

# Vergaberecht bei der kommunalen Beschaffung von Innovationen

 FAQ

Smarte  
Region

Smarte  
Fragen



[www.smarte-region-hessen.de](http://www.smarte-region-hessen.de)



HESSEN  
Hessische Staatskanzlei  
Hessische Ministerin für  
Digitale Strategie und Entwicklung



digitales.hessen  
SMARTEREGION



Wie gestalten Kommunen  
Ausschreibung und Vergabe  
Start-up-freundlich?

# Übersicht

❖	<b>1 Einführung</b>	<b>5</b>
	1.1 Was sind Innovationen? Worin besteht die Herausforderung ihrer Beschaffung?	5
	1.2 Gibt es bei Innovationen Ausnahmen vom Vergaberecht? Was gilt dann?	6
	1.3 Können Kommunen gemeinsam Innovationen beschaffen?	6
	1.4 Welche Bedeutung haben Schwellenwerte?	7
❖	<b>2 Welche Verfahrensarten kommen für innovative Leistungen in Betracht?</b>	<b>8</b>
	2.1 Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb	8
	2.2 Verhandlungsverfahren	9
	2.3 Innovationspartnerschaft	10
	2.4 Wettbewerblicher Dialog	11
❖	<b>3 Wie kann Start-ups und kleinen und mittleren Unternehmen die Teilnahme an Vergabeverfahren erleichtert werden?</b>	<b>11</b>
	3.1 Wie kann die Leistung sinnvoll zugeschnitten werden?	12
	3.2 Was sind Nebenangebote und kommt man damit sicher zu lösungsoffenen Ergebnissen?	12
	3.3 Worauf muss bei den Eignungsanforderungen geachtet werden?	13
❖	<b>4 Welche Anforderungen sind bei der Beschreibung der Leistung zu beachten?</b>	<b>14</b>
	4.1 Keine Leistungsbestimmung ohne Markterkundung?	15
	4.2 Wie kann die Leistung zielführend und vergaberechtskonform beschrieben werden?	15
	4.3 Wie gestaltet sich die Beschaffung agiler Projekte?	16
❖	<b>5 Was muss hinsichtlich Datenschutz im Vergabeverfahren beachtet werden?</b>	<b>18</b>
❖	<b>Impressum</b>	<b>19</b>

# 1 Einführung

Die Kommunen stehen vor der Herausforderung, mit knappen Ressourcen den Weg ins digitale Zeitalter voranzutreiben. Start-ups haben ein enormes Innovationspotenzial, gerade auch im Hinblick auf Digitalisierungslösungen. Dennoch erzielen deutsche Start-ups nur circa 4,7 Prozent ihrer Gesamtumsätze durch Geschäftsbeziehungen mit öffentlichen Auftraggebern.<sup>1</sup> Ein Grund dafür ist, dass Kommunen ihre Beschaffungsprozesse bisher nur selten offen für Start-ups gestalten. Um in Vergabeverfahren eine möglichst breite Angebotspalette zu erhalten, die auch Angebote von Start-ups umfasst, ist es daher wichtig, dass die Kommunen die ihnen im Rahmen des Vergaberechts zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sinnvoll nutzen.

## 1.1 Was sind Innovationen? Worin besteht die Herausforderung ihrer Beschaffung?

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen soll auch das strategische Ziel der Innovation beachtet werden.<sup>2</sup> Das bedeutet zum Beispiel, dass innovative Eigenschaften im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden können.<sup>3</sup> Außerdem können innovationsbezogene Belange als besondere Ausführungsbedingungen festgelegt werden.<sup>4</sup>

Dabei gilt als Innovation nicht nur eine neue Technologie wie Künstliche Intelligenz oder autonom fahrende Autos oder Ähnliches. Der Begriff „Innovation“ ist wesentlich umfassender. Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) definiert ihn wie folgt:

„Eine Innovation ist die Einführung eines neuen oder signifikant verbesserten Produkts (oder auch einer Dienstleistung), eines neuen Prozesses oder einer neuen Marketing- oder Organisationsmethode in die Geschäftspraxis, die Arbeitsabläufe oder die externen Beziehungen.“<sup>5</sup>

Die Beschaffung von Innovationen ist eine Herausforderung für öffentliche Auftraggeber, da auch hier wie bei allen Beschaffungen das Vergaberecht anzuwenden ist, insbesondere unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Wirtschaftlichkeit.

- 
- 1 Vgl. Kollmann, T. et al. (2021): Deutscher Startup Monitor 2021: Nie war mehr möglich. URL: [https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/dsm\\_2021.pdf](https://startupverband.de/fileadmin/startupverband/mediaarchiv/research/dsm/dsm_2021.pdf), S.28.
  - 2 Vgl. § 97 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 3 Abs. 1 Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG).
  - 3 Vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 1 Vergabeverordnung (VgV).
  - 4 Vgl. § 128 Abs. 2 GWB.
  - 5 Siehe OECD/Eurostat (2005): Oslo Manual. Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Edition, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264013100-en>, S. 45.

