



Informationsblatt zum Vergaberecht – öffentlicher Auftraggeber – persönlicher Anwendungsbereich

1 Übersicht

In diesem Informationsblatt werden die Vorgaben zum Vergaberecht (= Bundesvergabegesetz 2018) beschrieben - nämlich wer fällt darunter?

Das Vergaberecht ist sehr formal und umfangreich – es handelt sich beim Informationsblatt daher nur um einen kurzen Anriss des Themas. Es wird daher z. B. nicht auf Sektorenauftraggeber, besondere Dienstleistungen oder Konzessionen eingegangen. Für weiterführende Informationen wird auf das Bundesvergabegesetz 2018 verwiesen.

2 Was sind die Grundsätze des Vergaberechts?

Die Grundsätze des Vergaberechts sind ein **freier und lauterer Wettbewerb**, die Beachtung der **unionsrechtlichen Grundfreiheiten**, ein **Diskriminierungsverbot** sowie ein **Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot**.

3 Geben Sie bitte an, ob Sie dem Bundesvergabegesetz (BVergG 2018) unterliegen?

Das ist die erste Frage die sich eine förderwerbende Person (fwP) (früher „Förderwerber“) im Zusammenhang mit dem Vergaberecht stellen muss.

Alle Einrichtungen, die sich an das Vergaberecht halten müssen, werden als „**öffentliche Auftraggeber**“ bezeichnet. Dabei gibt es zwei Kategorien, nämlich **institutionelle** öffentliche Auftraggeber und **funktionelle** öffentliche Auftraggeber.

Institutionelle öffentliche Auftraggeber sind der Bund, die Länder, alle Gemeinden und Gemeindeverbände. Diese werden immer als öffentliche Auftraggeber eingestuft und unterliegen damit dem Vergaberecht.

Bei **funktionellen** öffentlichen Auftraggebern sieht man manchmal nicht auf den ersten Blick, ob das Vergaberecht angewendet werden muss. Es kann sich dabei um eine GmbH, einen Verein oder jede andere Einrichtung handeln, die aufgrund ihrer „Nähe“ zu einem institutionellen Auftraggeber ebenfalls als öffentlicher Auftraggeber eingestuft werden muss.

Folgende Kriterien müssen geprüft werden um zu klären, ob die fwP als funktioneller öffentlicher Auftraggeber gilt:

1. Besonderer Gründungszweck / Aufgaben im Allgemeininteresse

Der Begriff umfasst Aufgaben, welche im Sinne des Gemeinwohles vom Staat für die Allgemeinheit erbracht werden. Dabei stehen nicht Interessen von Einzelpersonen im Vordergrund, sondern jene der gesamten Bevölkerung bzw. großen Teilen davon.¹

Es reicht auch aus, wenn die Einrichtung bloß zum Teil im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt damit für die ganze Einrichtung das Kriterium erfüllt ist.²

Beispiele: Interessensvertretung, Müllbeseitigung, Dorfverschönerungen, öffentliche Ordnung, Gesundheit, Hygiene, Umweltschutz u. ä.³

2. Aufgaben nicht gewerblicher Art

Das Vergaberecht entstammt dem EU-Recht. Diese Frage darf daher nicht anhand der nationalen Gewerbeordnung beantwortet werden. Es muss geprüft werden ob die Einrichtung in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden steht und ob diese unter gleichwertigen Bedingungen arbeiten (erhält die geprüfte Einrichtung Vorteile – z. B. muss sie das wirtschaftliche Risiko einer Insolvenz eventuell nicht selbst tragen, sondern springt der Staat ein, unterliegt die Einrichtung einer staatlichen Kontrolle oder gibt es die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien? Unterliegen die anderen Wirtschaftstreibenden Schranken (z. B. Abgaben) die für das geprüfte Unternehmen nicht gelten?)

Weitere Indizien für eine Aufgabe nicht gewerblicher Art ist das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht (z. B. laut Statuten oder Gesellschaftsvertrag), das Fehlen von

¹ Vgl. auch EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 22.

