

Herausforderungen im Vergabeverfahren



Dr. Henrik Bremer

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Telefon: 040 / 350036-0

E-Mail: h.bremer@wr-recht.de

Berufliche Tätigkeit

- WIRTSCHAFTSRAT GMBH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft, Hamburg; seit 2004 als Geschäftsführer
- Partner / Geschäftsführer in der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Weitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH; zuvor seit 2015 als Partner und Geschäftsführer der BHVSM Bremer Heller Rechtsanwälte Partnerschaft mbB; zuvor seit 2004 Partner und Geschäftsführer der WIRTSCHAFTSRAT Recht Bremer Heller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Hamburg
- Scheller und Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater, Hamburg; seit 2021 als Geschäftsführender Gesellschafter

Ausbildung und Studium

- Promotion zum französischen Steuerrecht bei Prof. Dr. Samson
- Referendariat am Hanseatischen OLG, Abschluss 2. Staatsexamen mit der Note „gut“
- Jessup C. Moot Court; Gewinn des deutschen Finales
- Studium in Paris, Diplôme de langue française
- Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, Abschluss 1. Staatsexamen mit der Note „gut“
- High School Diploma, USA

Wesentliche Tätigkeitsfelder

- Durchführung von Jahres- und Konzernabschlussprüfungen, Branchenschwerpunkte: Energieversorgung, Telekommunikation, Kommunalwirtschaft (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)
- Beratung nationaler und internationaler Unternehmen in Fragen des Wirtschafts-, Gesellschafts-, Wertpapier- und Steuerrechts (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)
- Beratung und Konzeptionierung von PPP-Modellen sowie deren Begleitung in der Durchführungsphase unter Einbeziehung der Finanzierungsstrategie und Beratung (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)

Mitgliedschaften

- Mitglied des gemeinsamen Prüfungsamtes Hamburg für das 2. Staatsexamen
- Mitglied der Prüfungskommission am Hanseatischen Oberlandesgericht für das 1. Staatsexamen
- Mitglied der Prüfungskommission beim Schleswig-Holsteinischen Finanzministerium für das Steuerberaterexamen
- Vorstandsmitglied Steuerberaterkammer Schleswig-Holstein

1. Funktionale Ausschreibung

- a) Einleitung
- b) Zweck & Ziele
- c) Begriff & normative Grundlagen
- d) Normative Grundlage bei Bauleistungen

2. Zulässigkeit & Zweckmäßigkeit

- a) Leistungsbestimmungsrecht & Gleichrangigkeit
- b) Ausnahme Bauausschreibung?
- c) Sachliche Rechtfertigung

3. Folgen für das Vergabeverfahren

- a) Beauftragung
- b) Vergabeart
- c) Exkurs Rahmenvertrag

4. Anwendungsfall Ausbau NE4?

- a) Einführung
- b) Exkurs: Umstellung Wegfall des Nebenkostenprivilegs
- c) Ausschreibungspflicht und Vergabeart
- d) Flexiblere Bewertung der Angebote

5. Fazit

- a) Überblick
- b) Praktische Beispiele und Erkenntnisse

01

Die Zeit der funktionalen Ausschreibung?

- Die Pflicht öffentlicher Auftraggeber zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen bringt eine Vielzahl von Herausforderungen mit sich, die ein Auftraggeber alle im Blick behalten muss.
- So entstehen die ersten Probleme teilweise schon bei der ganz grundlegenden Frage, ob man unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers fällt und deshalb die Pflicht zur Ausschreibung eines Beschaffungsvorgangs gilt oder nicht.
- Aufgrund immer größer und komplexer werdenden Beschaffungsvorgängen (z.B. Infrastrukturen neuer Technologien, Smart-City Konzepte usw.) werden die Herausforderungen auch bei der Vorbereitung einer Ausschreibung immer größer. So steigen die Anforderungen bei Erstellung der Leistungsbeschreibung als „Kernstück“ der Vergabeunterlage stetig an.
- Diese hat den Beschaffungsgegenstand trotz höherer Komplexität vollumfassend, unmissverständlich und den Grundsätzen des Vergabeverfahrens von „Transparenz“ und „Diskriminierungsfreiheit“ genügend zu beschreiben.

01

Die Zeit der funktionalen Ausschreibung?