## 1.2 Gibt es bei Innovationen Ausnahmen vom Vergaberecht? Was gilt dann?

Das Vergaberecht ist nicht anwendbar, sofern eine gesetzlich normierte Ausnahme vorliegt.<sup>6</sup> So könnte die Beschaffung von Innovationen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sein, wenn es sich um reine Dienstleistungen im Bereich Forschung und Entwicklung (im Folgenden F&E) handelt und der Vertrag **keine** Übertragung des uneingeschränkten Eigentums beziehungsweise des ausschließlichen Nutzungsrechts an sämtlichen Arbeitsergebnissen an den Auftraggeber vorsieht **oder** wenn der Auftraggeber die Leistung **nicht** vollständig vergütet.<sup>7</sup>

Fällt der F&E-Auftrag tatsächlich nicht in den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts, gelten dennoch die allgemeinen Grundsätze (Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Gleichbehandlung). Eine Direktvergabe ist nur ausnahmsweise möglich und muss gut begründet werden. Als Verfahren kommt gerade bei größeren Projekten dann das Pre-Commercial-Procurement (PCP, deutsch: Vorkommerzielle Auftragsvergabe) in Betracht. Das PCP ist ein spezifisches, durch die EU-Kommission entwickeltes Beschaffungsinstrument für F&E-Leistungen. Es sieht die Entwicklung von Lösungen in Phasen und in Konkurrenz zu anderen Lösungen vor. Das PCP ist klar von einer möglichen späteren Beschaffung der entwickelten Lösung getrennt.

Für die Auswahl der Teilnehmenden am PCP orientiert sich die EU-Kommission an den aus den Vergaberichtlinien bekannten Verfahrensarten und schlägt die Durchführung eines einstufigen Verfahrens vor, das dem offenen Verfahren entspricht.<sup>8</sup>

## 1.3 Können Kommunen gemeinsam Innovationen beschaffen?

Mehrere Kommunen möchten für ihre Bürgerinnen und Bürger ein App-basiertes On-Demand-Mobilitätsangebot realisieren. Können die Kommunen bei der Umsetzung dieses Projekts ausschreibungsfrei miteinander kooperieren?

Gemäß § 108 Abs. 6 GWB unterfällt ein solcher Kooperationsvertrag nicht dem Vergaberecht, wenn die Vertragspartner ausschließlich öffentliche Auftraggeber sind und sich die Zusammenarbeit auf die Wahrnehmung einer allen öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen obliegenden öffentlichen Aufgabe bezieht.

Zu beachten ist jedoch, dass ein Beteiligter, der aus eigener Initiative bereits eine Infrastruktur oder Dienstleistungsstruktur aufgebaut hat, nicht zu einem späteren Zeitpunkt einfach weitere Partner, deren Bedarf sich auf diese Weise (zufällig) decken lässt, als „Kooperationspartner“ an der Nutzung beteiligen darf.

6 Vgl. unter anderem §§ 107, 108, 116 GWB, § 1 Abs. 2 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO).

7 Vgl. § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

8 Vgl. European Commission: European Assistance For Innovation Procurement – EAFIP, Toolkit Modul 2. URL: <https://eafip.eu/toolkit/>, S. 95.

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthält § 108 Abs. 6 GWB zusätzlich ein Verbot für die beteiligten öffentlichen Auftraggeber, ein privates Unternehmen im Zuge der Zusammenarbeit besserzustellen als seine Wettbewerber (Besserstellungsverbot).

## 1.4 Welche Bedeutung haben Schwellenwerte?

Abhängig von Schwellenwerten kommen entweder EU-weite oder nationale Vergabeverfahren in Betracht. Das EU-Vergaberecht mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) ist anwendbar, wenn der Wert des öffentlichen Auftrags bestimmte Schwellenwerte erreicht oder übersteigt. Diese werden alle zwei Jahre durch die EU angepasst. Die folgende Abbildung zeigt die Schwellenwerte (Auftragswerte ohne Umsatzsteuer) für 2022/2023:

Baufträge und Konzessionen	5.382.000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge	215.000 €
Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen	750.000 €

Sind die Schwellenwerte nicht erreicht, befindet man sich im sogenannten Unterschwellenbereich und damit im Bereich des nationalen Vergaberechts. Dabei gilt in Hessen für Liefer- und Dienstleistungen die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) und das Hessische Vergabe- und Tarifreuegesetz (HVTG). Unterhalb der Schwellenwerte gibt es weitere Wertgrenzen, die bestimmte Verfahrensarten erlauben. Sie werden im Abschnitt 2.1 erläutert.

### Hinweis

Die Regelungen des HVTG und der UVgO gelten im Unterschwellenbereich in der Regel nicht für kommunale Beteiligungsgesellschaften. Diese sind daher unter Umständen bei der Beauftragung von kleineren Aufträgen freier, als es die Kommune selbst wäre.

Für alle Schwellenwerte und Wertgrenzen ist der vorab geschätzte Gesamtauftragswert ohne Umsatzsteuer entscheidend, wobei Lose zu kumulieren sind (Ausnahme siehe 2.1), Optionen jeder Art einzurechnen sind und von der maximalen Vertragsdauer auszugehen ist.<sup>9</sup> Die Auftragswertschätzung muss nachvollziehbar und plausibel sein und gut dokumentiert werden.

.....  
<sup>9</sup> Vgl. § 3 VgV.



## 2 Welche Verfahrensarten kommen für innovative Leistungen in Betracht?

Im nationalen Bereich kommt für innovative Leistungen nur die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht, die vom Ablauf her dem EU-weiten Verhandlungsverfahren entspricht. Im EU-weiten Bereich gibt es neben dem Verhandlungsverfahren auch noch den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft.