² Vgl. etwa EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann/Strohal); VwGH 23.11.2016, Ra 2016/04/0021 = RPA 2017, 87.

³ EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann/Strohal); EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse) = RPA 2003, 300. EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (Arnheim/BFI Holding); EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00 (Truley/Bestattung Wien) = RPA 2003, 65 (mit Anm. Heid); EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 22. EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen).

Wettbewerb am relevanten Markt (z. B. keine Mitbewerber, ein gesetzlicher Vorteil für das geprüfte Unternehmen).

3. Teilrechtsfähigkeit

Die Einrichtung muss zumindest teilrechtsfähig sein. Gemeint ist, dass die Einrichtung selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

Dies ist jedenfalls bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten, Fonds) sowie des Privatrechts (z. B. Kapitalgesellschaften, Vereine, Privatstiftungen, Genossenschaften, Europäische Gesellschaften [SE], Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen [EWIV]) der Fall. Dasselbe gilt auch für privatrechtliche Gesellschaften im Gründungsstadium (wie Vor-GmbH, Vor-AG), rechtsfähige Personengesellschaften (Offene Gesellschaft, Kommanditgesellschaft) sowie für öffentlich-rechtliche Einrichtungen, die mangels Vollrechtsfähigkeit nicht als juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten.

Die Punkte 1. – 3. müssen **alle** mit „JA“ beantwortet werden. Wird eine der Fragen mit NEIN beantwortet, ist die Prüfung zu Ende und die fwP ist **kein** öffentlicher Auftraggeber.

Wenn die Punkte 1. – 3. alle mit JA beantwortet wurden, muss weiter geprüft werden. Die fwP ist öffentlicher Auftraggeber, wenn auch nur **eines** der folgenden Kriterien mit JA beantwortet wird:

4. (Staatliche Beherrschung) Liegt eine überwiegende Finanzierung durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber vor?

Überwiegend bedeutet mehr als die Hälfte (> 50%). Das kann sich von Jahr zu Jahr ändern. Entscheidend ist das Jahr in dem das Vergabeverfahren eingeleitet wird.

Unter Finanzierung werden alle direkten oder indirekten Zuwendungen von Geldmitteln, Sachwerten oder Personalbereitstellungen verstanden, die **ohne** angemessene Gegenleistung überlassen werden.

Eine Förderung aus dem Europäischen Fonds für ländliche Entwicklung (ELER) wird als Finanzierung mit Gegenleistung verstanden, da detaillierte und strenge Auflagen eingehalten werden müssen. Zuwendungen in diesem Zusammenhang fallen daher nicht unter dieses Kriterium.

5. (Staatliche Beherrschung) Unterliegt die Leitung der Einrichtung der Aufsicht eines öffentlichen Auftraggebers?

In anderen Worten wird bei diesem Kriterium gefragt, ob ein anderer öffentlicher Auftraggeber direkt oder indirekt die Geschäftsleitung (z. B. Geschäftsführung, Vorstand u. ä.) der fwP beeinflussen kann. Eine Beeinflussung kann bestehen, z. B. durch direktes Mitspracherecht bei einzelnen Entscheidungen der Leitung, einzelne oder mehrere Mitglieder der Leitung werden durch einen öffentlichen Auftraggeber ernannt oder können durch diesen abgesetzt werden oder wenn der öffentliche Auftraggeber eine begleitende Aufsicht über die die Geschäfte der Einrichtung ausüben kann (das Recht muss nicht tatsächlich ausgeübt werden, sondern nur vorgesehen sein).

Ein bloß nachträgliches Kontrollrecht eines öffentlichen Auftraggebers (wie es z. B. der Rechnungshof ausüben kann) erfüllt das Kriterium nicht.

6. (Staatliche Beherrschung) Wird eine Mehrzahl von Mitgliedern des Verwaltungs- Leitungs- oder Aufsichtsorgans durch einen öffentlichen Auftraggeber ernannt?

