



„FIT-Storeleistungen in die Kommunen“

- Bericht -

In Zusammenarbeit von:

- **FITKO**
- **govdigital/Hamburg**
- **Brandenburg**
- **Hessen**
- **Niedersachsen**
- **Bayern**

Inhaltsverzeichnis

1	VORBEMERKUNG	3
2	MODELLVORSTELLUNGEN – VOM LAND IN DIE KOMMUNEN UND UMGEKEHRT	6
2.1	Modellvariante 1 – Verkettung mehrerer Inhouse-Verhältnisse	6
2.2	Modellvariante 2 – Verkettung mehrerer Inhouse-Verhältnisse – Verkürzung der Vertragskette durch Beitritt(e) der FITKO	7
2.3	Modell Variante 3 - Kombination von Inhouse- und Kooperationsvereinbarung	8
3	RECHTLICHE BEWERTUNG	9
3.1	Inhouse- und inhouse inverse Beauftragungen	9
3.2	Kooperationen	11
3.3	Verkettung von vergabefreien Auftragsverhältnissen – Zulässig?	14
3.4	Verlängerung der Ketten durch Zwischenschaltung weiterer Strukturen	15
3.5	Problem bei Schaffung neuer juristischer Personen	16
4	MUSTER/ VEREINBARUNGEN	17
5	VERKNÜPFUNG ZUM NRW-MODELL (KOOPERATION)	17
6	VERKNÜPFUNG ZUR „AG GOVDIGITAL“ (FEDERFÜHRER HH)	18
7	RESÜMEE	19

1 Vorbemerkung

Der FIT-Store etabliert einen rechtlichen Rahmen für die Nach-/Mitnutzung von EfA- Leistungen über die FITKO (Föderale IT-Kooperation) durch Nutzung des Inhouse- Verhältnisses zwischen der FITKO zu ihren Trägern, d. h. Bund und allen Ländern.

Die FITKO kann im Wege eines vergaberechtsfreien sog. vertikalen Inhouse-Geschäftes von ihren Trägern (Bund/ Länder), die eine gemeinsame Kontrolle über die FITKO ausüben, mit einer Leistung gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB beauftragt werden. Andererseits kann die FITKO aber auch selbst einen/mehrere Träger vergaberechtsfrei mit der Erbringung einer Leistung an die FITKO im Wege eines sog. inversen vertikalen Inhouse-Geschäftes beauftragen (§ 108 Abs. 1, 3 und 4 GWB).

Für den FIT-Store bedeutet das: Bund/Länder können auf Basis eines standardisierten Vertrags von ihnen entwickelte Online-Dienste im FIT-Store – in Form einer Leistungsbeschreibung – einstellen lassen. Meldet sich daraufhin ein Nachnutzungsinteressent, verpflichtet sich die FITKO ebenfalls auf Basis eines standardisierten Vertrags gegenüber dem Nachnutzungsinteressenten die Leistung zu erbringen. Dabei greift die FITKO auf den Vertrag mit dem einstellenden Land zurück, welches dann quasi als Dienstleister für die FITKO die Leistung an das nachnutzende Land zur Verfügung stellt. Der Prozess wird zentral über die FITKO gesteuert und abgewickelt.

Mit der Entscheidung 2021/02 vom 17.03.2021 hat der IT-Planungsrat in seiner 34. Sitzung die hierfür erforderliche Anwendung der SaaS-Musterverträge (AGB und Vertragsmuster) bei der Einstellung und Nachnutzung von IT-Verfahrenslösungen im FIT-Store zur Umsetzung der rechtlichen Verpflichtung nach § 1 Absatz 1 OZG (Angebot elektronischer Verwaltungsleistungen) beschlossen.

Damit können alle Länder Leistungen aus dem FIT-Store abrufen, auch wenn sie selbst keine Leistungen über den FIT-Store zur Verfügung stellen.

Nicht geklärt ist allerdings die Frage, wie Kommunen die EfA-Leistungen, die in den FIT-Store eingestellt werden, (nach)nutzen können.

Sowohl Bund, Länder, die FITKO als auch die Kommunen sind öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Bund, Länder und Kommunen) bzw. § 99 Abs. 1 Nr. 2 GWB (FITKO). Die entgeltliche Beschaffung von Leistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber und damit auch ein entgeltlicher Leistungsaustausch von öffentlichen Auftraggebern untereinander stellen einen grundsätzlich vergaberechtspflichtigen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB dar.

Die AL-Runde des IT-Planungsrates hat am 08.06.2021 in der Vorbesprechung zur 35. IT-PLR-Sitzung unter TOP 3b das Thema „Rechtliches Nachnutzungsmodell Kommunen“ erneut erörtert. Es wurde festgestellt, dass aktuell in drei voneinander unabhängigen Arbeitsgruppen (neben der AG FIT-Store noch eine AG HH (Modell „govdigital“) und eine AG NRW (Modell Kooperation)), Lösungen für die Frage, wie die Kommunen EFA-Leistungen nachnutzen können, erarbeitet werden. Es wurde entschieden, diese Arbeitsgruppen zunächst nicht zusammenzuführen, vielmehr sollte zunächst jede AG das von ihr verfolgte Modell konzipieren und vorstellen. Die AGs sollen allerdings im Austausch miteinander bleiben.