### 2.1 Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb

Unter bestimmten Voraussetzungen ist im Bereich unterhalb der Schwellenwerte eine Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb möglich. So darf die Verhandlungsvergabe immer gewählt werden, wenn bestimmte Wertgrenzen unterschritten sind. Seit dem 01.09.2021 gelten in Hessen die folgenden Wertgrenzen:



#### § WERTGRENZEN FÜR VERHANDLUNGSVERGABEN IN HESSEN

1. Bauleistungen bis 100.000 Euro/netto je Fachlos
2. Liefer- und Dienstleistungen - mit Teilnahmewettbewerb bis 100.000 Euro/netto je Auftrag
3. Liefer- und Dienstleistungen - ohne Teilnahmewettbewerb bis 50.000 Euro/netto je Auftrag

Daneben gelten die in § 8 Abs. 4 UVgO genannten Voraussetzungen, die denen der VgV weitestgehend entsprechen. Diese werden in Abschnitt 2.2 erläutert. Die Entscheidung für oder gegen die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs steht im Ermessen des Auftraggebers und muss begründet werden. Entscheidet man sich gegen den Teilnahmewettbewerb, sind im Vorfeld mindestens drei geeignete Dienstleister zu ermitteln, die dann direkt zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Vorgaben zur Auswahl der Bieter gibt es in der UVgO nur insofern, als dass zwischen den aufgeforderten Unternehmen gewechselt werden soll. Grundsätzlich ist der Auftraggeber angehalten, bei der Auswahl der Teilnehmenden nach sachgerechten Gesichtspunkten vorzugehen und willkürliche Ungleichbehandlungen zu unterlassen.

#### Wie ermittelt der Auftraggeber die Unternehmen, die er auffordern möchte?

Der Auftraggeber ermittelt im Vorfeld eines Vergabeverfahrens im Rahmen einer Markterkundung seinen konkreten Beschaffungsbedarf (siehe dazu auch 4.1). In diesem Zusammenhang ermittelt er auch die infrage kommenden Bieter und tritt mit ihnen in Kontakt. Eine Kontaktsperre gibt es erst und nur, wenn ein Vergabeverfahren eingeleitet worden ist.

Während dieses Markterkundungsprozesses kann sich der Auftraggeber auch schon geeignete Eignungsnachweise vorlegen lassen, da er nur geeignete Unternehmen auffordern darf.

## 2.2 Verhandlungsverfahren

Das EU-weite Verhandlungsverfahren wird in § 119 Abs. 5 GWB definiert, § 17 VgV beschreibt den Ablauf.

In der Regel wird ein Verhandlungsverfahren **mit** Teilnahmewettbewerb durchgeführt. Beim Teilnahmewettbewerb haben EU-weit alle interessierten Unternehmen die Möglichkeit, sich zu beteiligen. Der Angebotswettbewerb findet nur zwischen den geeigneten Bietern statt, die zur Abgabe eines Erstangebots aufgefordert werden. Beim Verhandlungsverfahren ist, wie der Name sagt, verhandeln ausdrücklich erlaubt. Zu empfehlen ist, als erstes Angebot ein „indikatives“, das heißt noch nicht verbindliches, Angebot zu verlangen und Mindestanforderungen an die Leistung erst nach der ersten Verhandlungsrunde „scharf“ zu stellen, um einen möglichst breiten Wettbewerb zu ermöglichen.

Dieses Verfahren ist nur möglich, sofern es nach § 14 Abs. 3 VgV erlaubt ist.

### § DIES IST INSBESONDERE DER FALL, WENN:

1. die Leistung nicht ohne Anpassung erfüllt werden kann,
2. der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,
3. die Leistung nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
4. die Leistung nicht genau genug beschrieben werden kann,
5. im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens kein annehmbares Angebot eingereicht wurde.

Beim Verhandlungsverfahren **ohne** Teilnahmewettbewerb erfolgt keine EU-weite Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen. Hier wendet sich der Auftraggeber direkt an in der Regel mindestens drei Unternehmen, um sie zur Abgabe von Erstangeboten aufzufordern (siehe zur Auswahl der Unternehmen 2.1). Hierbei wird der Wettbewerb stark beschränkt, so dass dieses Verfahren nur in den streng normierten Ausnahmefällen des § 14 Abs. 4 VgV zulässig ist, die im Folgenden zusammengefasst werden.

### AUFTRÄGE KÖNNEN IM VERHANDLUNGSVERFAHREN OHNE TEILNAHMEWETTBEWERB VERGEBEN WERDEN,

1. wenn in einem offenen oder nicht offenen Verfahren keine geeigneten Angebote eingegangen sind,
2. wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, zum Beispiel, weil es sich um eine künstlerische Leistung handelt oder aufgrund von gewerblichem Rechtsschutz oder besonderen technischen Bedingungen,
3. wenn dringende Gründe die Fristen der anderen Verfahren nicht zulassen,
4. wenn eine Lieferleistung beschafft werden soll, die ausschließlich zu Forschungszwecken hergestellt wurde,
5. wenn Kontinuität zwingend ist bei den zusätzlichen Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers,

6. wenn es sich um eine auf einer Warenbörse notierte und gekaufte Lieferleistung handelt,
7. wenn Lieferleistungen im Rahmen von Insolvenzverfahren erworben werden,
8. wenn sie sich an Planungswettbewerbe i. S. v. § 69 VgV anschließen.

Gerade bei der Beschaffung innovativer Leistungen könnte dieses Verfahren wegen Vorliegens eines Alleinstellungsmerkmals in geeigneten Fällen in Betracht kommen.