- Vor allem bei komplexeren Vergabeprozessen, wie sie z. B. bei Ausschreibungen zu öffentlichen Infrastrukturen oder anderen Großprojekten üblich sind, wird immer wieder Kritik an der Wirtschaftlichkeit der Ergebnisse geäußert.
- Auf dem Gebiet der IT-Leistungen, bei denen komplexe Beschaffungsvorgänge ebenso an der Tagesordnung stehen, haben sich die funktionalen Ausschreibungen bereits überwiegend gegenüber der konstruktiven Ausschreibung mittels Leistungsverzeichnis durchgesetzt.
- Ist die funktionale Ausschreibung also auch auf dem Gebiet der öffentlichen Infrastrukturen vielleicht der bessere Weg wirtschaftlichere Angebote zu erhalten? Am Beispiel der Netzebene 4 können Probleme und eventuelle Lösungen aufgezeigt werden.
- Was können Unternehmen der Privatwirtschaft sich von den Besonderheiten der funktionalen Ausschreibung abschauen?

01

Die funktionale Ausschreibung im Überblick



- Die Notwendigkeit zur Neubeschaffung oder beschleunigten Modernisierung der öffentlichen Infrastruktur ist ein zentraler Treiber für die Einführung **funktionaler Ausschreibungen**.
- Die öffentliche Hand steht vor der Herausforderung, den Bedarf an modernisierten und intelligenten Infrastrukturen effizient zu decken, um den Anforderungen der Bürger und der Wirtschaft gerecht zu werden.
- Durch die Einführung funktionaler Ausschreibungen verfolgt die öffentliche Hand nicht nur das **Ziel**, infrastrukturelle Bedürfnisse zu erfüllen, sondern auch intelligente und nachhaltige Wachstumsziele zu unterstützen. Dies bedeutet, dass die Beschaffung nicht isoliert betrachtet wird, sondern im Kontext einer langfristigen, nachhaltigen Entwicklung steht, die **ökologische, ökonomische** und **soziale** Aspekte berücksichtigt.
- ➔ Funktionale Ausschreibungen könnten das ideale vergaberechtliche Instrument sein um einen schnellen Ausbau der
Netzebene 4 zu ermöglichen
- Ausschreibung anschauen?

01

Die funktionale Ausschreibung im Überblick



- Ziel und Zweck der funktionalen Leistungsbeschreibung:

I. Effizienter und nachhaltiger Einsatz öffentlicher Gelder

II. Förderung von Innovation und Wettbewerb

III. Schnellere Umsetzung von komplexen Beschaffungsprojekten

IV. Fokus auf Ziele und Ergebnisse

01

Begriff und Grundlagen



- Den Mittelpunkt des Vergabeverfahrens bildet die Leistungsbeschreibung als „Kernstück des Vergabeverfahrens“.
- Während die konstruktive Leistungsbeschreibung sich durch detaillierte Vorgaben der technischen Anforderungen in Leistungsverzeichnissen auszeichnet (teilweise findet sich auch die Bezeichnung „konventionell“), unterscheidet sich die funktionale Leistungsbeschreibung dadurch, dass den Bietern lediglich Zweck und Ziel der beabsichtigten Leistung bzw. das zu **lösende Problem** vorgegeben werden und die dann angebotenen Konzepte bewertet werden.
- Dem **Auftragnehmer** werden bei der funktionalen Leistungsbeschreibung somit in der Regel sämtliche **Planungsleistungen auferlegt**, die der AG mit einer konstruktiven Leistungsbeschreibung selbst übernommen oder in einem anderen Verfahren drittvergeben hätte.



- Die primäre **gesetzliche Grundlage** der Ausschreibung mittels funktionaler Leistungsbeschreibung findet sich in der europäischen Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU). Sie wurde durch den europäischen Richtliniengeber mittlerweile als wichtiges Innovationsinstrument eingeführt. Eine begriffliche Unterscheidung zwischen „funktional“ und „konstruktiv“ wie sie im nationalen Recht gefunden werden kann, besteht auf EU-Ebene nicht.
- Die **nationalen Regelungen** zu den Begrifflichkeiten finden sich im Wesentlichen in folgenden Vorschriften:

- § 121 Abs. 1 S. 2 GWB
- § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV
- § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SektVO
- §§ 7 ff. (EU) VOB/A
- § 15 Abs. 1 KonzVgV
- § 23 Abs. 1 S. 2 UVgO

- Im Bereich der Liefer- oder Dienstleistungen spricht der WL davon, dass die Leistungsbeschreibung „**Funktionsanforderungen**“ oder „**Leistungsanforderungen**“ oder die Beschreibung einer zu lösenden Aufgabe enthält.
- Der Begriff „**Funktionsanforderung bzw. zu lösende Aufgabe**“ meint dabei die funktionale Leistungsbeschreibung des Auftragsgegenstandes.
- Der Begriff „**Leistungsanforderung**“ meint dabei die konstruktive Leistungsbeschreibung des Auftragsgegenstandes.