Vor diesem Hintergrund wurde im Rahmen der AG FIT-Store eine UAG „FIT-Storeleistungen in die Kommunen“ gebildet, mit dem Auftrag, die rechtlichen und organisatorischen Möglichkeiten einer vergaberechtskonformen Partizipation der Kommunen an den in den FIT-Store eingestellten IT-Verfahrenslösungen unter Berücksichtigung des Leistungsaustauschs auf Länderebene zu bewerten. Grundsätzlich ebenfalls zwingend zu klärende Aspekte, wie Haushaltsrecht oder Datenschutz sind nicht Gegenstand des Auftrags (insbesondere mit dem Thema Datenschutz beschäftigt sich bereits eine Arbeitsgruppe unter der Federführung des BMI) und deshalb nicht vom Bericht erfasst.

Grundsatz und Ziel der UAG ist es, in Erweiterung der einheitlichen übergreifenden Systematik des FIT-Stores Möglichkeiten aufzuzeigen, wie die Länder je nach individueller Gegebenheit kommunale Verfahren vergaberechtskonform zum Einsatz bringen können.

Dabei ist von zwei Prämissen auszugehen:

- Eine unentgeltliche Weitergabe der Leistungen von einem Land an eine Kommune ist aus vergaberechtlicher Sicht – unter Beachtung haushalts- und

wettbewerbsrechtlicher Regelungen – möglich und wird hier nicht weiter betrachtet, da die unentgeltliche Weitergabe kein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts darstellt und mithin nicht den vergaberechtlichen Regelungen unterliegt.

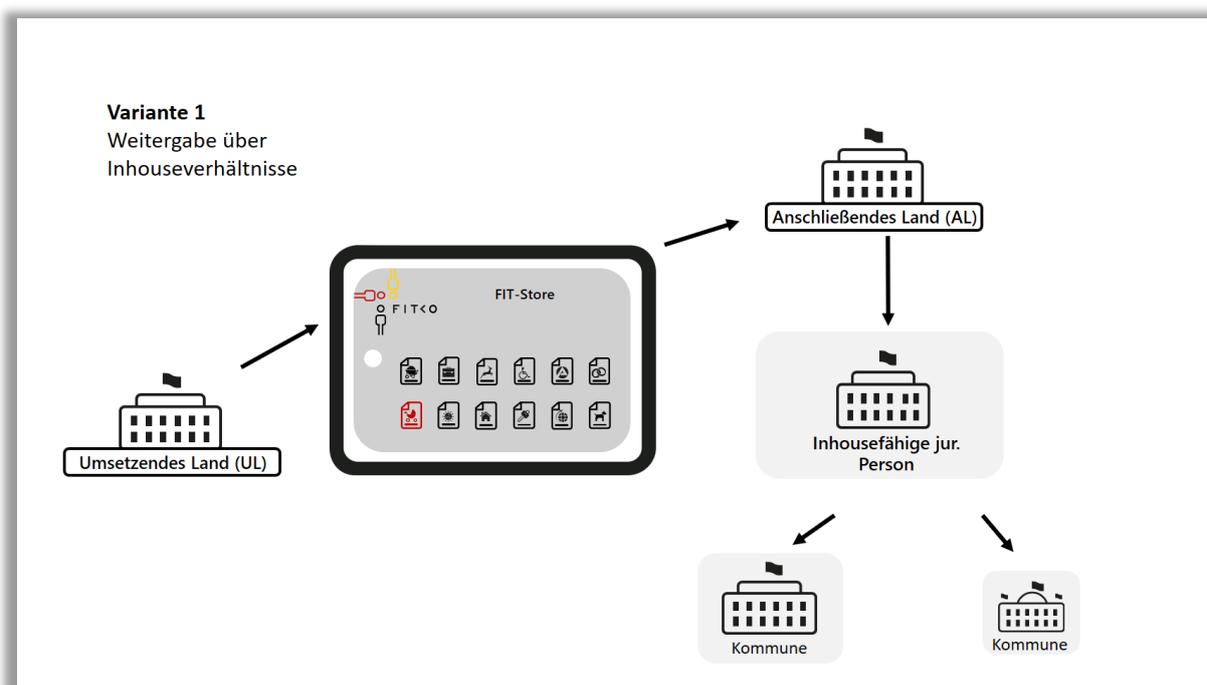
- Eine Erweiterung der Trägerschaft der FITKO um rund 11.000 Kommunen ist weder praktikabel noch entspräche dies dem Gründungszweck der FITKO und wird insofern ebenfalls nicht weiter betrachtet.

Ansatzpunkte für die rechtlichen Möglichkeiten einer vergaberechtskonformen Partizipation der Kommunen an den in den FIT-Store eingestellten Leistungen bietet § 108 GWB. Die Nutzung von Inhouse-Verhältnissen (wie dies schon im Rahmen des FIT-Stores erfolgt) richtet sich nach den Voraussetzungen in § 108 Abs. 1 bis 5 GWB, der Austausch von Leistungen auf der Grundlage einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (Kooperation) wird durch § 108 Abs. 6 GWB geregelt. In Betracht gezogen wird auch eine Kombination aus beiden Wegen.

2 Modellvorstellungen – vom Land in die Kommunen und umgekehrt

Im Folgenden werden die wesentlichen Aspekte von Modellvarianten, die den FIT-Store als Ausgangspunkt haben, beschrieben.