### „UNIQUE SELLING PROPOSITION“ (USP) UND AUSSCHLISSLICHKEITSRECHTE GEMÄSS § 14 ABS. 4 NR. 2 VGV

Auch technische Aspekte können begründen, warum ein Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Ein besonders diskutierter Fall ist die Kompatibilität von Alt- und Neusystemen vor dem Hintergrund der Systemsicherheit und dem Umstellungsaufwand. Neben solchen technischen Besonderheiten können auch rechtliche Gründe einen USP begründen. Dies ist insbesondere bei Patent- und Urheberrechten (zum Beispiel eingetragenen Warenzeichen, Vertriebslizenzen, gewerblichen Schutzrechten) der Fall. Auch Eigentum und ähnliche Positionen an Grundstücken fallen hierunter.

Der Auftraggeber ist verpflichtet nachzuweisen, dass tatsächlich nur ein Unternehmen infrage kommt. Voraussetzung dafür ist in der Regel eine Markterkundung, die unter anderem darlegt, dass es keine vernünftigen Alternativen gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht durch künstliche Einschränkungen der Auftragsparameter entstanden ist.

## 2.3 Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft scheint schon dem Namen nach besonders für die Beteiligung von Start-ups geeignet zu sein. Allerdings ist zu beachten, dass dieses Verfahren sehr komplex ist und sich deshalb nur für größere Projekte anbietet. Dabei wird in Kooperation mit dem öffentlichen Auftraggeber eine innovative Lösung für den Beschaffungsbedarf entwickelt. Sowohl Auftraggeber als auch Bieter haben dadurch die Möglichkeit, genau aufeinander abgestimmte Produkte zu entwickeln und an der Fortentwicklung und Gestaltung von Lösungsansätzen mitzuwirken. Die Innovationspartnerschaft beginnt wie beim nicht offenen Verfahren mit einem EU-weiten Teilnahmewettbewerb. Die geeigneten Unternehmen werden zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Innovationspartnerschaft wird durch Zuschlag auf eines oder mehrere Angebote beendet. Der Zuschlag darf dabei nicht allein aufgrund des niedrigsten Preises ergehen.

Die spätere Innovationspartnerschaft teilt sich in eine F&E-Phase, in der die Leistung hergestellt und entwickelt wird, sowie eine Leistungsphase, in der die Leistung tatsächlich erbracht wird. Der Auftraggeber ist zum Erwerb dieser Leistung nur dann verpflichtet, wenn sie das festgelegte Leistungsniveau erfüllt und die Kostenobergrenze einhält.

## PRAXISBEISPIEL

Innovationspartnerschaft zur Entwicklung, Umsetzung und Lieferung einer Software- und App-Lösung für ein elektronisches Verwaltungstool im Bereich Objekt & Facility

### 2.4 Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Diese Verfahrensart eignet sich, um Leistungen zu beschaffen, deren finale Ausgestaltung nach den Bedürfnissen des Auftraggebers im Dialog mit den Bietern entwickelt wird. Der wettbewerbliche Dialog ist in drei Phasen untergliedert: die Auswahl-, Dialog- und Angebotsphase. In der Auswahlphase bestimmt der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf sowie seine Eignungs- und Zuschlagskriterien. Im Rahmen eines EU-weiten Teilnahmewettbewerbs analog des Verhandlungsverfahrens können sich Unternehmen bewerben. Auf Grundlage dieser Bewerbungen wählt der Auftraggeber mindestens drei geeignete Unternehmen aus, die sich an der Dialogphase beteiligen können. Diese gestaltet der Auftraggeber weitgehend frei, allerdings muss sie der Ermittlung und Festlegung des Beschaffungsgegenstands dienen und die Gebote der Gleichbehandlung und Vertraulichkeit müssen gewahrt werden. Der Dialog kann in einer Phase oder mehrphasig gestaltet werden. Der Auftraggeber informiert die Dialogteilnehmer über den Abschluss der Dialogphase, wenn er die Lösungen für seinen Beschaffungsbedarf ermittelt hat. Die verbliebenen Dialogteilnehmer werden zur Angebotsabgabe aufgefordert und auf eines der Angebote wird der Zuschlag erteilt.

## PRAXISBEISPIEL

eHopper Seligenstadt - eine App für Abrufbusse angepasst an regionale und geographische Gegebenheiten

## 3 Wie kann Start-ups und kleinen und mittleren Unternehmen die Teilnahme an Vergabeverfahren erleichtert werden?

Öffentliche Aufträge übersteigen oft die Kapazitäten von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und Start-ups. Das Vergaberecht bietet dem Auftraggeber jedoch Instrumente, um die Beteiligung für diese Unternehmen zu erleichtern. So definiert § 97 Abs. 4 GWB als einen Grundsatz, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind und fordert die Aufteilung von Aufträgen in Lose. Des Weiteren kann der Auftraggeber Nebenangebote zulassen. Außerdem kann er die Eignungsanforderungen möglichst Start-up-freundlich gestalten.

### 3.1 Wie kann die Leistung sinnvoll zugeschnitten werden?

Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich verpflichtet, ihren Beschaffungsbedarf – sofern für eine Gesamtvergabe keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe gegeben sind – auf mehrere Lose aufzuteilen.

- **Teillose** beschreiben dabei die quantitative Aufteilung eines qualitativ gleichartigen Gesamtauftrags.
- **Fachlose** werden hingegen qualitativ nach Art oder Fachgebiet aufgeteilt.