01

Leistungsbeschreibung für Bauleistungen



- Die Ausschreibung von Bauleistungen folgt sowohl im Ober- als auch Unterschwellenbereich einer eigenen Struktur und eigenen Begrifflichkeiten.
- Die normativen Grundlagen liegen jeweils in den §§ 7 ff. VOB/A bzw. §§ 7 EU ff. VOB/A für den Unterschwellenbereich (allg. geschätzter Auftragswert < 5.538.000 €) bzw. Oberschwellenbereich.
- Der Gesetzeswortlaut differenziert hier zwischen „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ (§ 7a) und „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“ (§ 7b)
- „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ entspricht dabei der konstruktiven Leistungsbeschreibung.
- „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“ entspricht dabei der funktionalen Leistungsbeschreibung.

02

Wahl der Art der Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren



- Das Vergaberecht geht grundsätzlich von einem umfassenden Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers aus. Die vergaberechtlichen Regelungen bestimmen nicht das „was“ sondern das „wie“ der Leistung. Dieses Recht umfasst auch die Wahl der Art der Leistungsbeschreibung.
- Zur **Vorbereitung** einer Vergabe ist es daher von essenzieller Bedeutung den konkreten **Beschaffungsbedarf** und **Beschaffungsgegenstand** zu definieren. Es liegt in der Hand des Auftraggebers die funktionalen, technischen und ggf. ästhetischen Anforderungen nach seinem Bedarf festzulegen.
- Sowohl der gesetzliche überschwellige Bereich für Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen als auch z.B. die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf gehen von einer grundsätzlichen Gleichrangigkeit der unterschiedlichen Leistungsbeschreibungen aus.
- Eine **Ausnahme** davon bilden die Vorschriften der VOB/A & EU VOB/A für **Bauvorhaben**.

02

Wahl der Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren



- Die Vergabe von Bauvorhaben gem. der VOB/A & EU VOB/A bilden insoweit eine Ausnahme von der vorgenannten Gleichrangigkeit der Leistungsbeschreibungen, als sie die **konstruktive Leistungsbeschreibung** als Regelfall beschreiben, vgl. § 7 c EU Abs. 1 VOB/A, § 7 b EU Abs. 1 VOB/A.
- Eine Abweichung vom „Regelfall“ ist dem Wortlaut zur Folge nur nach „**Abwägen aller Umstände**“ zweckmäßig. Dies erfordert oberhalb der Schwelle im Verhältnis zur Leistungsbeschreibung nach GWB, VgV und der SektVO weitere **Zweckmäßigkeitsüberlegungen** vom Auftraggeber.
 - Ob das Erfordernis weiterer Zweckmäßigkeitsüberlegungen in der Vergabe von Bauvorhaben überhaupt besteht ist in der Fachliteratur jedoch **strittig**.
 - Dagegen spricht einerseits die **Normenhierarchie**: europäische Vergaberichtlinie < GWB < VOB/A EU
 - und andererseits auch der **Sinn und Zweck**, da sich Richtliniengeber eine möglichst breite Verwendung der funktionalen Ausschreibung wünscht.

i.Erg. handelt es sich jedenfalls oberhalb der Schwelle um einen theoretischen Streit. Insoweit die grds. Anforderungen zur Dokumentation der Gründe berücksichtigt werden, die als Grundlage der Wahl für eine funktionale Leistungsbeschreibung dienen, muss dies jedenfalls bei europarechtskonformer Auslegung der Normen als Rechtfertigung der Zweckmäßigkeit ausreichen.