2.1 Modellvariante 1 – Verkettung mehrerer Inhouse-Verhältnisse



Die Variante 1 setzt voraus, dass innerhalb eines Landes bis zu den Kommunen weitere Inhouse-Beziehungen bestehen, die für die Weitergabe der Leistungen genutzt werden können. Die vergabefreie Vertragskette in Modell Variante 1, welche komplett Inhouse verläuft, lautet dann wie folgt:

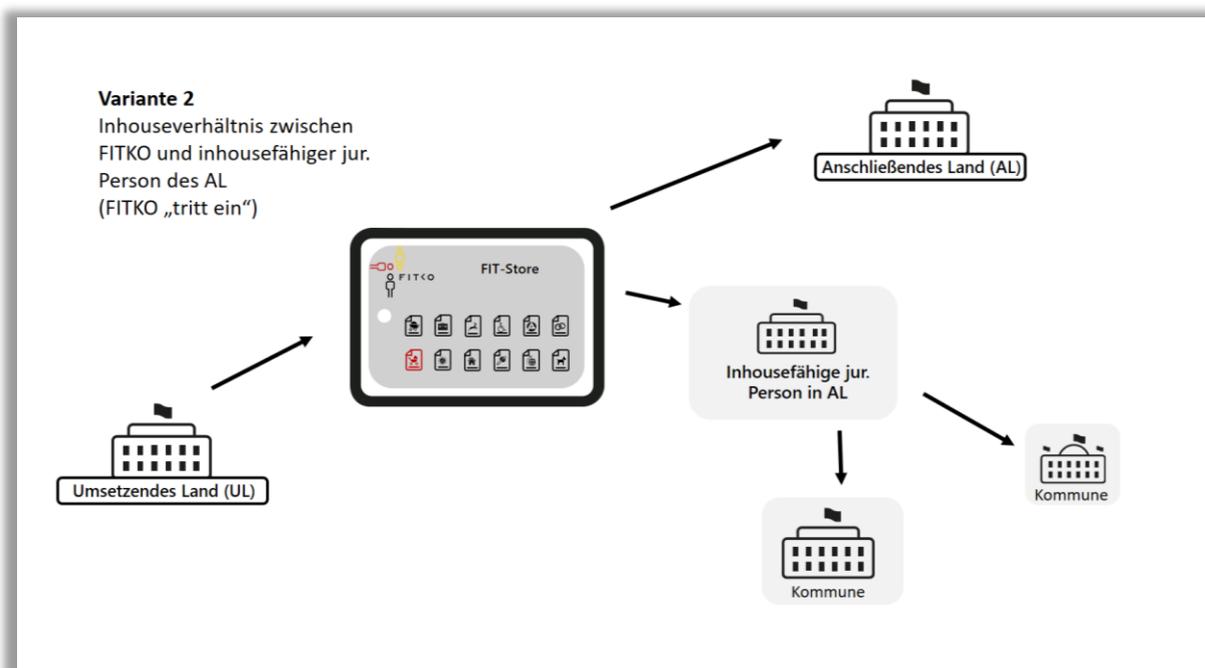
Die FITKO erwirbt durch ein „Inhouse inverses“- Rechtsgeschäft Betriebsleistungen für einen EfA-Online-Dienst von Land A (UL). Das Land B (AL) erwirbt diese Betriebsleistungen „inhouse“ von der FITKO. Zur Weiterleitung an die Kommunen verkauft das Land B die Betriebsleistung inhouse invers an eine jur. Person, die sowohl zum Land als auch zu den Kommunen in einem Inhouseverhältnis steht. Diese jur. Person verkauft die vom Land B erworbenen Betriebsleistungen inhouse an ihre Mitglieder - die Kommunen.

Als Beispiel für ein „Land B“ kann Hessen dienen. Hessen steht in einem Inhouseverhältnis zu dem kommunalen IT-Dienstleister ekom21, dieser wiederum in einem Inhouseverhältnis zu den (meisten) hessischen Kommunen.

Für die Einstellung einer Leistung, die durch eine Kommune oder durch die inhousefähige jur. Person entwickelt wurde, in den FIT-Store steht der Weg über die Inhouseverhältnisse in „umgekehrter Richtung“ zur Verfügung.

Ob und welche Struktur diese Voraussetzungen in dem jeweiligen Land erfüllt, muss jedes Bundesland für sich prüfen. Bei Bedarf berät die FITKO bei dieser individuellen Prüfung.

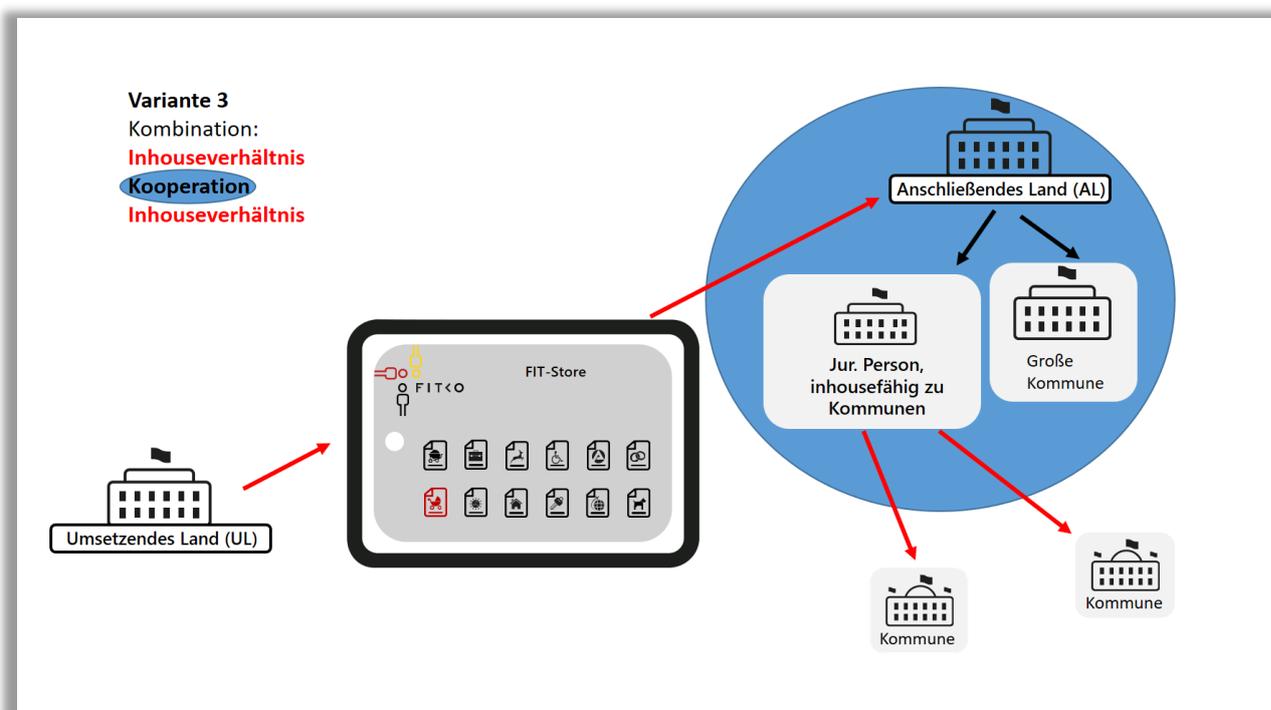
2.2 Modellvariante 2 – Verkettung mehrerer Inhouse-Verhältnisse – Verkürzung der Vertragskette durch Beitritt(e) der FITKO



