LMU LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN

Beschaffung 4.0

IT-Beschaffung im Lichte der UfAB 2018, über Markterkundung, Bewertungsformeln und Co.

Vergabetag Bayern
Mittwoch, 9. Oktober 2019

Dr. Christoph Krönke

Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen
Ludwig-Maximilians-Universität München

Gliederung

I. „Beschaffung 4.0“ als Koordinierungsaufgabe

II. Anwendungsbereich des Vergaberechts

1. In-House-Vergabe
2. Horizontale Kooperationen

III. Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

1. Ausgangspunkt: Besonderheiten der IT-Beschaffung
2. Vergabeverfahren
3. Materiell-rechtliche Instrumente

I. „Beschaffung 4.0“ als Koordinierungsaufgabe

Eigenerledigung der
Erbringung von IT-Leistungen

Grds. des „make or buy"

„Digitales Beschaffen“
→ E-Vergabe, § 97 V GWB

„Beschaffen von Digitalem“
→ Beschaffen von IT-Leistungen

„Beschaffen von Digitalem“

Sachebene

Sachliche Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand

Tatsächliche Erwartungen an IT-Leistungen

(v.a. höhere Effizienz und Effektivität der Verwaltung)

Rechtliche Vorgaben für den Einsatz digitaler Technologien bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben

Vergabeebene

Steuerungsaufgabe des Vergaberechts

Sicherung der Aufgabenerfüllung im Wege der Beschaffung unter Wahrung der **Steuerungsverantwortung**

Wettbewerblichkeit, **Transparenz** und **Diskriminierungsfreiheit**, **Wirtschaftlichkeit** und **Verhältnismäßigkeit**

II. Anwendungsbereich des Vergaberechts

- Beschaffung vielfach über öffentliche Unternehmen/Verwaltungskooperationen
  - ➢ Gelten die getroffenen Vereinbarungen als „öffentliche Aufträge“ i.S.d. § 103 GWB?
  - ➢ Fallen sie unter einen Ausnahmetatbestand des § 108 GWB?

1. In-House-Vergabe

- Erbringung der Leistung unmittelbar selbst durch IT-Eigenbetrieb/ Eigengesellschaft i.S.d. § 108 Abs. 1 GWB
  - ➢ Keine Besonderheiten für Beschaffung von IT-Leistungen
  - ➢ > 80 % der Tätigkeit muss für öfftl. Auftraggeber erfolgen (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB) → ℗ Viele öffentliche IT-Unternehmen auch am Markt tätig!

2. Horizontale Kooperationen

– „Kieler Beschlüsse I“ (1979): Vereinbarung, dass öffentliche Stellen sich **gegenseitig** die von ihnen erstellten Programme und deren Fortentwicklungen grds. **unentgeltlich überlassen**

- **Öffentlicher Auftrag?** Verlangt kein strenges Synallagma, vielmehr genügt bei Gesamtbetrachtung jede (auch erst künftige) Hingabe eines geldwerten Vorteils (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 126, 128).

- Im Falle der „Kieler Beschlüsse“: Zwar keine unmittelbare Entgeltlichkeit, aber langfristiges, mittelbar wirkendes Gegenseitigkeitsprinzip (+)

– „Kieler Beschlüsse II“ (2014): **softwarebezogene Betriebs- und Pflegekooperationen** oder noch weitergehende **Verarbeitungs-kooperationen**

- Fall des **§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB?**: IT-Kooperation betrifft keine Sachaufgabe sondern eine „Hilfstätigkeit“. ➔ **„gemeinsames Ziel“?**
  - Vor 2016: Hilfstätigkeit könne sich im Leistungsportfolio auch jedes privaten Anbieters finden → keine „spezifisch öffentliche“ Aufgabe
  - Rechtslage nach Reformierung des europäischen Vergaberechts?
- Jedenfalls horizontale Kooperationen zur Erstellung potenziell aufgaben-relevanter IT-Anwendungen sollten grds. unter § 108 Abs. 6 GWB subsumiert werden. Siehe dazu insgesamt den Vorlagebeschluss von OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 126.

III. Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

1. Ausgangspunkt: Besonderheiten der IT-Beschaffung

1

Komplexität der Beschaffung von IT → **Wissensmangel** beim Auftraggeber → Verlagerung der Entscheidung bzgl. des „Was“ der Beschaffung in die **Vergabephase**

2

Substantieller Einfluss der IT auf Organisation, Verfahren und Inhalt der jeweiligen Verwaltungsaufgabe (eigenständiger Steuerungsfaktor)

Konsequenz: Wahrung der **Gestaltungsspielräume des Auftraggebers** und Sicherung seiner **Beschaffungsautonomie** erforderlich

2. Vergabeverfahren

a) Einbeziehung Privater in das Verfahren und dessen Vorbereitung

- **Mitwirkungsproblematik**
  - Vergaberechtliche Seite: § 6 VgV
  - Privatisierungsrechtliche Frage

    Schlichte Verfahrenshandlungen

    Vergaberechtlich normierte **Entscheidungen**

- **Projektantenproblematik** (Einschaltung eines Bieters in die Vorbereitung des Verfahrens zur IT-Beschaffung, § 7 VgV)
  - Maßnahmen zur Kompensation des intellektuellen u. zeitlichen Wettbewerbsvorteils

b) Wahl einer besonderen Verfahrensart

- Besondere Relevanz für komplexe IT-Produkte und -Projekte haben **flexibel strukturierte Verfahrensarten**:
  - Verhandlungsverfahren (§ 17 VgV)
  - Wettbewerblicher Dialog (§ 18 VgV)
  - Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV)

  } ℗ Nur unter besonderen rechtlichen Voraussetzungen statthaft

→ Besonderer Flexibilisierungsbedarf bei IT-Vergabe erfordert großzügige Auslegungs- u. Einschätzungsspielräume des Auftraggebers bzgl. des Vorliegens dieser Voraussetzungen!

- Strengere Anforderungen werden an **Verhandlungsverfahren ohne vorangehenden Teilnahmewettbewerb** gestellt (Empfehlung: Durchführung einer förmlichen **Markterkundung**)

c) Teststellungen (Vorführung der angebotenen Leistung)

- **Formen:**
  - **verifizierend:** Kontrolle, ob Leistung den in der Leistungsbeschreibung niedergelegten Anforderungen entspricht
  - **wertend:** Bestandteil der Angebotswertung
- **Anforderungen:**
  - wertende Teststellung muss als Bestandteil der Zuschlagskriterien **bekanntgemacht** werden, § 127 Abs. 5 GWB; Ergebnis der Bewertung ist wegen § 8 Abs. 1 S. 2 VgV zu **dokumentieren**; verifizierende Teststellungen werden ebenso behandelt
  - Durchführung muss **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entsprechen
  - **Rechtspflicht** zur Ermöglichung und Durchführung von Teststellungen?

3. Materielle Vergaberechtsinstrumente

- Zentrale Mittel zur Übersetzung des Erfüllungs- und Beschaffungswillens des Auftraggebers in die Sprache des Vergaberechts:
  - **Leistungsbeschreibung**
  - **Zuschlags-/Wertungskriterien**
  - **Ausführungsbedingungen**

- Auch bei IT-Beschaffung prinzipiell keine vergaberechtserhebliche Verpflichtung zur Festsetzung bestimmter sachlicher Anforderungen!