02

Zweckmäßigkeit der Leistungsbeschreibung



- Die Wahl der funktionellen **Leistungsbeschreibung** ist nach Telos der rechtlichen Grundlagen und nach Ansicht der Rechtsprechung folglich **vergaberechtskonform**, wenn
 - sie durch den Auftragsgegenstand **sachlich gerechtfertigt** ist,
 - nachvollziehbare objektive und auftragsbezogenen **Gründe** angegeben wurden,
 - die Bestimmung **willkürfrei** getroffen worden ist,
 - die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht **diskriminiert**
 - (Optional) **Zweckmäßigkeitserwägungen**: Gründe wurden **festgestellt** und notfalls **nachzuweisen**)



- Entscheidet sich der Auftraggeber für die funktionale Leistungsbeschreibung der Planung und Ausführung, so kommt nur eine **zusammengefasste Vergabe ohne Losbildung** in Betracht. Der Auftraggeber definiert den Zweck und das Ziel, aber die gesamte Planungsleistung, also das „wie“, wird an den Auftragnehmer vergeben.
- Vor diesem Kontext wird der Auftrag regelmäßig an einen **Total- bzw. Generalunternehmer** vergeben. Die Übertragung der Planungsleistung auf den Generalunternehmer ist für diesen nur dann sinnvoll, wenn er es selbst in der Hand hat, wie und an wen er die Einzelgewerke vergibt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass er nur dann den Gesamtpreis der Leistung kalkulieren kann.

➤ Funktionale Ausschreibung und Losaufteilung schließen sich daher in der Regel aus!





- Unter spezifischen Gesichtspunkten kann eine **Fach- und Teillosbildung** auch im Rahmen der funktionalen Ausschreibung zulässig sein. Erforderlich hierfür ist ein **Rückgriff** auf das grundsätzliche **Leistungsbestimmungsrecht** des Auftraggebers. Bei Prüfung der Zulässigkeit der Gesamtvergabe hat der Auftraggeber einen eingeräumten Beurteilungsspielraum. Trifft der Auftraggeber eine willkürfreie, sachliche und insgesamt ermessensfehlerfreie (rechtmäßige) Entscheidung über die Losvergabe in der Leistungsbeschreibung, so kann im **Einzelfall** die Bildung von Fach- und Teillosen auch in der funktionalen Leistungsbeschreibung zulässig und rechtmäßig sein.
 - Die rechtliche Möglichkeit ist aber nicht gleichzusetzen mit der tatsächlichen Zweckmäßigkeit
- Der Bildung von **Gebietslosen** stehen diese Erwägungen grundsätzlich nicht entgegen!



- Primär ist bei der Wahl den Beschaffungsgegenstand mittels (teil-)funktionaler Leistungsbeschreibung zu definieren das **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** die passendste Verfahrensart.
 - Hier können sich die Vorteile der funktionalen Leistungsbeschreibung am besten entfalten.
 - Das regelmäßig mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung einhergehende Bedürfnis nach Flexibilität der Bewertung ist hier gewährleistet
- Die Verfahrensart steht in allen Vergabebereichen zur Verfügung. Bei Bauleistungen finden sich die gesetzlichen Grundlagen in **§ 3 a EU Abs. 2 Nr. 1 b VOB/A** (bzw. im Unterschwellenbereich in **§ 3 a Abs. 3 VOB/A**, dessen Beispiele nicht abschließend aufgezählt sind).
 - Bereits im Rahmen des Erstangebots hat der Bieter regelmäßig Entwürfe für die Lösung der funktional beschriebenen Aufgabe vorzulegen.
Die Entwürfe müssen in der Regel optimiert und verbessert werden, um besser zu den Bedürfnissen des Auftraggebers zu passen. Eine im **Ergebnis** zufriedenstellende Lösung **ohne Verhandlungen** ist äußerst **unwahrscheinlich**.



- Der Rahmenvertrag erfreut sich einer größer werdenden Beliebtheit in der Vergabepaxis, da auch diese Form der Ausschreibung bei richtiger Gestaltung ein erhebliches Maß an Flexibilität mit sich bringt.
- Die **Legaldefinition** des § 103 Abs. 5 GWB beschreibt den **Rahmenvertrag** als Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dient, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträgen, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen.
- Die Ausschreibung mittels einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** kann erhebliche Auswirkungen auf das Erfordernis eines Rahmenvertrags haben.
 - Für eine rein funktionale Leistungsbeschreibung besteht in der Regel kein Bedürfnis für den Abschluss eines Rahmenvertrags, da die Gesamtleistung (von Konzeption und Planung bis Ausführung) vom Auftragnehmer zu erbringen ist. Darunter fällt insbesondere auch die Materialkonzeptionierung.