Eine Gesamtvergabe ist nur ausnahmsweise gestattet, sofern technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern. Dagegen können sich potenzielle Bieter im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens wehren. Allerdings haben Bieter keinen unbedingten Anspruch auf eine Losaufteilung, sondern lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung durch den Auftraggeber.

### 3.2 Was sind Nebenangebote und kommt man damit sicher zu lösungsoffenen Ergebnissen?

Ein Nebenangebot ist ein Angebot eines Bieters, dessen Inhalt von der Leistungsbeschreibung und/oder von den Vertragsbedingungen abweicht.

Grundsätzlich sind Nebenangebote im Vergabeverfahren nur zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung zulässt. Im Unterschwellenbereich können Nebenangebote auch noch in den Vergabeunterlagen zugelassen werden. Die gesetzlichen Regeln zu Nebenangeboten finden sich in § 35 VgV, § 33 SektVO und § 25 UVgO.

Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, muss er in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegen,

- welche Mindestanforderungen an die Nebenangebote gestellt werden,
- in welcher Art und Weise Nebenangebote einzureichen sind
- und welche Zuschlagskriterien gelten; diese müssen die gleichen sein wie für Hauptangebote.



#### PRAXISTIPP

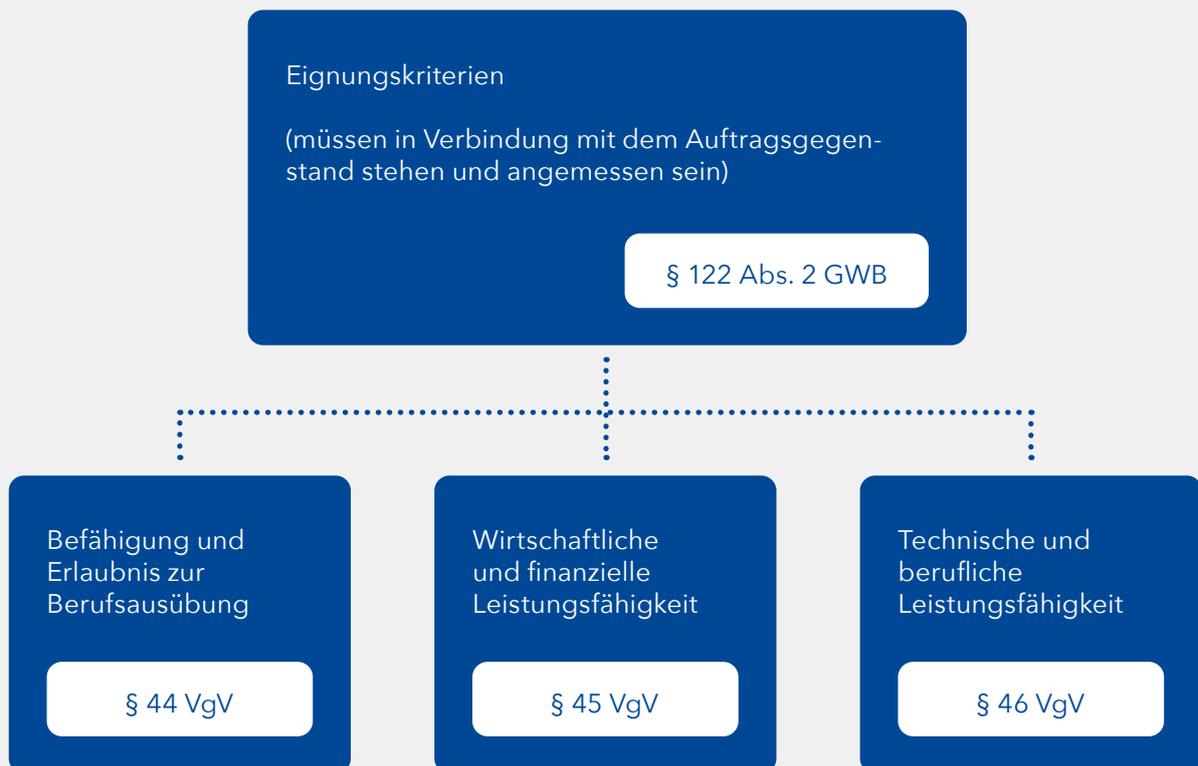
Da diese Vorgaben in der Praxis schwierig rechtssicher umzusetzen sind, empfiehlt sich eher, eine umfassende Markterkundung durchzuführen sowie eine funktionale Leistungsbeschreibung zu erstellen (siehe Abschnitt 4), um den Bietern die nötige Flexibilität zu geben.

### 3.3 Worauf muss bei den Eignungsanforderungen geachtet werden?

Öffentliche Aufträge dürfen nur an „geeignete Unternehmen“ vergeben werden.<sup>10</sup> Bei den Eignungsanforderungen handelt es sich um unternehmensbezogene Kriterien. Sie müssen in der Bekanntmachung festgeschrieben werden. Zudem muss dargelegt werden, welche Angaben der öffentliche Auftraggeber für ihren Nachweis fordert.

Gerade für Start-ups stellen die Eignungskriterien oft nicht erfüllbare Voraussetzungen dar. Insbesondere der Nachweis von vergleichbaren Referenzaufträgen oder langjähriger Erfahrung fällt jungen Unternehmen schwer. Genauso problematisch sind Anforderungen an den jährlichen Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre oder der Nachweis von speziellen Zertifikaten. Die folgende Abbildung fasst die gesetzlichen Vorgaben zu Eignungskriterien zusammen.

