



Stellungnahme

Stellungnahme des BITKOM zum Entwurf eines Gesetzes
zur Modernisierung des Vergaberechts – BT Drucksache 16/10117 –
8. Oktober 2008
Seite 1

Der BITKOM vertritt mehr als 1.000 Unternehmen, davon 850 Direktmitglieder mit 120 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Geräte-Hersteller, Anbieter von Software, IT- und Telekommunikationsdiensten sowie Content.

§ 99 Abs. 1 GBW-E lautet

*„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. **Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor**, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, **die selbst öffentliche Auftraggeber sind** und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“*

BITKOM spricht sich entschieden gegen die Regelung des § 99 Abs. 1 GBW-E aus, der es der öffentlichen Hand unter den dort genannten Voraussetzungen erstmals auf Basis einer gesetzlichen Regelung ermöglicht, Leistungen nicht am Markt beschaffen zu müssen, sondern ohne vorheriges Vergabeverfahren durch andere öffentliche Einrichtungen erbringen zu lassen.

Dies kann **schon ordnungspolitisch nicht befürwortet werden**. Die wirtschaftliche Betätigung durch die öffentliche Hand ist, so wie es auch zahlreiche Gemeindeordnungen explizit fordern, nur dann gerechtfertigt, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann (vgl. beispielhaft § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rheinland-Pfalz oder § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW). Mit der Verstaatlichung von Aufgaben nicht hoheitlicher Art ginge eine Erhöhung der Staatsquote einher.

Bei einer Inhouse-Vergabe **fehlen das wettbewerbliche Korrektiv und damit die Gewähr für eine wirtschaftliche Beschaffung**. Das Vergaberecht dient aber vor allem einer wirtschaftlichen Beschaffung der Öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern. Überdies ist nicht auszuschließen, dass eine solche Regelung **Missbrauch im Sinne einer wechselseitigen Beauftragung von Eigenbetrieben** der öffentlichen Hand Vorschub leistet.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel. +49. 30. 27576-0
Fax +49. 30. 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Marco Junk
Public Sector
+49. 30. 27576-133
Fax +49. 30. 27576-51-133
m.junk@bitkom.org

Präsident
Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Stellungnahme des BITKOM zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – BT Drucksache 16/10117 –

Seite 2

Letztlich **widerspricht § 99 Abs. 1 GWB-E der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)**. Danach unterfallen Inhouse-Geschäfte der öffentlichen Hand dem Gemeinschaftsrecht zur Vergabe öffentlicher Aufträge nur dann nicht, wenn die beauftragende über die ausführende Stelle eine „Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen“ (sog. Teckal-Rechtsprechung). § 99 Abs. 1 GWB-E lässt dieses Kriterium vermissen, wohl mit Blick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, die regelmäßig einer solchen Kontrollmöglichkeit im Wege stehen dürfte. Es ist nicht ersichtlich, warum sich der deutsche Gesetzgeber sehenden Auges in Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung des EuGH setzt. Letztlich ist in diesem Zusammenhang auch anzumerken, dass § 99 Abs. 1 EuGH-konform lauten müsste „sofern diese juristischen Personen...im wesentlichen für *den* öffentlichen Auftraggeber tätig sind“ – also den konkret Beauftragten. Eine Änderung der EuGH-Rechtsprechung ist nicht ersichtlich.

§ 99 Abs. 1 GBW-E gestattet es der öffentlichen Hand, massiv in funktionierende Märkte einzugreifen. Dies nicht nur im Rahmen der bereits jetzt durch die öffentliche Hand wahrgenommenen Aufgaben, sondern auch hinsichtlich neuer Betätigungsfelder. Gerade im Bereich der ITK-Dienstleistungen – einer klassischen Unterstützungstätigkeit – ist eine immer stärkere Leistungserfüllung durch kommunale IT-Dienstleister, die in ihrer Region ein Quasi-Monopol im öffentlichen Sektor einnehmen, zu beobachten. Mit § 99 Abs. 1 GWB-E wird diesen kommunalen IT-Dienstleistern nun ein entscheidender Vorteil im Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugestanden – und dies über die kommunalen Gebietsgrenzen hinaus. So könnte beispielsweise eine bayerische Kommune ohne eine Ausschreibung ein kommunales Rechenzentrum aus Westfalen-Lippe beauftragen.

Diese Verengung des Marktes kann aus den vorgenannten Gründen – im Sinne von Auftragnehmern aber auch Auftraggebern – nur entschieden widersprochen werden.