03

Der Rahmenvertrag



- Die Ausschreibung kann aber auch mittels einer gemischten Form der Leistungsbeschreibung erfolgen, d.h. in Kombination von **funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung** (so z.B. bei schlüsselfertigem Bauen).
- Hier kann demnach insbesondere im Bereich der standardisierten und genormten Bauleistungen über große und längerfristige Projekte über das Instrument des Rahmenvertrags nachgedacht werden (für den nicht funktional beschriebenen Teilbereich)
- Es kann für den Auftraggeber von Vorteil sein, das benötigte Material in Rahmenverträge gesondert auszuschreiben. Notwendig hierfür ist ggf. eine für den Auftragnehmer nachvollziehbare, schlüssige und sachliche Begründung.

04

Die Netzebene 4 - NE 4



- Mit Netzebene 4 (teilweise auch Inhouse oder letzte Meile) ist der letzte Abschnitt des Netzes gemeint, also alles ab dem Hausübergabepunkt (HÜP) bis zum Abschlusspunkt im Haus bzw. den jeweiligen Wohneinheiten in einem Zwei- oder Mehrfamilienhaus.
- Nur ca. die Hälfte der TK-Unternehmen baut die NE 4 grundsätzlich bei Errichtung einer Glasfaserinfrastruktur mit aus. Der Rest macht den Ausbau der Inhouse-Infrastruktur von weiteren Voraussetzungen abhängig.
- Unübersichtliche Gemengelage auch bei Kostenübernahme des Ausbaus. Die Wirtschaftlichkeit der NE 4 ist bisher nicht gegeben.
- Dies hat zur Folge, dass trotz der überwiegenden Bevorzugung der FTTH- gegenüber FTTB-Ausbastrategie der Anteil an NE 4 aus Glasfaser immer noch stark dem allgemeinen Trend hinterherhängt. Die NE 4 ist allerdings auch die Eintrittstür zur Erhöhung von „homes activated“
- Mittlerweile Umdenken auf dem Markt von „homes passed“ hin zu „homes activated“ zu beobachten
- Soll dieser zu beobachtende Trend demnach gelingen, ist genau im Bereich der NE 4 ein starker Anstieg der Bauaktivitäten zwingende Voraussetzung.
- Große Verunsicherung durch die ausstehende Entwicklung im Bereich der regulierten Netzentgelte trägt nicht zur Beschleunigung der notwendigen Schritte bei.

04

Exkurs – Wegfall Nebenkostenprivileg



- Ab dem 01.07.24 ist die zusammengefasste Abrechnung des monatlichen Entgeltes über die Betriebskostenumlage der Mieter (sog. Nebenkostenprivileg) nicht mehr möglich.
- Folge ist entweder eine Einzelinkassoabrechnung (je Vertragspartner= höherer Organisationsaufwand) oder das Aufschlagen der anteiligen Netzbetriebskosten auf die jeweilige Miete (Opt-out-Recht muss berücksichtigt sein) bzw. Abschluss von Sammelverträgen, deren Abrechnung jedoch nicht über die Betriebskosten erfolgen darf.
- Vor allem bei Mehrfamilienhäusern dürfte eine heterogene Nachfrage der Angebote die Wohnungsunternehmen bzw. die Kabelnetzbetreiber vor Problemen stellen. Diese können durch mehr oder weniger aufwendige technische Lösungen abgeholfen werden.
- Dabei stellt die aufwendigste aber nachhaltigste Lösung neben einem Neubau der Hausverteilanlagen im alten Standard (Koax-Infrastruktur=zukünftige weitere Investitionen wahrscheinlich) mit Sicherheit die Komplettgestaltung der Inhouseverkabelung mit Glasfaser dar.



Dadurch entsteht weiterer Anreiz die NE 4 zeitnah zukunftssicher zu gestalten.



- Verträge zwischen **kommunalen** Wohnungsbaugesellschaften und TKU über die Errichtung eines Inhousesnetzes müssen ausgeschrieben werden (vgl. OLG Rostock 2 U 10/23 vom 22.03.2024)!
- Ein Vertragsschluss ohne vorheriges Vergabeverfahren stellt eine rechtswidrige de-facto-Vergabe dar.
 - Rechtsfolge = Unwirksamkeit nach § 135 GWB.
 - Aufträge insgesamt angreifbar (z.B. Unterlassungsklage). Es droht somit Zeit- und Ressourcenverlust.
 - Bei gewillkürtem Verzicht auf Vergabeverfahren ist auch Primärrechtsschutz bei Unterschwellenvergabe denkbar.
- Sachlicher Anwendungsbereich (+) Unabhängig von der genauen Gestaltung und der daraus folgenden Einordnung des Auftrags (z.B. Ober- oder Unterschwelle; Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB +/-) wird die kommunale Wohnungsbaugesellschaft ein diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen haben.
 - Auftragswert bei der Errichtung eines Verteilernetzes auf NE 4 wird de-minimis-Schwellen in den aller meisten Fällen übersteigen
 - Je nach Schwerpunkt des Auftrags entweder ein Dienstleistungs- oder Bauauftrag