Im Unterschied zu Modell Variante 1 wird in Variante 2 davon ausgegangen, dass die FITKO durch z.B. eine Mitgliedschaft, einen Anteilsverkauf o.ä. ein Inhouseverhältnis zu einer jur. Person eines Landes herstellen kann, die wiederum zu den Kommunen in einem Inhouseverhältnis steht. Hierdurch könnten die Vertragsketten der Variante 1 abgekürzt werden.

Die Voraussetzungen für den Beitritt der FITKO muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Vor dem Hintergrund der Komplexität der möglichen rechtlichen Konstellationen wird diese Variante zum jetzigen Zeitpunkt nicht näher betrachtet. Zum Tragen käme das Modell aber beispielsweise bei einer Verknüpfung des FIT-Stores mit dem Modell „govdigital“ (vgl. hierzu Ausführungen unter Gliederungspunkt 6).

2.3 Modell Variante 3 - Kombination von Inhouse- und Kooperationsvereinbarung



Die Variante 3 sieht zur Nachnutzung von EfA-Leistungen als Lösung der vergabefreien Vertragskette eine Kombination aus Inhouse-Verhältnissen und einer Kooperationsvereinbarung vor. Durch diese Kombination wird das Problem gelöst, dass es in einem Land keine jur. Person gibt, die sowohl eine Inhousefähigkeit zum Land als auch zu den Kommunen aufweist. Hier soll die Lücke zwischen dem Land und einer zu den Kommunen inhousefähigen jur. Person durch eine Kooperationsvereinbarung nach § 108 Abs. 6 GWB geschlossen werden.

Der Vorteil von Variante 3 liegt darin, dass Mitglied einer solchen Kooperationsvereinbarung auch z.B. (größere) Kommunen sein können, die eigenständig Lösungen betreiben und/oder entwickeln. Die Vertragskette verkürzt sich dadurch, da in diesem Fall eine zu den Kommunen inhousefähige jur. Person nicht erforderlich ist.

Ein weiterer Vorteil wird in der Variante 3 darin gesehen, dass die sonst erforderliche zusätzliche inverse vertikale Inhouse-Vergabe zwischen nachnutzendem Land und jur. Person entfällt, die z.T. rechtlich als risikobehafteter betrachtet wird als die über Jahre hinweg bewährte Kooperation (vgl. rechtliche Wertung, Gliederungspunkt 3.1).

Auch hier ist der Weg in beide Richtungen offen – Einstellung einer Leistung in den FIT-Store oder Nachnutzung einer Leistung aus dem FIT-Store.

3 Rechtliche Bewertung

3.1 Inhouse- und inhouse inverse Beauftragungen

Die Voraussetzungen für ein Inhouseverhältnis ist für jedes Vertragsverhältnis zu prüfen. Es müssen die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1-5 GWB erfüllt sein.

Sofern ein Inhouse-Verhältnis besteht, ist eine Inhouse-Beauftragung – auch für den Fall, dass die jur. Person von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam kontrolliert wird – unstrittig nach § 108 Abs. 1 bzw. 4 GWB zulässig.

Ein Inhouse-inverses Auftragsverhältnis ist ausdrücklich in § 108 Abs. 3 GWB für den Fall geregelt, dass die kontrollierte jur. Person an den sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber Aufträge vergibt.

Dieser Absatz bezieht sich aber zunächst nur auf den Fall, dass die Kontrolle von einem einzigen öffentlichen Auftraggeber ausgeübt wird, nicht von mehreren gemeinsam. In § 108 Abs. 4 GWB (der Regelung bei gemeinsamer Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber) ist keine mit Abs. 3 vergleichbare Regelung enthalten.

Laut Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 81) ist der Abs. 3 aber auch auf die Fälle der gemeinsamen Kontrolle nach Abs. 4 anwendbar, hierbei wird auf die systematische Stellung des Abs. 4 verwiesen, der hinter den Abs. 1 bis 3 folge und sich deshalb auf sie alle beziehe.

Allerdings ist diese Frage umstritten.

Unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung wird im Schrifttum die inverse Inhouse-Vergabe eines gemeinsam beherrschten Unternehmens vielfach für zulässig erachtet, § 108 Abs. 4 GWB stelle lediglich eine Unterart des Inhouse-Geschäftes nach § 108 Abs. 1 GWB dar, daher müssten auf Abs. 4 auch alle Regelungen Anwendung finden, die für Abs. 1 gelten (mithin auch Abs. 2 und 3)¹.

Teile der Literatur führen gegen den gesetzgeberischen Willen ins Feld, dass die Richtlinie 2014/24/EU, die durch die Regelungen im GWB umgesetzt wird, ein inverses Inhouse-Geschäft bei gemeinsamer Kontrolle nicht vorsehe; eine entsprechende Auslegung des § 108 GWB verstoße mithin gegen Unionsrecht². Außerdem sei Abs. 4 ein eigener Tatbestand, der keine Verbindung zu den Absätzen 1 bis 3 aufweise³.

Dem kann folgendes entgegengehalten werden:

- Allein schon der Wortlaut des § 108 Abs. 4 GWB legt nahe, dass eine inverse Inhouse-Vergabe in allen in den Abs. 1 bis 3 geregelten Fällen möglich sein soll⁴. Denn im Gegensatz zu Abs. 1 und Abs. 3 wird in Abs. 4 nicht geregelt, **von wem an** wen der Auftrag erteilt wird: Abs. 1 spricht ausdrücklich von dem Fall der Vergabe „von“ einem öffentlichen Auftraggeber „an“ eine jur. Person, Abs. 3 spricht von einer Vergabe „von“ einer kontrollierten jur. Person „an“ den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber. Abs. 4 spricht nur von der „Vergabe von öffentlichen Aufträgen“, regelt jedoch nicht die Richtung des Auftrags.
- Die Vergaberechtsfreiheit eines inversen Inhouse-Geschäfts nach Abs. 3 wird damit begründet, dass die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe weiterhin in der Beherrschungssphäre der „Muttersgesellschaft“ verortet bleibt und eine Marktbetroffenheit nicht zu erkennen ist.⁵ Dieses Argument trifft bei der inversen Inhouse-Vergabe von einer Tochter an eine der sie gemeinsam

¹ Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 108 GWB Rn. 65.

² Ganske a.a.O. Rn. 65.

³ Ziekow/Völlink/Ziekow, 3. Aufl. 2018 GWB § 108 Rn. 70.

⁴ So auch Ganske a.a.O. Rn. 65.

⁵ Ganske a.a.O. Rn. 49.

beherrschenden Mütter i.S.v. Abs. 4 genauso zu, auch hier bleibt insgesamt die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe weiterhin in der Beherrschungssphäre öffentlicher Auftraggeber und ist dem Markt entzogen, sodass eine Marktbetroffenheit nicht besteht. Der Beschaffungsvorgang erfolgt nicht, um eine mögliche Bedarfsdeckung dem freien Wettbewerb zu entziehen, sondern um „verbandsinterne“ Synergieeffekte zu erzielen.⁶

Im Hinblick auf die zu dieser Rechtsfrage fehlende Rechtsprechung ist ein „inhouse-inverser“ Auftrag rechtlich zwar als risikobehaftet, aber dennoch als gut vertretbar einzustufen.

Diese Einschätzung wird in einem Gutachten der Kanzlei Redeker, Sellner, Dahs, beauftragt durch das BMI, bestätigt.

3.2 Kooperationen

Rechtlich ist bei Kooperationen insbesondere folgendes zu beachten:

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 28.05.2020, Rs. C-796/18, muss der Kooperationsvertrag so gestaltet werden, dass sowohl die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB als auch das ungeschriebene Besserstellungsverbot erfüllt bzw. beachtet werden.

Der EuGH⁷ stellt klar, dass der Begriff Zusammenarbeit im Mittelpunkt einer vergabefreien horizontalen Kooperation steht. Aus dem 33. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU ist zu folgern, dass es sich um eine **echte Zusammenarbeit** handeln muss, die auf einem kooperativen Konzept beruht. Das Zusammenwirken aller Kooperationspartner ist daher unerlässlich, um die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zu gewährleisten. Diese Voraussetzung ist deshalb dann nicht erfüllt, wenn sich der Beitrag eines Kooperationspartners allein auf eine Kostenerstattung beschränkt. Würde nämlich eine solche Kostenerstattung genügen,

⁶ In diesem Sinne auch VK Rheinland, Beschluss vom 20.02.2019, VK K 52/18-L, veröffentlicht in: BeckRS 2019, 6725, Rn. 81ff; MüKoVergabeR I/Säcker/Wolf, 2. Aufl. 2018, GWB § 108 Rn. 63; Ziekow/Völlink/Ziekow, a.a.O. Rn. 71.

⁷ EuGH Urteil vom 04.06.2020 – C-429/19 – Remondis.

könnte nicht mehr zwischen einem (entgeltlichen) öffentlichen Auftrag einerseits und einer vergabefreien Zusammenarbeit andererseits unterschieden werden. Für dieses Verständnis streitet auch, dass nach dem 31. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU allein der Umstand kooperierender öffentlicher Stellen nicht ausreicht, das Vergaberecht auszuschließen.

Eine echte, kooperative Zusammenarbeit setzt somit voraus, dass die öffentlichen Stellen gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren. Eine Zusammenarbeit beruht mithin auf einer gemeinsamen Strategie der Kooperationspartner und bedingt, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.

