

Öffentliche IT als geschützte Werkstatt

Künftig soll die Öffentliche Hand IT-Aufträge ohne vorheriges Vergabeverfahren »freihändig« an kommunale IT-Dienstleister vergeben können. Für die IT-Dienstleister im Besitz der Kommune dürfte das eher ein Pyrrhus-Sieg sein.

von *thomas h. fischer** |

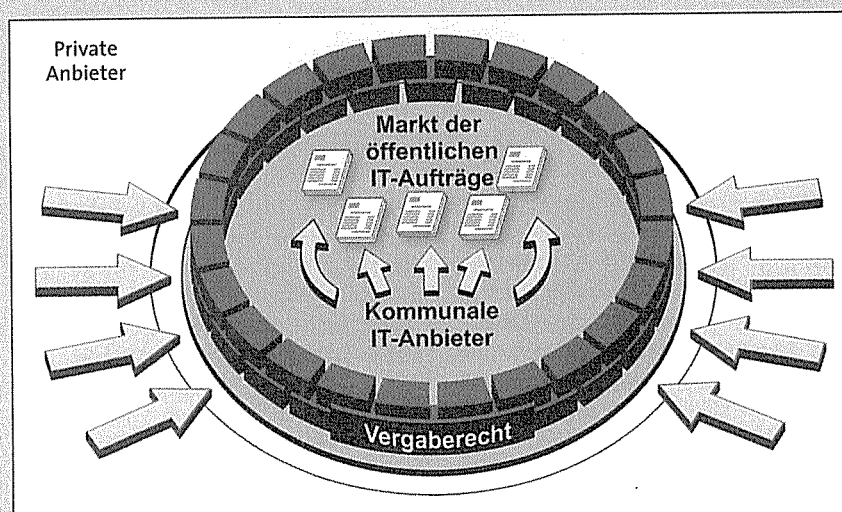
juergen.hoefling@staatundit.de

Eine komplette Kehrtwendung der rechtlichen Situation bahnt sich bei der Vergabe öffentlicher IT-Dienste an. Haben sich bisher auch die deutschen Gerichte in der Regel an die konsequent wettbewerbsorientierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gehalten (siehe auch unseren Artikel »Die kom-

munalen IT-Zünfte gehen zu Ende«, *Staat & IT* 1, vom 20. März 2007), sieht jetzt der aktuell im Bundestag behandelte Entwurf zur Änderung des Vergaberechts eine deutliche Abkehr von dieser Rechtslage vor. In dem Entwurf wird den kommunalen IT-Dienstleistern ein entscheidender Vorteil im Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugestanden. Branchenbeobachter erwarten, dass

der Markt für öffentliche Aufträge mit der neuen Regelung verengt oder in Teilen für private Anbieter sogar verschlossen wird. Es drohe eine Re-Verstaatlichung und Verdrängung der Privatwirtschaft, meinen beispielsweise der IT-Brancheverband BITKOM und der BDI, die beide den Entwurf heftig kritisieren. Der Widerstand hat allerdings wenig Aussicht auf Erfolg, da der Entwurf bereits den Bundesrat passiert hat.

Bleibt der Markt für öffentliche IT-Aufträge zukünftig privaten IT-Dienstleistern verschlossen?



Die gesetzliche Befreiung vom Vergabeverfahren könnte sich für kommunale IT-Dienstleister auf mittlere und lange Sicht geschäftlich eher ungünstig auswirken.

Quelle: Waldeck Rechtsanwälte

»Inhouse« soll ausgeweitet werden

Bislang genießen lediglich sogenannte Inhouse-Geschäfte das Privileg, vom Vergaberecht ausgenommen zu sein. Voraussetzung ist, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber die IT-Gesellschaft »wie eine eigene Dienststelle« beherrscht. Diese Ausnahme rechtfertigt sich dadurch, dass es keinen Unterschied machen kann, ob eine eigene Abteilung oder eine eigene Gesellschaft die Leistung ausführt.

Nach den Plänen der Bundesregierung soll diese Beherrschung der Gesellschaft durch den konkreten Auftraggeber zukünftig nicht mehr erforderlich sein. Nicht einmal seine Beteiligung wäre notwendig. Es würde vielmehr genügen, dass der kommunale IT-Dienstleister selbst zugleich als öffentlicher Auftraggeber

ber qualifiziert werden kann, das heißt zum Beispiel, eine Kommune alleinige Gesellschafterin ist. Liegt diese Voraussetzung vor – und dies dürfte bei der überwiegenden Zahl der kommunalen IT-Dienstleister der Fall sein – unterliegt eine Beauftragung generell nicht mehr dem Vergaberecht. »Inhouse« wäre damit der gesamte öffentliche Bereich als in sich geschlossener und für die Privatwirtschaft verschlossener Kreis. Eine bayerische Kommune könnte somit ohne eine Ausschreibung ein kommunales Rechenzentrum aus Westfalen-Lippe beauftragen.

