

Digitalisierung mit Start-ups

Fünf vergaberechtliche Empfehlungen für öffentliche Auftraggeber zur Zusammenarbeit mit der Gründerszene

Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern und Start-ups steckt noch in den Anfängen. Dabei haben viele Unternehmen aus der Gründerszene das Potenzial, die Digitalisierung im öffentlichen Sektor ein Stück weit voranzubringen sowie die öffentliche Verwaltung und ihre Unternehmen mit innovativen, nutzerfreundlichen und pragmatischen Lösungen zu modernisieren. Das Vergaberecht ist dabei keine Hürde.



Henrik-Christian Baumann
 Partner, KPMG Law
 Rechtsanwalts-
 gesellschaft mbH

Richtig genutzt, kann das Vergaberecht eine Zusammenarbeit mit Start-ups durchaus begünstigen. Im Folgenden werden fünf vergaberechtliche Empfehlungen für öffentliche Auftraggeber zur Zusammenarbeit mit der Gründerszene präsentiert.

1. Den Markt vor einer Ausschreibung kennen(lernen): Welche Lösungen bieten Start-ups an?

Vielfach scheint in den Beschaffungsstellen nicht bekannt zu sein, welche Lösungen Start-ups für die öffentliche Hand bereithalten. Die systematische Auswertung aktueller Trends und Entwicklungen sowie die Identifikation neuer Marktteilnehmer sind aber wichtige Voraussetzungen für eine anforderungsgerechte Beschaffung. Vor einem Vergabeverfahren oder im Rahmen allgemeiner Markterkundungen könnten öffentliche Auftraggeber daher prüfen, ob Start-ups in einem bestimmten Markt aktiv sind. Für die Erkundung der Start-up-Szene eignen

sich zum Beispiel Branchenveranstaltungen wie (virtuelle) Messen für den öffentlichen Sektor, bei denen immer häufiger auch Start-ups vertreten sind. Genauso geeignet sind spezielle Netzwerkformate. So bietet das Institut für den öffentlichen Sektor mit der Initiative „myGovernment“ bereits seit über fünf Jahren eine Plattform zur Vernetzung von Start-ups mit dem öffentlichen Sektor. Gemeinsam mit der Berliner Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe hat das Institut für den öffentlichen Sektor mit der „GovTech-Landscape Germany“ außerdem eine deutschlandweite Übersicht von Start-ups mit Lösungen für den öffentlichen Sektor erstellt (siehe dazu den Beitrag auf Seite 21 in dieser Ausgabe).

Das ermöglicht das Vergaberecht:

Markterkundung ist nicht verboten. Im Gegenteil: Vergabevorschriften lassen Markterkundungen ausdrücklich zu (§§ 28 VgV, 20 UVgO, 26 SektVO). Befürchtungen, dass Markterkundungsmaßnahmen zur einseitigen Auswahl von potenziellen Bietern oder zu unzulässiger Verengung des Markts führen, bestätigen sich in der Praxis nicht. Außerdem kann diesen mit einem konsequent an den geltenden Vergabegrundsätzen (Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung) und an den Vorschriften über Neutralität und fairen Wettbewerb (§§ 6, 7 VgV, 4, 5 UVgO, 6, 7 SektVO) orientierten Vorgehen in der

Markterkundung und im Vergabeverfahren praktikabel begegnet werden.

2. Offen sein für Neues: Nicht die „eine“ Lösung ausschreiben, sondern ein Problem

Durch kleinteilige, aufwendige und komplexe „konstruktive Leistungsbeschreibungen“ werden einige am Markt verfügbare (und möglicherweise sogar sehr wirtschaftliche oder innovative) Lösungen von vornherein ausgeschlossen. Dienstleistungen und Produkte aus der Gründerszene zeichnen sich aber gerade durch ihre Neuartigkeit aus – und bieten somit ganz frische Ideen für bestehende Herausforderungen. Hat ein öffentlicher Auftraggeber beispielsweise den Bedarf, Güter (wie etwa eine Schutzausrüstung) von einem bestimmten Lagerort an verschiedene andere Verwendungsorte zu transportieren, werden eher Kauf oder Leasing von Lkw als Transportmittel ausgeschrieben als eine ganzheitliche Lösung, die den eigentlichen Kern des Bedarfs – nämlich den Transport – umfassend abdeckt.

Das ermöglicht das Vergaberecht:

Das Vergaberecht eröffnet durchaus Möglichkeiten, lösungsoffen(er) auszuschreiben. Das Instrument der „funktionalen Leistungsbeschreibung“ sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber nicht jedes Detail beschreibt, sondern vor allem das mit der anzubietenden Lösung ange-

strebte Ziel als Antwort auf eine bestehende Herausforderung. Die Vergabeverfahrensarten „Verhandlungsverfahren“, „wettbewerblicher Dialog“ und „Innovationspartnerschaft“ lassen es zudem zu, über Leistungsangebote mit den Anbietern zu verhandeln oder im Dialog und in einer gemeinsamen Entwicklungs- bzw. Forschungsphase eine konkrete Lösung zu finden.

3. Zusammenarbeit mit Start-ups durch „smarte“ Verfahrens- und Vertragsgestaltung ermöglichen

Öffentliche Auftraggeber tendieren dazu, sich in vertrauten Verfahrens- und Vertragsgestaltungen zu bewegen, die für die etablierten Auftragnehmer der öffentlichen Verwaltung entworfen worden sind. So wird beispielsweise immer noch in einer Vielzahl von Fällen die Verfahrensart der öffentlichen Ausschreibung ohne Nachverhandlungsmöglichkeit und oftmals auch immer noch mit dem Preis als einziges Zuschlagskriterium genutzt. Wenn es um die Zusammenarbeit mit Start-ups geht, sollte aber viel eher auf alternative Verfahrens- und Vertragsmodelle zurückgegriffen werden.