#### Gesetzliche Vorgaben zu Eignungskriterien



(Quelle: Eigene Darstellung)

<sup>10</sup> Vgl. § 122 Abs. 1 GWB.

Eignungsanforderungen, deren Erfüllung KMU und Start-ups oft Schwierigkeiten bereiten, sind:

- Der Auftraggeber darf einen bestimmten Mindestjahresumsatz der Höhe nach fordern.<sup>11</sup> Dieser darf das Zweifache des geschätzten Auftragswerts in der Regel nicht überschreiten, eine Abweichung hiervon muss der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen begründen.
- Der Auftraggeber darf Umsatzzahlen nur für die letzten drei Geschäftsjahre verlangen, allerdings mit der weiteren Einschränkung „sofern entsprechende Angaben verfügbar sind“<sup>12</sup>. Im Einklang mit der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie ist Unternehmen demnach die Möglichkeit zu geben, Nachweise nur für den Zeitraum seit ihrer Gründung oder ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben vorzulegen.
- Der Auftraggeber darf Referenzen aus den letzten drei Jahren fordern. Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sowie bei Bauleistungen sind es fünf Jahre. Zu beachten ist, dass jeweils vergleichbare Referenzen eingereicht werden müssen. Sollte der Auftraggeber bestimmte Mindestanforderungen an die Anzahl der Referenzen, an die Vergleichbarkeit oder die zu tätigen Angaben festlegen, sollten diese so gewählt werden, dass sie den Wettbewerb nicht unnötig einschränken.



#### PRAXISTIPP

Als alternativer Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit kommt für junge Unternehmen die Beibringung einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VgV in Betracht.

Da ein Start-up möglicherweise noch keine oder nicht ausreichend eigene Referenzen hat, empfiehlt es sich, alternativ auch persönliche Referenzen einzelner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zuzulassen.

## 4 Welche Anforderungen sind bei der Beschreibung der Leistung zu beachten?

Nach ständiger Rechtsprechung ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen

11 Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV.

12 Vgl. § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitgehend frei. Dem Auftraggeber steht mithin in Ausübung seiner Beschaffungsautonomie ein weitreichendes Leistungsbestimmungsrecht zu.

Zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben ist entscheidend und ausreichend, dass

- die Bestimmung der Leistung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare, objektive, auftragsbezogene und tatsächlich vorhandene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung der Leistung folglich willkürfrei getroffen wurde sowie
- die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

## 4.1 Keine Leistungsbestimmung ohne Markterkundung?

Die Markterkundung soll dem Auftraggeber einen Überblick darüber verschaffen, welche Leistungen der Markt zu bieten hat. Hat der Auftraggeber keine eigene Marktkennntnis, ist er verpflichtet, eine Markterkundung durchzuführen. Die Markterkundung stellt somit die Vorbereitung des Vergabeverfahrens dar. Verfügt der Auftraggeber nicht über die notwendigen Kapazitäten, um eine Markterkundung durchführen zu können, muss er gegebenenfalls externe Hilfe hinzuziehen.

Die Markterkundung kann auf vielfältige Weise durchgeführt werden und ist einzelfallabhängig. Letztlich sind drei Dinge dabei zu beachten: Zuerst muss der Auftraggeber bei der direkten Ansprache von Marktteilnehmern deutlich darauf hinweisen, dass es sich um eine bloße Markterkundung und noch nicht um das Vergabeverfahren handelt. Weiter darf die Ansprache nicht wettbewerbsverzerrend sein, was unter anderem dann der Fall wäre, wenn durch die Ansprache ein Informationsvorteil bezüglich der kommenden Ausschreibung entstünde. Zuletzt müssen - wie auch im eigentlichen Vergabeverfahren - die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung gewahrt werden.

## 4.2 Wie kann die Leistung zielführend und vergaberechtskonform beschrieben werden?

Die Leistungsbeschreibung ist das wesentlichste Element der Vergabeunterlagen und beschreibt den Gegenstand der Ausschreibung. Dies soll sicherstellen, dass die Angebote vergleichbar sind und die spätere Vertragserfüllung und Abrechnung reibungslos verlaufen.

### § WICHTIGE NORMEN SIND IN DIESEM ZUSAMMENHANG:

1. § 121 GWB - Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung
2. § 31 Abs. 1 VgV - Grundsatz des gleichen Zugangs zum Vergabeverfahren für alle Bieter und Bewerber
3. § 31 Abs. 6 VgV - Grundsatz der Produktneutralität



Aufgrund des Grundsatzes der Produktneutralität darf die Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.<sup>13</sup> Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Ein Interesse an Systemsicherheit, die eine wesentliche Verringerung von Risikopotenzialen bewirkt, könnte ein solches Abweichen rechtfertigen. Wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und verständlich beschrieben werden kann, darf ausnahmsweise auch vom Grundsatz der Produktneutralität abgewichen werden, jedoch nur unter dem Hinweis „oder gleichwertig“.

Gerade bei innovativen Leistungen wird es in der Regel nicht möglich sein, die Leistung wie bei einer Bauleistung mittels Leistungsverzeichnis zu beschreiben. In diesen Fällen kann der Auftraggeber auch eine sogenannte funktionale Leistungsbeschreibung erstellen. Im Gegensatz zur regulären Leistungsbeschreibung enthält die funktionale Leistungsbeschreibung keine detaillierte Aufzählung von Leistungspositionen und -preisen. Der Auftraggeber gibt nur das Ziel der Beschaffung und essenzielle Eigenschaften der Leistung vor. Der Bieter hat in diesem Rahmen die Freiheit, den Lösungsweg auszugestalten.