Gemeint ist, ob mehr als die Hälfte der Mitglieder entweder des Verwaltungsorgans, des Leitungsorgans oder des Aufsichtsorgans durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber bestellt werden. Das Kriterium ist auch zu bejahen, wenn diese Bestellung mittelbar erfolgt.

Beispiele für typische öffentliche Auftraggeber:

- Ein von einer Gemeinde finanzierter **Museumsverein**.
- Ein **Naturverein**, dessen Mitglieder Gemeinderäte, Bürgermeister oder Gemeinderäte sind (wenn die Bürgermeister oder Gemeinderäte allerdings nicht wegen ihrer Funktion in der Gemeinde, sondern privat in ihrer Freizeit Mitglieder sind, ist das Kriterium nicht erfüllt).
- Eine **Landwirtschaftskammer**, die laut Landesgesetz ihren Budgetvoranschlag und/oder ihren Rechnungsabschluss von der Landesregierung genehmigen lassen muss.
- Eine **Arbeitsgemeinschaft (AG)** zwischen zwei Gemeinden zur Müllbeseitigung.
- Eine **Zusammenarbeit** zwischen einer Gemeinde und einem Unternehmen für die Durchführung einer Veranstaltung.
- Eine **GmbH**, die entweder von Bund, Land, Gemeinde oder einem Gemeindeverband zu mehr als 50 % finanziert wird.
- Eine **Offene Gesellschaft (OG)**, deren Geschäftsführer von einer Gemeinde ernannt wird.

Beispiele für typische „nicht-öffentliche“ Auftraggeber, die nicht dem Vergaberecht unterliegen:

- Antragstellende **natürliche Personen** (z. B. Einzelunternehmer) können nie öffentliche Auftraggeber sein (außer es handelt sich um eine Umgehungs konstruktion).
- Ein Verein, der Zuschüsse aus öffentlicher Hand bekommt, diese aber weniger als die Mitgliedsbeiträge ausmachen und der auch sonst keine andere Verbindung zu einem öffentlichen Auftraggeber aufweist.
- Ein Unternehmen, welches den Namen einer Marktgemeinde in ihrer Firma führt, dessen Gesellschafter die örtlichen Wirte sind (Bsp. „Marktgemeinde NN Campingbetriebsges.m.b.H.“).

Impressum

Informationen gemäß § 5 E-Commerce Gesetz und Offenlegung gemäß § 25 Mediengesetz

Medieninhaber, Herausgeber, Vertrieb und Redaktion:

Agrarmarkt Austria

Dresdner Straße 70

1200 Wien

UID-Nr.: ATU16305503

Telefon: +43 50 3151 - 0

Fax: +43 50 3151 - 99

E-Mail: office@ama.gv.at, dfp@ama.gv.at

Vertretungsbefugt:

Mag.^a Lena Karasz, Vorstandsmitglied für den Geschäftsbereich I, und Dipl.-Ing. Günter Griesmayr, Vorstandsvorsitzender und Vorstandsmitglied für den Geschäftsbereich II.

Die Agrarmarkt Austria ist eine gemäß § 2 AMA-Gesetz 1992, BGBl. Nr. 376/1992, eingerichtete juristische Person öffentlichen Rechts, deren Aufgaben in § 3 leg. cit. festgelegt sind. Sie unterliegt gemäß § 25 leg. cit. der Aufsicht des gemäß Bundesministeriengesetz 1986, BGBl. Nr. 76/1986, für Landwirtschaft zuständigen Mitglieds der Bundesregierung.

Verlagsrechte:

Die hier veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte sind vorbehalten. Nachdruck und Auswertung der von Agrarmarkt Austria erhobenen Daten sind mit Quellenangabe gestattet.

Haftung:

Alle Angaben in dieser Publikation erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr und ist eine Haftung der Agrarmarkt Austria und der Autorinnen bzw. Autoren ausgeschlossen. Zur leichteren Lesbarkeit und Verständlichkeit wurden die Rechtausführungen und Beispiele verkürzt dargestellt und können der Rechtsprechung der unabhängigen Gerichte keinesfalls vorgeifen.