



Anhang 1 zur Stellungnahme zum Vergabetransformationspaket vom 18.10.2024

Begründung zur geforderten Änderung des Referentenentwurf des Bundesministeriums für
Wirtschaft und Klimaschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts (Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG)

Der Gesetzentwurf beschreibt die Zielsetzung korrekt: „Zugleich ist das Vergaberecht eine wichtige Grundlage für den fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge, ein transparentes staatliches Handeln in der Beschaffung, die Gleichbehandlung der Unternehmen und Wahrung des freien Marktzugangs sowie einen wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Haushaltsmitteln. Vergaberechtliche Vorschriften erfüllen dahingehend keinen Selbstzweck, sondern sind elementarer Bestandteil einer funktionierenden Sozialen Marktwirtschaft und einer effektiven Bedarfsdeckung zur Organisation der staatlichen Aufgaben.“

Auch folgende Zielbeschreibung ist zu begrüßen:

„Auch der **besonderen Rolle des Mittelstands als Rückgrat der deutschen Wirtschaft ist in der öffentlichen Beschaffung Rechnung zu tragen**. Im Sinne des vergaberechtlichen Grundsatzes der Mittelstandsförderung gilt es, die Zugangshürden für den Mittelstand insgesamt nicht zu erhöhen, bürokratischen Aufwand für diesen zu senken und mittelständische Belange etwa bei Nachweisanforderungen stärker zu berücksichtigen sowie ihn in die digitalisierte Beschaffung - etwa über einheitliche Plattformen und Schnittstellen - stärker und einfacher einzubeziehen.

Zudem müssen die Teilnahmemöglichkeiten für junge und innovative Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe deutlich gestärkt werden, um die Innovationskraft der Wirtschaft zu unterstützen und für staatliche Aufgabenerfüllung zu nutzen. Hürden, etwa durch die Komplexität der Vergabeverfahren oder durch zu strikte Anforderungen, müssen gesenkt werden, damit innovative Lösungen gefördert und Anreize für zukünftige Investitionen gesetzt werden.“

Zutreffend weist ferner der Gesetzentwurf darauf hin, dass der europarechtliche Rahmen den Reformspielraum in der Oberschwelle einschränkt.

Leider werden aber **nicht alle vorgeschlagenen Rechtsänderungen den genannten Zielsetzungen gerecht**, sie stoßen teilweise sogar auf starke Bedenken aus der Sicht der mittelständischen Wirtschaft. Dies betrifft insbesondere die im Gesetz vorgesehenen Erleichterungen in der Regelung der Ausschreibungsfreiheit bei den sogenannten Inhouse-Geschäften (§ 108 GWB).



So soll durch den Gesetzentwurf in Nr. 10 Buchstabe b dem § 108 Abs. 4 GWB folgende Sätze angefügt werden:

„Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 gelten entsprechend. An der gemeinsamen Kontrolle können auch solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sein, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, die die weiteren Voraussetzungen des § 99 Nummer 2 GWB nicht erfüllen“

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt sich, dass Hintergrund der geplanten Rechtsänderung eine „effiziente Verwaltungskooperation“ insbesondere im Rahmen der Umsetzung des Onlinezugangsgesetzes sowie der notwendigen Digitalisierung der Verwaltung sei. Ein Leistungsaustausch öffentlicher Institutionen sei etwas zur Gewährleistung einer effektiven IT-Kooperation über das Modell „Einer für alle“ ebenso nützlich wie die gemeinsame Entwicklung von Systemen, Lizenzüberlassungen sowie die Erbringung von Implementierungs- und Systempflegeleistungen.

So soll eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit auch „für diejenigen Fälle möglich sein, in denen mehrere öffentliche Auftraggeber eine juristische Person im Sinne des Absatzes 4 gemeinsam kontrollieren, die Kontrollbeziehungen aber mittelbar (Absatz 2 Satz 2) beziehungsweise invers oder in einer Schwesterkonstellation (Absatz 3) vorliegen. Da die entsprechende Anwendung in der Praxis bisher umstritten sei, erfolge nun eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetz durch Verweis in Absatz 4 Satz 2 auf die entsprechenden Regelungen der alleinigen Kontrolle.

Offenbar will man insoweit die Rechtsprechung des OLG Naumburg, Beschl. v. 3.6.2022 – 7 Verg 1/22 BeckRS 2022, 41643 Rn. 43 aushebeln, das dargelegt hatte, dass es sich bei den Tatbeständen des § 108 GWB nicht um „aufeinander aufbauende“, sondern um jeweils getrennte Regelungen handelt. Man will offenbar der Tätigkeit der Genossenschaft „GovDigital“, die sich vor allem darauf ausgerichtet ist, ausschreibungsfrei IT-Lösungen zwischen unterschiedlichen Institutionen unterschiedlicher Verwaltungsebenen zu vermitteln und öffentliche Dienstleister gegenüber der Privatwirtschaft zu privilegieren, ein sichereres rechtliches Fundament verschaffen.