## ACHTUNG!

Auch bei der funktionalen Leistungsbeschreibung muss der Wettbewerb gewahrt werden.

1. Sie muss so bestimmt sein, dass sie zu vergleichbaren Angeboten führt.
2. Sie muss ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zeichnen, die Planung des Auftraggebers widerspiegeln und Mindestanforderungen angeben.

Besonderes Augenmerk ist bei funktionalen Leistungsbeschreibungen auch auf die Formulierung der Zuschlagskriterien zu legen. Eine Vergabe allein nach dem Preis ist in diesen Fällen nicht zulässig.



Von Vorteil bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist, dass ein weniger enges Korsett vorgegeben wird, sodass mehr Spielraum für innovative Konzepte besteht. Da sich die Vorgaben auf die Beschreibung des Ziels beschränken, kann der Weg vom Bieter selbst nach den eigenen Stärken gestaltet werden.

## 4.3 Wie gestaltet sich die Beschaffung agiler Projekte?

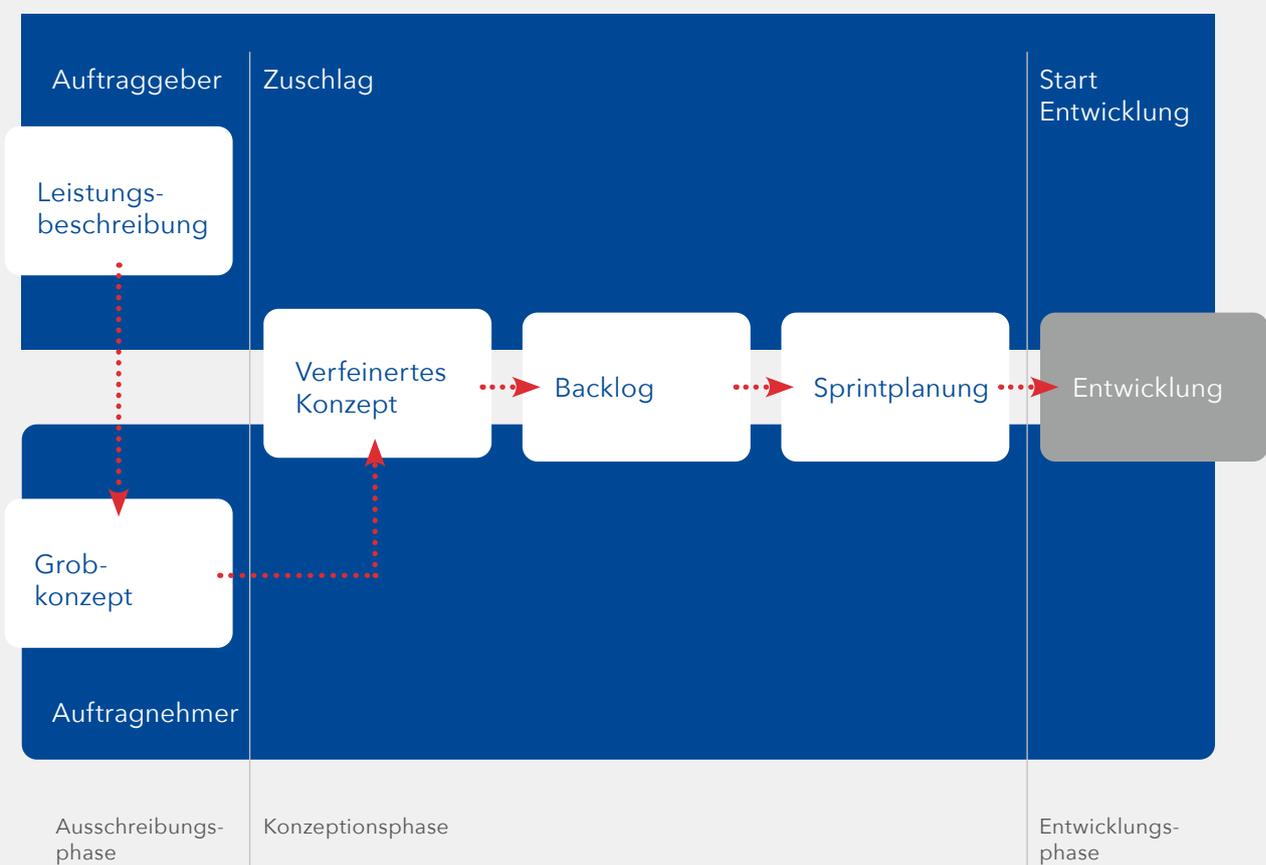
Was ist, wenn die eigentliche Leistung erst nach Zuschlag entwickelt wird? Gerade bei innovativen Leistungen kann es Situationen geben, in denen der Beschaffungsgegenstand nach Zuschlagserteilung noch flexibel angepasst werden muss, sei es, weil sich

.....  
<sup>13</sup> Vgl. § 31 Abs. 6 VgV.

die rechtlichen Anforderungen noch ändern könnten, weil es sich um dynamische Instrumentarien mit Entwicklungssprüngen handelt oder weil veränderte Anforderungsprofile zu erwarten sind.