04

NE4 - Vergabeverfahren



- Subjektiver Anwendungsbereich (+) Kommunale Wohnungsbaunternehmen sind unzweifelhaft öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 98 Abs. 2 GWB (vgl. z.B. OLG Rostock 2 U 10/23 v. 22.03.2024; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.09.2023, 15 Verg 5/23)
 - Hieran ändert auch die privatrechtliche Gestaltung in Form der GmbH nichts
 - Auch bei heterogener Gesellschaftsstruktur mit Mehrheitsanteilen bei Kommune (maßgebliche Einflussnahmemöglichkeit) wird diese Einschätzung gelten.

04

NE4 – Funktionale Beschaffung



- Hier könnte die **funktionale Leistungsbeschreibung** das **geeignere Mittel** zur effektiven und schnellen Vergabe von Aufträgen zur Errichtung der NE 4 darstellen
 - Es sollen nicht nur die infrastrukturellen Bedürfnisse erfüllt werden, sondern auch intelligente und nachhaltige Wachstumsziele unterstützt werden.
 - Die Beschaffung wird nicht isoliert betrachtet, sondern im Kontext einer langfristigen, nachhaltigen Entwicklung
 - Die **ökologischen, ökonomischen** und **sozialen** Aspekte der Beschaffung können flexibler berücksichtigt werden.
- Dadurch, dass die **Planung und Errichtung** der Inhousestruktur bei einer funktionalen Ausschreibung **in einer Hand** liegt, werden die Chancen erhöht, dass es zu einer **reibungslosen Integration der NE4** in die bestehende Glasfaserinfrastruktur der NE3 der jeweiligen TKU kommt.
- Wichtige zusätzliche Ziele des Auftraggebers können als funktionales Leistungsziel in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. Trotzdem kann vom Know-how des Auftragnehmers profitiert werden.
- Auch Kombination aus funktionaler Vergabe bzgl. Errichtung NE4 und konstruktiver Ausschreibung bzgl. Rahmenvertrag Materiallieferung für diese Errichtung ist möglich.

04

NE4 – Funktionale Beschaffung



- Ist der Auftrag in Form einer Dienstleistungskonzession angedacht, bedarf es auf Grund der Gleichrangigkeit von **funktionaler und konstruktiver** Leistungsbeschreibung keinen gesonderten Begründungs- und Dokumentationsaufwand auf Seiten des Auftragnehmers.
- Soll allein die Errichtung der NE4 in den Liegenschaften eines Auftraggebers beschafft werden, wäre der Auftrag als Bauftrag zu qualifizieren. Aufgrund des (aktuell noch angenommenen) Vorrangs der konstruktiven Leistungsbeschreibung vor der funktionalen bedürfte es hier eine **gesonderte Begründung** für die Wahl einer solchen.
 - Insofern diese Pflicht berücksichtigt wird und sachliche Gründe hinreichend dokumentiert, können diese Anforderungen ohne weiteres erfüllt werden
 - Sachliche Gründe für die Gestaltung als funktionale Ausschreibung können sein: Schnellere Beschaffung durch Nutzung von Bieterwissen, bessere technische Implementierung an Bestandsinfrastrukturen etc.



- Bei einer funktionalen Ausschreibung bewertet der öffentliche Auftraggeber das vom Bieter angebotene Konzept, in welchem dieser darlegt, wie er den Zweck der Ausschreibung und die gesteckten Ziele erreichen bzw. Probleme lösen möchte.
 - Das bedeutet, dass bei einer funktionalen oder teilweise funktionalen Ausschreibung der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium unzulässig ist.
- Möglich ist aber eine Kostenbewertung, eine Preis-Leistungs-Bewertung oder eine reine Leistungsbewertung (Festpreis/Festkosten)

Beispiel:

Errichtung der NE4 in allen Liegenschaften des Auftraggebers bei gleichzeitigem Anschluss an bestehende Glasfaserinfrastruktur im öffentlichen Raum (mit Aufteilung auf verschiedene Gebietslose).