Zwei Gesichtspunkte sind daher besonders festzuhalten:

- Eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern verlangt mehr als nur den finanziellen Transfer eines Kooperationspartners.
- Eine Zusammenarbeit verlangt eine leistungsorientierte Kooperation quasi auf Augenhöhe. Dafür ist es nicht nötig, dass alle Kooperationspartner gleichwertige Sachbeiträge übernehmen bzw. erbringen, denn die zu erbringenden Dienstleistungen dürfen sich auch ergänzen. In der Kooperation muss sich aber der Wille und die Initiative manifestieren, dass die Vertragspartner ihren Leistungsbedarf gemeinsam bündeln und auch gemeinsam auf Leistungsebene erfüllen. Die Zusammenarbeit kann alle Arten von Tätigkeiten umfassen, sofern die Tätigkeit zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beiträgt.⁸

Für die Umsetzung der in Variante 3 vorgeschlagenen interöffentliche Kooperation kann auf die Idee der sog. „NRW-Kooperation“ zurückgegriffen werden:

Zur Einbindung der Kommunen sieht der Vorschlag (Gutachten der Kanzlei Kopp-Assenmacher-Nusser vom 04.02.2021, von der d-NRW AöR in Auftrag gegeben) vor, dass Länder (und auch der Bund) zusammen mit einem sogenannten „Kommunalvertreter“, der zu den Kommunen eines Landes in einem Inhouse-Verhältnis steht und diese so bündelt, eine übergreifende, interöffentliche Kooperationsvereinbarung zur Bewältigung der allen

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 28.05.2020 C-796/18 Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, Rn. 59 f.

obliegenden Aufgabe, nämlich die Verpflichtungen aus dem auf Grundlage des Art. 91c Abs. 5 GG erlassenen Onlinezugangsgesetzes (OZG) zu erfüllen. Unter diesem Dach können dann im Hinblick auf konkrete Online-Dienste (oder auch Fachverfahren) über sogenannte Einzelvereinbarungen die Nach-/Mitnutzungen vereinbart werden.

Die Einzelvereinbarung ist dabei kein bilateraler Vertrag in dem Sinne, dass lediglich zwei Parteien an ihr beteiligt wäre. Sie ist vielmehr eine Vereinbarung, die die Nachnutzung eines konkreten Online-Dienstes (oder Fachverfahrens) zum Gegenstand hat und die von allen Kooperationspartnern abgeschlossen wird, die an einer Nachnutzung interessiert sind, wobei der den konkreten Online-Dienst bereitstellende Kooperationspartner als Leistungsgeber auf der einen Seite steht und die übrigen interessierten Kooperationspartner als Leistungsnehmer auf der anderen Seite stehen.

Anders ausgedrückt wird für einen bereitgestellten Online-Dienst nur eine Einzelvereinbarung abgeschlossen und nicht etwa eine Vielzahl von bilateralen Verträgen zwischen Leistungsgeber und jedem einzelnen Leistungsnehmer.

Übertragen auf die hier mit dem FIT-Store als Ausgangspunkt vorgestellte Variante 3 bedeutet dies:

Eine inter-öffentliche (Dach-)Kooperationsvereinbarung wird geschlossen zwischen dem Land, einer zu den Kommunen in einem Inhouse-Verhältnis stehenden jur. Person (die nach § 108 Abs. 6 GWB öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB sein muss) und ggf. weitere Beteiligte, etwa eine größere Kommune, die eigenständig Leistungen entwickelt und diese als Sach-/Zusammenarbeitsleistung in die Kooperation einbringen möchte. Über Einzelvereinbarungen zum Dachabkommen überlässt das Land die im FIT-Store eingekauften Leistungen im Rahmen der Kooperation den Kooperationspartnern. Die zu den Kommunen inhousefähige jur. Person bietet die Leistungen den Kommunen an.

Zur rechtlichen Zulässigkeit kann auf das der NRW-Kooperation zugrunde liegende Rechtsgutachten verwiesen werden.

Auch bei dieser Konstellation ist der umgekehrte Weg von den Kommunen in den FIT-Store möglich, wobei die Weitergabe einer entwickelten Leistung von einer Kommune, die nicht selbst Kooperationspartner ist, an die inhousefähige jur. Person dann ein inverses vertikales Inhousegeschäft wäre.

3.3 Verkettung von vergabefreien Auftragsverhältnissen – Zulässig?

Weder das Redeker-Gutachten noch das anwaltliche Gutachten von Kopp- Assenmacher & Nusser äußern sich zur Zulässigkeit der Verkettung von mehreren selbstständigen Vertragsverhältnissen – also mehreren Inhouse-Verhältnissen oder unterschiedlichen vergabefreien Auftragsverhältnissen (Inhouse – Kooperation – Inhouse).

Die Kombination von mehreren vergaberechtsfreien Rechtsinstituten wird in der Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 2020 als grundsätzlich zulässig angesehen.⁹

In dem vom **EuGH** entschiedenen Fall ging es um einen **Kooperationsvertrag**, bei dem mehrere finnische Städte der Stadt Pori bestimmte Aufgaben im Verkehrs- und Sozial-/Gesundheitsbereich übertrugen. Enthalten war die Aufgabe, für die anderen beteiligten Gemeinden Dienstleistungen zu organisieren.

Dieser Vertrag sieht vor, dass die Dienstleistungen der Sozial- und Gesundheitsfürsorge ein kohärentes Gesamtkonzept bilden, das von der verantwortlichen Gemeinde und den Vertragsgemeinden gemeinsam entwickelt wird. Die verantwortliche Gemeinde bewertet und definiert den Bedarf der Einwohner an Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen, entscheidet über den Umfang und das Qualitätsniveau dieser den Einwohnern zur Verfügung gestellten Dienstleistungen, sorgt dafür, dass die Einwohner die erforderlichen Dienstleistungen in Anspruch nehmen können, und entscheidet auch über die Art und Weise, in der diese Dienstleistungen erbracht werden. Sie ist außerdem verantwortlich für die Verfügbarkeit, Zugänglichkeit und die Qualität der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sowie für deren Kontrolle und Nachverfolgung.

⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.06.2020, Rs. C-328/19 – Porin kaupunki [für die Kombination einer vergaberechtsfreien Aufgabenübertragung mit einer Inhouse-Vergabe]; sowie dazu Lenz/Jürschik, EuZW 2020, 1030, 1032; Rung, VPR 2020, 161.

Die Stadt Pori vergab einen Auftrag über die Beförderung von Personen mit Behinderungen direkt ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens an Porin Linjat, eine mit ihr verbundene und von ihr kontrollierte Einrichtung (Inhouse).

Der EuGH legte Art. 1 Abs. 2 Buchst. a. der Richtlinie 2004/18 dahingehend aus, dass die verantwortliche Gemeinde bei Vergaben, die auf der oben erwähnten Aufgabenübertragung folgen, als öffentlicher Auftraggeber angesehen werden könne, und befugt sei, eine **In-House-Einrichtung** ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Dienstleistungen zu beauftragen, die nicht nur ihren Bedarf, sondern auch den der anderen Gemeinden, die Parteien des Kooperationsvertrages sind, decken. Dies gelte selbst dann, wenn diese Gemeinden ohne diese Kompetenzübertragung für ihren eigenen Bedarf selbst hätten sorgen müssen.

Diese Entscheidung kann zumindest als Anhaltspunkt dafür herangezogen werden, dass einer Verkettung mehrerer vergabefreier Aufträge – auch mit unterschiedlicher rechtlicher Ausgestaltung (hier Kooperation und Inhouse) keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen.

3.4 Verlängerung der Ketten durch Zwischenschaltung weiterer Strukturen

Denkbar wäre auch, dass zwischen der jur. Person und den Kommunen weitere Stakeholder eingeschaltet sind. Ein Beispiel wären hier etwa kommunale Verbände, welche statt der Kommunen selbst im Inhouse-Verhältnis zu der jur. Person stehen.

Zu betrachten ist hierbei das jeweilige Auftragsverhältnis. Dieses muss vergaberechtskonform ausgestaltet sein. Es muss also tatsächlich ein Inhouse-Verhältnis bestehen. Dafür kommt es u.a. maßgeblich auf das Beherrschungskriterium an, hierbei ist die Ausgestaltung der Entscheidungsfindung und der Weisungsgebundenheit der Organe der beherrschten jur. Person maßgeblich.

Zur Frage, ob die Anzahl von hintereinander geschalteten Ketten – ab einer bestimmten Größe – Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der gesamten Vertragsstrecke hat, gibt es bislang keine Rechtsprechung. Die Tatsache, dass in den Gerichtsverfahren (wie auch in der oben vorgestellten EuGH-Entscheidung) bislang nur die einzelnen Strecken, d.h. die einzelnen Aufträge betrachtet wurden, spricht dafür, dass die Anzahl der Strecken, die hintereinander geschaltet werden, unerheblich ist. Bei der Strecke A-B-C-D-E-F-G

gibt es keine Auftragsverhältnis zwischen A und G, welches dem Erfordernis eines Auftragsverhältnisses i.S. des GWB entspricht und deren Rechtmäßigkeit nach GWB untersucht werden könnte.

In Bezug auf die Problematik des Kontrollerfordernisses bei Inhouse-Vergaben kann hier noch auf die pragmatische Auffassung der Vergabekammer Schleswig-Holsteins¹⁰ verwiesen werden. Zur Frage, ob es eine Grenze für die Anzahl der Träger einer jur. Person gibt, ab der man im Hinblick auf das Kontrollerfordernis davon ausgehen muss, dass der Anteil eines einzelnen Trägers zu „marginal“ ist, erläutert die Vergabekammer, dass der EuGH zwar in einzelnen Urteilen die Gefahr der Marginalisierung, (...) thematisiert habe. Dennoch lege weder § 108 GWB noch Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU eine feste Mindestquote fest. Und auch die Rechtsprechung des EuGHs setze eine solche nicht als zwingend voraus. Die Vergabekammer sah sich daher auch daran gehindert, selbst eine feste Quote festzulegen. Solange die in den Vorschriften definierten Vorgaben erfüllt seien, müsse von einer entsprechenden Kontrolle ausgegangen werden.

3.5 Problem bei Schaffung neuer juristischer Personen

Anders als bei der Nutzung bestehender Strukturen könnten rechtliche Risiken insofern bestehen, dass die zielgerichtete Schaffung von Strukturen zur Nutzung vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände (etwa durch die zielgerichtete Schaffung einer juristischen Person) als Umgehung des Vergaberechts gewertet werden könnte. Dies ist bei einer zwingend erforderlichen einzelfallbezogenen Prüfung zu berücksichtigen.

