



Kommentar zum Entwurf der Vergaberechtsnovelle

Der Entwurf der Vergaberechtsnovelle des BMWi mag hier und da den Zielen der Bundesregierung näher kommen als das jetzige Vergaberecht. In einem gravierenden Punkt werden die an den Entwurf gestellten Forderungen nach einer Stärkung der mittelständischen Interessen und der Übernahme wichtiger EU-Regelungen jedoch nicht im geringsten erreicht: in der Wettbewerbssituation zwischen kommunalen und privatwirtschaftlichen Einrichtungen. Die Vergaberechtsnovelle verschlechtert sogar noch die ohnehin schon schwierige Ausgangssituation für mittelständische IT-Anbieter der Sozialwirtschaft wie Lämmerzahl, die sich in einem fairen Wettbewerb mit anderen privatwirtschaftlichen und öffentlichen Einrichtungen messen lassen möchten.

Ausgangspunkt für die von allen Seiten laut werdende Kritik ist der **§ 99 Absatz 1 Satz 2 GWB**. Der neu gestaltete Absatz soll es der öffentlichen Hand erstmals rechtssicher ermöglichen, Leistungen zwischen Einrichtungen der öffentlichen Hand selbst zu erbringen, ohne diese am Markt ausschreiben zu müssen. Für den Bereich der Kommunen wird hier von einer Förderung der „interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ)“ gesprochen. De facto geht es hier aber um die Problematik der Inhouse-Vergaben, die nicht ausschreibungspflichtig sind und damit andere Marktteilnehmer von einer Auftragserteilung der Kommunen ausschließen.

Nicht ohne Grund hat der europäische Gerichtshof (EuGH) Inhouse-Vergaben deshalb in der sogenannten Teckal-Rechtsprechung an sehr enge Voraussetzungen gebunden. Demnach dürfen nur dann Aufträge ohne Ausschreibung „inhouse“ an öffentliche Auftragnehmer vergeben werden, wenn diese der Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber wie über eine eigene Dienststelle unterliegen (Kontroll-Kriterium) oder im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber oder für andere öffentliche Auftraggeber, die zugleich Anteilseigner des Auftragnehmers sind, tätig werden (Wesentlichkeitskriterium).

Blicken wir auf die kabinettseigene Forderung an die Novelle, die Regelungen des EuGH in der deutschen Rechtsprechung umzusetzen, fällt eines klar ins Auge: Auf die Aufnahme des Kontroll-Kriteriums wurde großzügig verzichtet. Der Entwurf widerspricht damit einer seiner eigenen zentralen Forderungen, geltendes EU-Recht in deutsches Recht umzusetzen. Aber auch ohne diese Einschränkung gestattet es der neu gefasste Paragraph der öffentlichen Verwaltung, massiv in funktionierende Märkte einzugreifen und so einen wirksamen Wettbewerb zu Gunsten der Bürger, der Unternehmen und letztlich auch der Verwaltung zu verhindern. Dies gilt auch für neuere Betätigungsfelder der Kommunen wie den durch kommunale Rechenzentren und Eigenbetrieben erbrachten IT-Dienstleistungen. Der schwierige Markt für mittelständische IT-Unternehmen in der Sozialverwaltung wird sich weiter verengen, einzelne kleine Unternehmen werden sich gänzlich zurückziehen müssen und der Wettbewerb sich dadurch insgesamt verringern. Letztlich wirkt sich das auf die Kommunen höchst negativ aus, zum Beispiel

- durch eine nachlassende Leistungsqualität der wenigen Produkte, die die übrig bleibenden marktbeherrschenden kommunalen Betriebe herstellen,

- durch hohe Kosten
- und vielleicht sogar durch den Missbrauch der Regelung, die einer wechselseitigen Beauftragung von Eigenbetrieben der öffentlichen Hand Vorschub leisten könnte, anstatt dies durch eine klare Ausschreibungspflicht zu verhindern.

Kommunalen IT-Dienstleistern dürfte der neu gefasste Paragraph jedenfalls über Gebietsgrenzen hinweg einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil um öffentliche IT-Aufträge einbringen. Agieren diese derzeit schon als Quasi-Monopolisten in ihrer Region, könnten sie ihre Marktmacht auf der Basis von **§ 99 Absatz 1 Satz 2 GWB** problemlos auf andere Gebiete der Bundesrepublik ausdehnen. So könnte ein Kommune aus dem Süden dann ihren Auftrag ohne Ausschreibung an einen kommunalen Eigenbetrieb oder ein kommunales Rechenzentrum aus dem Norden vergeben.

Dem Staat, der Verwaltung und den Bürgern sollte - neben anderen, sicherlich bedenkenswerten Aspekten wie dem zu betreibenden Zeit- und Kostenaufwand – die Klärung der grundsätzlichen Frage nach mehr Monopolen oder mehr Wettbewerb, nach nachlassender Qualität zu dennoch steigenden Preisen oder innovativen Produkten mit bestem Preis-Leistungs-Verhältnis eigentlich nicht schwer fallen. Eine Leistung einzukaufen, ohne die auf dem Markt existierenden Alternativen in Leistungs- und Kostengesichtspunkten geprüft zu haben, ist fahrlässig und kommt – zumindest, wenn sich das eingekaufte Produkt als unzulänglich erweist - einer Verschwendung von Steuergeldern gleich.

Der Versuch, die aus der Rechtsprechung des EuGH resultierenden Anforderungen an die Inhouse-Vergabe im deutschen Vergaberecht aufzuweichen und die durch die Teckal-Kriterien definierten Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts sogar auf die „interkommunale Zusammenarbeit“ auszudehnen, kann für die mittelständischen IT-Unternehmer nur negative Folgen haben. Deshalb tun sie und ihre Interessensvertreter gut daran, sich für eine Änderung des Gesetzesentwurfs in diesen und anderen Punkten vor seiner endgültigen Verabschiedung stark zu machen. Derzeit wenden sich der Databund, der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), der Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V. (BDE) und weitere 16 Wirtschaftsverbände gegen die geplante gesetzliche Einführung einer rechtlich gesicherten Inhouse-Vergabe der öffentlichen Verwaltung.

Wir hoffen, dass das neue Vergaberecht sich unmissverständlich zu den elementaren Grundprinzipien des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung bekennen wird. Wenn die mittelständische IT-Anbieter nicht in ihrer Existenz gefährdet werden sollen, müssen Inhouse-Vergaben der öffentlichen Hand ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die Ausnahme bleiben. Wo privatwirtschaftliche Unternehmen entsprechende Dienstleistungen im Wettbewerb erbringen können, müssen diese auch eine Chance zu einer Angebotsabgabe erhalten – nur so können die Kommunen objektiv auswählen und am Ende ihre Entscheidung vor dem Steuerzahler und Bürger begründet vertreten.

PRESSEKONTAKT

LÄMMERZAHL GmbH
Maïke Czieschowitz
Lindemannstr. 78
44137 Dortmund
Tel.: 02 31 – 1 77 94 45
m.czieschowitz@laemmerzah.de
www.laemmerzah.de