Die Absicht, die ausschreibungsfreien Möglichkeiten der Inhouse-Vergaben auszudehnen, ist abzulehnen. Soweit durch sogenannte Inhouse-Geschäfte die Geltung des Vergaberechts eingeschränkt wird, muss die dahinterstehende Zielsetzung (die auf europäischen Richtlinien beruht) berücksichtigt werden: Nur dann soll der öffentliche Auftraggeber von dem Vergaberecht ausgenommen werden, wenn er über die juristische Person, mit der er kooperiert, eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Je mittelbarer diese Kontrolle ausgeübt wird und je größer die Zahl der Kontrolleure, mit der sich der öffentliche Auftraggeber die Kontrolle teilt, umso stärker entfernen sich solche Zusammenarbeitsformen von der ursprünglichen Zielsetzung der Ausnahme von der Ausschreibungsfreiheit. Auch wenn der Gesetzentwurf den Titel „Ausnahmen“ bei § 108 GWB streichen will, so gibt doch bereits das Europarecht die dominierenden Grundprinzipien Wettbewerb, Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot vor. Dementsprechend sind vergaberechtliche Ausnahmen auch nach herrschender Auffassung restriktiv auszulegen und sind analogiefeindlich.



Dasselbe ergibt sich auch aus dem Grundgesetz. Aus dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns, das in Art. 114 GG (der die Prüfungskompetenz des Bundesrechnungshofs zur Wirtschaftlichkeit anspricht) vorausgesetzt wird, lässt sich das verfassungsrechtliche Gebot zur Prüfung entnehmen, ob und welche Handlungsformen in Betracht kommen, um staatliche Ausgaben zu senken. Entsprechend verpflichten § 7 BHO und die parallelen Länderregelungen dazu, bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten: „Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“ Die Privatwirtschaft kann sich dabei auf Grundrechte (Art. 12 und 14 GG) berufen. Der Vertrieb einer von der öffentlichen Hand entwickelten oder von ihr in Auftrag gegebenen Software und eine ausschreibungsfreie Verbreitung in Konkurrenz zu vorhandener von der Privatwirtschaft entwickelter und bereitgestellter Software tritt, bedeutet einen faktischen Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit der am Markt agierenden Softwarehersteller bzw. IT-Dienstleister.

Es muss daher darum gehen, die mittelständischen Interessen auch bei Vergaben durch öffentliche Träger zu verteidigen und gegen „In-Sich-Geschäfte“ der öffentlichen Träger wirksame rechtliche Barrieren aufrechtzuerhalten.

Soweit der Gesetzentwurf sich in der Begründung zu Buchstabe b darauf beruft, es gelte den „strukturellen Nachteil bei der Verwaltungsdigitalisierung“ gegenüber anderen europäischen Ländern wegen derer zentralistischer Organisationsstruktur auszugleichen, und sich auf das in „Art. 4 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags über die Europäische Union und das darin zum Ausdruck kommende staatsorganisationsbezogene Diskriminierungsverbot des Unionsprimärrechts“ beruft und daraus die Legitimation zur Ausdehnung der Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben ableitet, liegt dem wohl ein Missverständnis zugrunde: Das deutsche föderale Verfassungsprinzip ist kein „Nachteil“. Man könnte – im Gegenteil – sogar sagen, dass die föderale Verfassung und die grundgesetzlich garantierte Selbstverwaltung der Kommunen der Bundesrepublik Deutschland gerade dadurch geschützt werden, dass das europäische Vergaberecht nicht verwaltungsmäßige Zentralisierungen fordert, sondern dezentrale Strukturen unangetastet lässt und unterstützt. Das föderale Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland ist nicht per se ein „Nachteil“, den es durch andere Maßnahmen auszugleichen gilt. Vielmehr ermöglichen die föderalen Verfassungsprinzipien, dass mittelständische Unternehmen bei dezentralen Vergaben mit überschaubarem Auftragsvolumen zum Zuge kommen können. Auch damit wird die digitale Souveränität im Sinne einer Unabhängigkeit von Lösungen großer amerikanischer Unternehmen gefördert.

Eine erforderliche digitale Zusammenarbeit der Verwaltungsebenen im föderalen Staat sollte nach Auffassung des DATABUND vielmehr durch eine verstärkte Vorgabe von Standards durch die dazu gesetzlich berufenen Organe gefördert werden, auf deren Basis dann die mittelständische IT-Wirtschaft ihre Lösungen entwickeln und anbieten kann.



DATABUND

Bundesverband der mittelständischen IT-Dienstleister und
Softwarehersteller für den öffentlichen Sektor e. V.

Bei Verabschiedung der vorgesehenen Ergänzungen des §108 GWB sehen wir eine unzulässige Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten für die mittelständische IT-Wirtschaft im öffentlichen Sektor, gegen die wir zusammen mit anderen Verbänden, Aktivierung der Opposition und weiteren Akteuren juristisch und öffentlich vorgehen, sowie eine Verfassungsbeschwerde einlegen werden.

Der von den relevanten Akteuren zusammen mit der Fitko aktuell beschrittene Weg zum Aufbau eines gemeinsamen Marktplatzes der Zukunft (MdZ) von öffentlichen und privaten Dienstleistern für die IT der öffentlichen Hand, ist das Mittel der Wahl zur diskriminierungsfreien Vereinfachung und Beschleunigung der IT-Vergabe für die Kommunen.