Bewertung:

Die unterschiedlichen Errichtungs- und Integrationskonzepte könnten aufgrund der funktionalen Gestaltung im Hinblick auf eine Vielzahl von Aspekten bewertet werden.



Bewertung der unterschiedlichen Errichtungs- und Integrationskonzepte könnten z. B. im Hinblick auf folgende Aspekte bewertet werden:

- Zuverlässigkeit der angebotenen technischen Umsetzung (z. B. im Hinblick auf Reaktion heterogener Nachfragesituationen in einem Mehrfamilienhaus)
- Fehleranfälligkeit der technischen Lösung
- Zeitlicher Rahmen, innerhalb dessen alle Liegenschaften des Auftraggebers mit NE4 ausgestattet werden
- Kosten- und Nachhaltigkeitsaspekte der technischen Lösung (Zukunftssicherheit, Upgradefähigkeit, Stromkosten, Errichtungskosten etc.)
- Wartungskonzept bzw. -aufwand des Inhousesetzes
- Weitere spezielle Aspekte, die für einen Auftraggeber individuell eine Rolle spielen, können zur Bewertung der Konzepte herangezogen werden. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich die Berücksichtigung der vergaberechtlichen Grundsätze.



- **Funktionale Ausschreibungen** ermöglichen Auftraggebern eine Optimierung ihrer vergabevorbereitenden Prozesse, indem sie den Bietern (teilweise) die **Planung** und **Konzeption** ihrer Leistungen überlassen und somit die Fachkenntnisse der Bieter nutzen können.
- Bei **funktionalen Ausschreibungen**, die Planung oder Konzeptionierung in die Beschaffung einbeziehen, muss der **Auftraggeber stets prüfen**, ob dies **sachlich gerechtfertigt** ist.
- Es gibt **keinen generellen Vorrang** von konstruktiven Leistungsbeschreibungen gegenüber einer funktionalen.
- Die Entscheidung für eine „funktionale“ **Ausschreibungen** sollte jeweils einzeln unter Berücksichtigung des Rahmens von **Leistungsbestimmungsrechts** und **sachlicher Rechtfertigung** getroffen werden.
- Bei **funktionalen Ausschreibungen** ist eine Totalunternehmer- oder **Generalunternehmervergabe** die geeignete Unternehmensform, und ein **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** ist oft die sinnvollste Vergabeart.

05

Anwendungsbeispiele aus der Praxis



- Teilfunktionale Ausschreibung in Gebietslosen von Komplettleistungen (Planung und Bau) für „schlüsselfertigen“ Glasfaserinfrastrukturen einerseits unter Einbeziehung von Rahmen-Materiallieferungsverträgen andererseits.
- Vergaberechtliche Beschaffung eines E-Bus Komplettsystems ist aufgrund technischer Komplexität (klare Beschreibung und Definition des Beschaffungsgegenstandes notwendig) erschwert und durchschnittlichem AG nur bedingt möglich. Daher erscheint die Nutzung des technischen Know-hows des Bieterkreises in einer funktionalen Ausschreibung besonders wünschenswert.
- Aus praktischer Erfahrung lassen sich keine klaren Ergebnisse in Bezug auf die Preisentwicklung der Angebote im Rahmen von konstruktiven Leistungsbeschreibungen im Vergleich zu funktionaler Leistungsbeschreibung ableiten. Ob eine Leistung preiswerter oder teurer wird, wenn sie funktional oder konstruktiv beschrieben wird, ist stark abhängig von der jeweiligen Art der Leistung.
- Die Entscheidung für oder gegen eine Variante sollte daher primär aufgrund der sachlichen Anknüpfungspunkte des gewünschten Beschaffungsgegenstandes getroffen werden und nachrangig aus wirtschaftlicher Sicht.

WIRTSCHAFTSRAT RECHT



www.wr-recht.de



info@wr-recht.de



Tel.: 040 / 350036-0



Standort Hamburg
Bleichenbrücke 11
20354 Hamburg

Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation mit Ausnahme des Titelfotos ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Woitag Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen – auch einzelner – Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.
Das Titelfoto wird unter einer CC 0 Lizenz über die Plattform Pexels bereitgestellt.