Das ermöglicht das Vergaberecht:

Vielfältig gestaltbare Rahmenvertragsmodelle, gegebenenfalls in Form von dynamischen Beschaffungssystemen (§§ 21, 22 VgV, 15, 17 UVgO, 19, 20 SektVO), bieten Chancen für öffentliche Auftraggeber, Bedarfe zu bündeln und verschiedene Auftragnehmer, also auch Start-ups, flexibel einzubinden. Denkbar sind beispielsweise Rahmenvereinbarungen, die projektbezogen den kombinierten Einsatz verschiedener Auftragnehmer ermöglichen – zum Beispiel eines Start-ups und eines am Markt bereits etablierten Unternehmens. Auch die Trennung zwischen Beratung und Entwicklung im Bereich der IT kann durch neue Rahmenvertragsmodelle aufgelöst werden. Dies würde den Anforderungen moderner Methoden, wie zum Beispiel Design Thinking, und innovativer Technologien, wie zum Beispiel Robotic Process Automation, besser entsprechen.

Die „Innovationspartnerschaft“ – nach wie vor vielfach „nur“ als Vergabeverfahrensart betrachtet – bietet zudem ein flexibles

Vertragsmodell, um bereits bestehende (oder zunächst nur initial entwickelte) Lösungen anzupassen oder weiterzuentwickeln. Dies kann ebenfalls eine Chance für die Zusammenarbeit mit Start-ups sein.

4. „Start-up-freundliche“ Eignungs- und Zuschlagskriterien wählen

Umsatzzahlen, Referenzen der letzten drei Jahre, Berufserfahrung: Dies sind Eignungskriterien, die in öffentlichen Ausschreibungen sehr oft herangezogen werden, an denen junge Unternehmen mit jungen Mitarbeitern aber oft scheitern. Auf der Ebene der Zuschlagskriterien wird außerdem noch immer zu oft „Wirtschaftlichkeit“ als „niedrigster Preis“ fehlinterpretiert oder es werden keine sachgerechten Zuschlagskriterien neben dem Preis etabliert.

Das ermöglicht das Vergaberecht:

Vergaberechtlich müssen Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zuschlagskriterien müssen ebenfalls mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese müssen so festgelegt sein, dass

- die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird,
- der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und
- eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Im Umfeld von Start-ups müssen daher – diesen Grundsätzen folgend – keine Umsatz- und Mitarbeiterzahlen als (Mindest-)Eignungskriterien herangezogen werden, ebenso wenig wie Referenzen der letzten drei Jahre. Stattdessen können beispielsweise Innovationsgrad, Entwicklungs- und Umsetzungskompetenzen bzw. -ansätze als Eignungs- oder Zuschlagskriterien im Vordergrund stehen. Ein Angebot kann zum Beispiel auch aus einem realisierten Prototypen bestehen, der als Lösung für ein ausgeschriebenes Problem dient.

5. Mit den Bietern kommunizieren, soweit möglich

Schon im Vorfeld einer Ausschreibung können daher Kommunikation und Trans-

parenz entscheidende Faktoren für ein erfolgreiches Vergabeverfahren sein, bei dem auch Start-ups eine Chance haben. Veröffentlichungen auf einschlägigen Vergabeplattformen reichen in der Regel nicht aus, um Start-ups zu erreichen. Letztere sind außerdem häufig unerfahren mit öffentlichen Ausschreibungen. Formulare sind oft nicht anbieter- bzw. anwenderfreundlich oder nicht selbsterklärend. Bieterfragen dienen zunehmend nur einer reinen Absicherung von Positionen anstatt eines konstruktiven und wertstiftenden Austauschs über den Ausschreibungsgegenstand. Sowohl bei öffentlichen Auftraggebern als auch bei Bietern besteht teilweise erhebliche Unsicherheit, was an Kommunikation und Dialog vor, während und nach einem Vergabeverfahren möglich und zulässig ist.

Das ermöglicht das Vergaberecht:

Grundsätzlich sollte der Auftraggeber seine Vergabeunterlagen und seinen Verfahrensablauf so gestalten, dass eine Teilnahme für die Anbieterseite so einfach wie möglich wird. In der Praxis ist bereits die Etablierung von „Start-up-Beauftragten“ aufseiten öffentlicher Auftraggeber angedacht, um die Bedürfnisse der Unternehmen aus der Gründerszene bestmöglich zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Bekanntmachung könnten Ausschreibungen zusätzlich durch öffentliche Auftraggeber beispielsweise auf einschlägigen Plattformen, wie etwa Social Media, verlinkt werden. Ebenso sind flexible Informations- und Briefing-Termine schon heute in verschiedenen Vergabeverfahren wichtige Instrumente, um interessierten Bewerbern oder Bietern Verfahrensabläufe und Ausschreibungsinhalte zu vermitteln sowie einen reibungslosen Verfahrensablauf mit breitem Wettbewerb zu gewährleisten. Den Abschluss im Vergabeverfahren bildet – soweit es sich nicht um den erfolgreichen Bieter handelt – die Information über die Nichtberücksichtigung eines Angebots. Gerade an dieser Stelle ist wiederum eine adäquate gegenseitige Kommunikation entscheidend. Denn nur so können Auftraggeber und Bieter voneinander lernen, um in zukünftigen Ausschreibungen besser zu werden. |