Denkbar ist beispielsweise eine Konstruktion, die die Voraussetzungen einer „Zentralen Beschaffungsstelle“ nach § 120 Abs. 4 GWB erfüllt. Ob die Voraussetzungen erfüllt werden, ist allein objektiv-rechtlich zu bestimmen, dabei muss ein Vertragspartner der zentralen Beschaffungsstelle nicht selbst Träger der Beschaffungsstelle sein und die zentrale Beschaffungsstelle muss auch nicht nur für ein und denselben Auftraggeber tätig werden. Auch eine regionale Einschränkung des Tätigkeitsgebietes ist nicht

¹⁰ Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.09.2020, Az. VK-SH 13-20

erforderlich. Entscheidend ist vielmehr, dass eine zeitlich kontinuierliche Beschaffungstätigkeit für öffentliche Auftraggeber gegeben ist. Die zentrale Beschaffungsstelle kann ein Produkt/eine Leistung entweder selbst entwickeln oder zuvor selbst beschaffen. Beim Erwerb durch die zentrale IT-Beschaffungsstelle sind die vergaberechtlichen Regelungen zu beachten, dabei ist zum Erwerb auch ein Inhouse-Geschäft oder eine Kooperation zulässig.¹¹ Die zentrale Beschaffungsstelle muss selbst öffentlicher Auftraggeber sein und auf Dauer zentrale Beschaffungstätigkeiten einschließlich damit zusammenhängender Beratungs- oder Unterstützungsleistungen für andere öffentliche Auftraggeber erbringen.

4 Muster/ Vereinbarungen

Für die bei den vorgestellten Varianten erforderlichen Vereinbarungen kann auf bereits vorhandene Muster zurückgegriffen werden:

- Die SaaS-Musterverträge (Einstellung- und Nachnutzungsverträge nebst AGB) regeln rechtlich das Inhouse-Verhältnis FITKO und Bund/Land hinsichtlich des Einkaufs und Verkaufs von Leistungen.
- Bezüglich der weiteren Rechtsverhältnisse vom Land bis in die Kommunen kann und sollte auf FITKO-Vertragsdokumente aufgesetzt werden. Für die Kooperation kann sowohl auf die „Blaupause“ für eine (Kooperations-)Verwaltungsvereinbarung als auch auf die Entwürfe für die NRW-Kooperation (Dachvereinbarung und Einzelvereinbarung) zurückgegriffen werden. Die dort zu treffenden Regelungen müssen inhaltlich mit den FIT-Store Einstellung- und Nachnutzungsverträgen abgestimmt werden.

5 Verknüpfung zum NRW-Modell (Kooperation)

Ob alle Länder sich dem NRW-Kooperationsmodell anschließen werden ist zur Zeit unklar. Denkbar wäre es, eine Verbindung zum FIT-Store und damit zwischen allen

¹¹ Vgl. Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.09.2020, Az. VK-SH 13-20 mit weiteren Nachweisen

Ländern (wieder-)herzustellen, indem die FITKO mit den im FIT-Store eingestellten Leistungen als Kooperationsbeitrag in die NRW-Kooperation eintritt. Die FITKO-Musterverträge wären für diesen Zweck anzupassen.

6 Verknüpfung zur „AG govdigital“ (Federführer HH)

Die Genossenschaft **govdigital** erarbeitet zur Zeit in einem Vorprojekt ein ganzheitliches EfA-Nachnutzungsmodell, in dem EfA-Leistungen über die unmittelbaren und mittelbaren Mitglieder von govdigital in die Kommunen gebracht werden können. Unter Federführung von HH wird durch eine AG derzeit in rechtlicher Hinsicht geprüft, inwieweit die Kommunen auf Basis ihrer Mitgliedschaft bei govdigital bzw. auf Basis ihrer Mitgliedschaft in bestimmten Verbänden zukünftig Leistungen/Online-Dienste inhouse beauftragen/erwerben können. Neben der Untersuchung vergaberechtlicher Fragen nimmt die AG auch die technisch-kaufmännischen und organisatorischen Aspekte einer notwendigerweise automatisierten Bereitstellung und Nachnutzung von EfA-Diensten in den Blick. Govdigital strebt im vorgestellten Nachnutzungsmodell generell die Vergrößerung des Abdeckungsgrads durch den Beitritt weiterer IT-DL und ihrer Verbände an. Über unmittelbare und mittelbare Mitglieder (Träger/Mitglieder von Mitgliedern) erreicht govdigital derzeit nach eigenen Angaben ca. 80% der Kommunen in Deutschland.

Eine Mitgliedschaft der FITKO bei govdigital sowie die daraus für den FIT-Store resultierenden Vorteile werden zur Zeit geprüft. Das FIT-Store-Modell soll mittelfristig Bestandteil eines entstehenden elektronischen Marktplatzes von govdigital werden, wodurch unter bestimmten Voraussetzungen die Verkürzung der in allen Varianten erforderlichen Vertragsketten erreicht werden kann.

Auch um das angestrebte Ziel einer 100%- Abdeckung des Nachnutzungsangebotes bis in die letzte Kommune sicher zu stellen, könnte sich eine engere Verzahnung der in diesem Bericht aufgezeigten Modellvarianten mit dem Modell govdigital als hilfreich erweisen.

7 Resümee

Der FIT-Store kann über verschiedene vergaberechtliche Möglichkeiten erweitert werden, um EfA-Verfahren auf der kommunalen Ebene zum Einsatz zu bringen.

Jedes einzelne Land muss sich letztlich für einen Weg entscheiden, wie es in anderen Ländern entwickelte und betriebene EfA-Verfahren vergaberechtskonform zu den eigenen Kommunen bringt. Aufgrund der unterschiedlichen strukturellen und organisatorischen Voraussetzungen in den Ländern ist eine individuelle Betrachtung erforderlich.

Mangels eindeutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung zu den Themen „inhouse inverse Auftragsvergabe“ und „Verkettung mehrerer vergabefreier Auftrags-Verhältnisse (Inhouse-Inhouse oder gemischt Inhouse – Kooperation – Inhouse) können letzte verbleibene vergaberechtliche Zweifel nicht vollständig ausgeschlossen werden.