Selbstvornahme durch Eigenbetriebe.



Literaturverzeichnis

Antweiler, Clemens, 2018: § 119 GWB. In: Ziekow, Jan; Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.): Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage. München.

BBSR Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (Hrsg.), 2017: Smart City Charta – Digitale Transformation in den Kommunen nachhaltig gestalten. Bonn.

Ganske, Matthias, 2018: § 119 GWB. In: Reidt, Olaf; Stickler, Thomas; Glaß, Heike (Hrsg.): Vergaberecht, 4. Auflage. Köln.

Gurlit, Elke, 2017: § 108 GWB. In: Burgi, Martin; Dreher, Meinrad (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil. 3. Auflage. München.

Lampert, Stephen, 2017: § 121 GWB. In: Burgi, Martin; Dreher, Meinrad (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB, 4. Teil. 3. Auflage. München.

Smart City Wien: Meine Smart City. Zugriff: <https://smartcity.wien.gv.at> [abgerufen am 04.12.2018].

Stadt Amsterdam: Amsterdam Smart City. Zugriff: <https://amsterdamsmartcity.com>, Network, Organisations, amsterdam smart city [abgerufen am 04.12.2018].

Stadt München: München als Smart City. Zugriff: <https://www.muenchen.de>, Stadtverwaltung, Referat für Stadtplanung und Bauordnung, Stadtentwicklung, Perspektive München, Smart City [abgerufen am 04.12.2018].

Stadt Wolfsburg, Referat Strategische Planung, Stadtentwicklung, Statistik: Stadtentwicklung. Zugriff: <https://www.wolfsburg.de>, Rathaus, Stadtverwaltung, Strategische Planung/Stadtentwicklung/Statistik, Stadtentwicklung [abgerufen am 04.12.2018].

TED Tenders Electronic Daily: Online version of the Supplement to the Official Journal of the EU. Zugriff: <https://ted.europa.eu> [abgerufen am 04.12.2018].

Trutzel, Brigitta, 2018: § 121 GWB. In: Ziekow, Jan; Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.): Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage. München.

Ziekow, Jan, 2015: Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?. Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 16. Jg. (5), S. 258–264..

Ziekow, Jan, 2018: § 108 GWB. In: Ziekow, Jan; Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.): Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage. München.

Anhang

Rechtsquellenverzeichnis

Europäische Vorschriften

Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172 der Kommission vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Vergabeverfahren (ABl L 307/9)

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl L 94/65)

Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl L 94/243)

Nationale Vorschriften

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245)

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 19.1.2016 B3, S. 3)

Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) 2009 Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) (BAnz Nr. 196a vom 29.12.2009)

Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624)

Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657)

Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) vom 7. Februar 2017 (BAnz AT 7.2.2017 B1)

Landesrechtliche Vorschriften

Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) vom 14. Juli 1994 (GV S. 270)

Sächsische Gemeindeordnung vom 9. März 2018 (GVBl. S. 62)

Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) vom 18. April 2011 (GVBl. 2011 S. 69)

Abkürzungsverzeichnis

Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
App	Application
Az.	Aktenzeichen
BBSR	Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung
BGH	Bundesgerichtshof
Beschl. v.	Beschluss vom
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KommHV-Doppik	Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke nach den Grundsätzen der doppelten kommunalen Buchführung
KommHV-Kameralistik	Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke nach den Grundsätzen der Kameralistik
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
SächsGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen
SektVO	Sektorenverordnung
Slg.	Sammlung
TED	Tenders Electronic Daily
ThürVgG	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung
Urt. v.	Urteil vom
VergStatVO	Vergabestatistikverordnung
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK	Vergabekammer
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
WLAN	Wireless Local Area Network