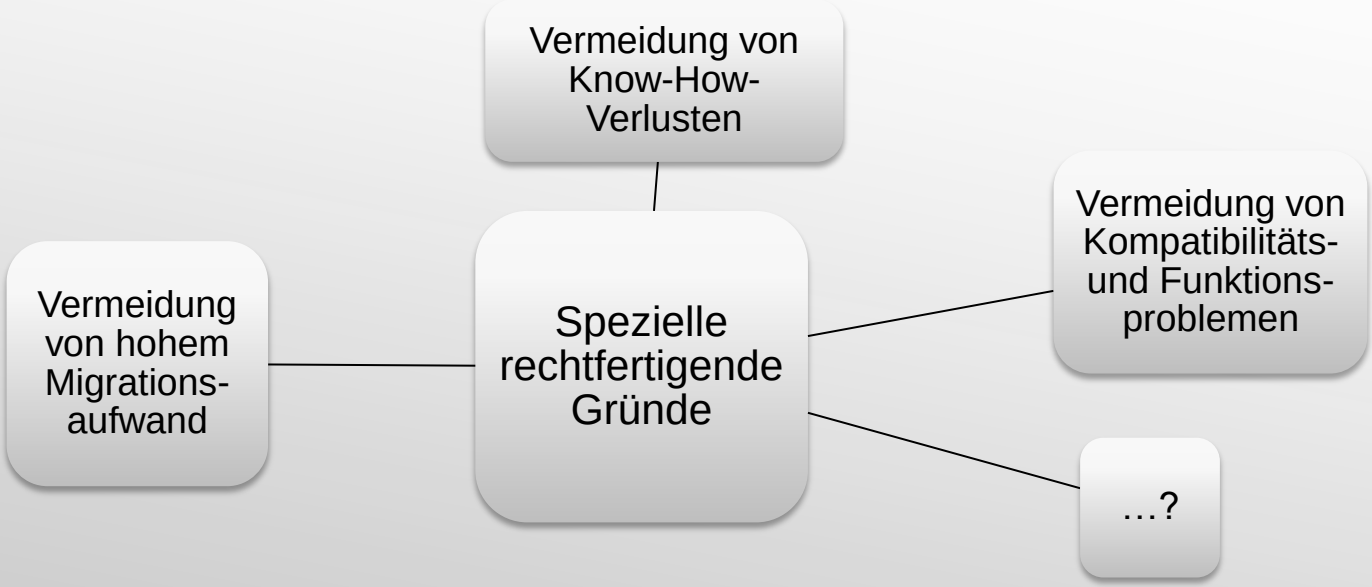
a) Leistungsbeschreibung

- bietet Flexibilisierungspotenzial bei Konturierung der zu beschaffenden IT
- Freiheit zur *unspezifischen* Leistungsbeschreibung:
  - ➢ sog. **funktionale** Leistungsbeschreibung, § 121 Abs. 1 S. 2 GWB (= Beschreibung der zu lösenden Aufgabe)
  - ➢ Zulassung abweichender **Nebenangebote**, § 35 VgV

→ Möglichkeit für Auftraggeber, das vorhandene **„Know how“ der Bieter** für die Lösung der Beschaffungsaufgabe abzuschöpfen

- Freiheit zur *spezifischen* Leistungsbeschreibung:
  - Möglichkeit zum Verweis auf vordefinierte technische Anforderungen (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV) oder Gütezeichen (§ 34 VgV)
  - **Produktspezifische Ausschreibungen**
    - Beschaffungsautonomie → § 31 Abs. 6 VgV ← Produktneutralität
    - **Verbot** produktspezifischer Beschreibung mit zwei **Ausnahmetatbeständen**
      - [S. 2: Verweis auf spezifische **Leitprodukte**]
      - S. 1: Rechtfertigung **produktscharfer** Leistungsbeschreibung durch sach- oder auftragsbezogene Gründe

→ Spezielle rechtfertigende Gründe für IT-Ausschreibungen!



→ Ähnliche Überlegungen: Technische Rechtfertigungsgründe für Abweichung vom prinzipiellen **Gebot der Losvergabe**, § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

b) Zuschlagskriterien und Angebotswertung

- Bedeutung der wertenden Zuschlagskriterien steigt mit Einsatz offen-funktionaler Elemente i.R.d. Leistungsbeschreibung (§ 127 Abs. 1 S. 2 GWB: „soweit“)
- Raum für Einforderung eines **„Mehr an Eignung“** (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV)
- Wertungsspielräume des Auftraggebers?

(1) Wahl der sachlichen **Zuschlagskriterien**: Inhaltlich frei - Grenze in § 127 Abs. 3, 4 GWB

(2) Abstrakte Gewichtung der Kriterien im Verhältnis zueinander (insbesondere nach Maßgabe der anerkannten **Bewertungsformeln**) und abstrakter Bewertungsmaßstab für das jeweilige Kriterium („**Binnenbewertungsmaßstäbe**“)

(3) „Subsumtion“ eines konkreten Angebots unter die abstrakten Maßstäbe („**Binnenbewertung**“): Denkbar weiter Bewertungsspielraum

(2) Binnenbewertungsmaßstäbe

→ Welche Anforderungen muss ein einzelnes Angebot erfüllen, um eine bestimmte Wertung für das betreffende Zuschlagskriterium zu erhalten?

→ Substanzielle Flexibilisierungsmöglichkeiten des Auftraggebers?

- \+ ansonsten werden Vorzüge einer offen-funktionalen Leistungsbeschreibung konterkariert
- – je unbestimmter, desto intransparenter wird Zuschlagsentscheidung für Bieter

BGH (Entscheidung zur Zulässigkeit von **Schulnoten**-Bewertungssystemen) erkennt **Gestaltungsfreiheit** der Auftraggeber an (BGH NZBau 2017, 366)

c) Ausführungsbedingungen i.S.d. § 128 Abs. 2 GWB

- Steuerung der IT-Beschaffung durch Festlegung von Ausführungsbedingungen (fließen in **Inhalt des Vertrags** zw. Auftraggeber und -nehmer ein)
- Besonderheit: Vielfach vorgegeben, und zwar
  - gesetzlich (§ 129 GWB) und/oder
  - im Wege von Verwaltungsvorschriften als von den Bietern zwingend einzufordernde Vertragserklärungen (EVB-IT-Musterverträge und -AGB).
- Beispiele:
  - Verpflichtung zur ausschließlichen Verwendung von Produkten, die im Einklang mit den **ILO-Kernarbeitsnormen** hergestellt worden sind
  - **No-spy-Erklärungen**

Noch Fragen?

christoph.kroenke@jura.uni-muenchen.de

Zur Vertiefung:

Krönke, Vergaberecht als Digitalisierungsfolgenrecht, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65 – 98