Die bei der Öffentlichen Hand für die Beschaffung Zuständigen werden die Botschaften des neuen Änderungsentwurfes nur zu gerne hören, denn zahlreiche Aspekte sprechen aus ihrer Sicht für eine direkte Vergabe an kommunale IT-Dienstleister: Man entledigt sich des engen Korsetts des Vergaberechts, ist nicht dem Risiko von Beanstandungen ausgesetzt, kann über ein Angebot verhandeln und unterliegt keinen Begrenzungen bei Vertragsänderungen oder Vertragsverlängerungen.

Für die kommunalen IT-Dienstleister erschließt sich exklusiv ein neuer, bundesweiter Kundenkreis über die bisherigen Gebietsgrenzen hinaus. Wollten private IT-Unternehmen ein Stück vom Kuchen erhalten, bliebe ihnen nur noch die Möglichkeit, sich als Subunternehmer der kommunalen IT-Dienstleister im Rahmen eines formalen Vergabeverfahrens um Unteraufträge zu bemühen.

Widerspruch zum EU-Recht

Das Vergaberecht habe keine Liberalisierungsfunktion, so begründet die Bundesregierung die Ausweitung, wenn öffentliche Auftraggeber im Markt als Auftragnehmer antreten. Der Gesetzesbegründung ist aber auch zu entnehmen, dass das Vergaberecht dem wirtschaft-

lichen Einkauf der Öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern dient. Unbeantwortet bleibt, warum diese Gründe nicht zur Anwendung des Vergaberechts bei der Beauftragung öffentlicher Unternehmen gelten sollen.

Die Ausweitung des vergaberechtsfreien Raumes genügt zudem nicht den europarechtlichen Anforderungen, die auch für das deutsche Vergaberecht maßgeblich sind. Eine Rechtsänderung hatten die kommunalen Spitzenverbände aber auf der europäischen Ebene bislang nicht durchsetzen können. Es ist daher zweifelhaft, ob die neue Privilegierung kommunaler Unternehmen einer Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) standhalten würde. In der Vergangenheit hatte der EuGH jedenfalls an den Kriterien der Beherrschung des Dienstleisters für eine vergabefreie Beauftragung stets festgehalten. Eine Änderung der Rechtsprechung ist nicht ersichtlich.

Fehlende Transparenz – weniger Wettbewerb

Der Preis, den die kommunalen IT-Dienstleister für den exklusiven Zugang zu dem neuen Kundenkreis zahlen, ist der Verzicht auf Entwicklungsmöglichkeiten außerhalb des öffentlichen Bereichs. Sollte die Befreiung vom Vergaberecht erhalten bleiben, ist die Beteiligung privaten Kapitals an dem kommunalen IT-Dienstleister ebenso ausgeschlossen wie eine nicht lediglich unwesentliche Tätigkeit für private Unternehmen. Ohne Wettbewerb im eigenen Markt und abgeschottet vom Privatmarkt fehlen aber die entscheidenden Anreize zur Weiterentwicklung der kommunalen IT-Dienstleister zu wirklich wettbewerbsfähigen Unternehmen.

Die Inhaber der kommunalen IT-Dienstleister werden zu prüfen haben, inwieweit sie den Expansionsdrang in der kommunalen Gesell-

schaft auch rechtlich mittragen können. So kann das Gemeinderecht eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets beschränken oder aber ein Privatisierungsvorwank ist zu beachten.

Vergaberecht muss reformiert werden

Auf der Kundenseite wird die Öffentliche Hand die Erleichterung, sich dem Vergaberecht entziehen zu können, mit einem weniger wettbewerbsintensiven Markt erkaufen müssen. Fehlende Transparenz und weniger Wettbewerber führen, in der Regel zumindest, zu höheren Preisen. Die Öffentliche Hand hätte auch nicht die Möglichkeit von Mischlösungen, indem sie zunächst zur Markterkundung ein Vergabeverfahren durchführt, um dann freihändig den Auftrag an kommunale IT-Dienstleister zu geben, wenn dieser nicht auch das wirtschaftlichste Angebot abgab. Ohne Vergabeverfahren wird der Nachweis schwerfallen, die wirtschaftlichste Lösung gewählt zu haben.

Wenn aber die Möglichkeit der Flucht vor dem Vergaberecht einen derartigen Anreiz auf die öffentlichen Auftraggeber ausübt, den Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen für den Einkauf von IT-Leistungen auszuschalten, ist noch eine ganz andere Frage zu stellen: Müsste nicht das Vergaberecht reformiert werden, damit es seiner zentralen Aufgabe gerecht wird, den öffentlichen Einkauf durch ein transparentes Verfahren zu unterstützen? Hierzu finden sich leider in dem Gesetzentwurf nur wenige Ansätze, um die notwendige Klarheit und Vereinfachung des Vergaberechts zu erreichen. ■

** Thomas H. Fischer, M.B.L.-HSG ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Waldeck Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt am Main.*