In diesen Fällen muss der Beschaffungsbedarf lösungsoffen definiert und ein agiler Prozess vertraglich festgelegt werden. Dabei werden in regelmäßigen Treffen mit dem Auftraggeber die im Vorfeld nur funktional beschriebenen Anforderungen nach und nach konkretisiert, einzeln umgesetzt und in weiteren Treffen präsentiert; es wird also „agil“ vorgegangen. Die folgende Abbildung verdeutlicht den agilen Prozess.

### Das Konzept des „agilen Prozess“



(Quelle: Eigene Darstellung)

## 5 Was muss hinsichtlich Datenschutz im Vergabeverfahren beachtet werden?

Die wichtigste datenschutzrechtliche Norm ist die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Der Auftraggeber ist im Vergabeverfahren datenschutzrechtlich verantwortlich.<sup>14</sup> Datenschutzrechtliche Bedenken können daher nicht erst nach Zuschlag adressiert werden. Schon während der Markterkundung muss geprüft werden, ob im Rahmen der nachgefragten Leistung ein DSGVO-relevanter Datentransfer erfolgen muss und falls ja in welche Länder. Sind Länder außerhalb des EWR-Raums betroffen, ist besondere Vorsicht geboten, denn dann muss ein Schutzniveau für personenbezogene Daten sichergestellt sein, das dem in der Europäischen Union entspricht. Außerdem müssen Art und Umfang der zu verarbeitenden Daten analysiert werden: Wie sensibel sind diese Daten? Wie viele Daten sind betroffen? Des Weiteren muss geprüft werden, ob technische Schutzmaßnahmen denkbar sind oder ob eine Ausnahme vom generellen Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Beispiel durch Einwilligungen in Betracht kommt.

Die Bieter sollten außerdem aufgefordert werden, mit dem ersten (indikativen) Angebot eine Lösung anzubieten, die alle gültigen Datenschutzerfordernisse erfüllt. Diese Lösung könnte dann im Rahmen der Verhandlungen konkretisiert und angepasst werden.

### QUELLEN UND WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN

<https://www.stmwi.bayern.de/wirtschaft/aufsicht-und-recht/oeffentliches-auftragswesen/„Start-up freundliche Vergaben“>

<https://www.koinno-bmwi.de/informationen/aktuelles/detail/zusammenarbeit-mit-startups-im-oeffentlichen-sektor-ja-bitte/>

<https://www.koinno-bmwi.de/informationen/publikationen/detail/infografik-startup-freundliche-ausschreibungen/>

<https://www.koinno-bmwi.de/informationen/innovative-beschaffung/>

<https://www.koinno-bmwi.de/informationen/arbeitshilfen/detailansicht/koinno-erklaert-die-innovationspartnerschaft/>

<https://www.koinno-bmwi.de/informationen/arbeitshilfen/detailansicht/koinno-erklaert-die-funktionale-leistungsbeschreibung/>

<https://www.vergabeblog.de/2017-09-11/vergabe-von-agilen-softwareentwicklungs-vertraegen-nach-scrum/>

---

<sup>14</sup> Vgl. Art. 4 Nr. 7 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).

## Geschäftsstelle Smarte Region

Hessische Staatskanzlei  
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung  
[info@smarte-region-hessen.de](mailto:info@smarte-region-hessen.de)  
[www.smarte-region-hessen.de](http://www.smarte-region-hessen.de)

## Impressum

### Autoren/Autorinnen

FPS Fritze Wicke Seelig Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten mbB

### Herausgeber

Hessische Staatskanzlei  
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung  
Georg-August-Zinn-Straße 1  
65183 Wiesbaden  
[www.digitales.hessen.de](http://www.digitales.hessen.de)

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Genauigkeit und die Vollständigkeit der Angaben sowie für die Beachtung privater Rechte Dritter. Die in der Veröffentlichung geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit der Meinung des Herausgebers übereinstimmen.

© Hessische Staatskanzlei  
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung

Vervielfältigung und Nachdruck – auch auszugsweise – nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung.

### Verantwortlich im Sinne des Presserechts

Markus Büttner

### Projekträger

Hessen Trade & Invest GmbH  
im Auftrag der Hessischen Staatskanzlei  
Ministerin für Digitale Strategie und Entwicklung

### Kontaktdaten

Hessen Trade & Invest GmbH  
Konradinerallee 9  
65189 Wiesbaden  
Tel +49 611 95017-80 /-85  
[info@htai.de](mailto:info@htai.de)  
[www.htai.de](http://www.htai.de)

### Lektorat

Karola Klatt

### Gestaltung

Janin Kalle – Büro für Kommunikationsdesign

### Druckerei

A&M Service GmbH

### Bildnachweis

Titel: © Westend61 via Getty Images

**Stand:** August 2022

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung von Funktions- bzw. personenbezogenen Bezeichnungen, wie zum Beispiel Teilnehmer/Innen, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter.

### AUSSCHLUSS WAHLWERBUNG:

Dieses Dokument wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Hessischen Landesregierung herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerberinnen und -bewerbern oder Wahlhelferinnen und -helfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Landtags-, Bundestags-, Europa- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich sind insbesondere eine Verteilung dieser Druckschrift auf Wahlveranstaltungen oder an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf das Dokument nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Die genannten Beschränkungen gelten unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Druckschrift dem Empfänger zugegangen ist. Den Parteien ist es jedoch gestattet, das Dokument zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden.



[www.smarte-region-hessen.de](http://www.smarte-region-hessen.de)