



# Informationsblatt zum Vergaberecht – öffentlicher Auftraggeber

## 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 Sektorauftraggeber, 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 antragstellende Einrichtung (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 antragstellende Einrichtung 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.<sup>1</sup>

Es reicht auch aus, wenn die Einrichtung bloß zum Teil im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt damit für die ganze Einrichtung das Kriterium erfüllt ist.<sup>2</sup> Beispiele: Interessensvertretung, Müllbeseitigung, Dorfverschönerungen, öffentliche Ordnung, Gesundheit, Hygiene, Umweltschutz u.ä.<sup>3</sup>

### **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?)

---

<sup>1</sup> Vgl auch EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 22.

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

<sup>3</sup> 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).

Weitere Indizien für eine Aufgabe nicht gewerblicher Art ist das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht (z.B. laut Statuten oder Gesellschaftsvertrag), das Fehlen von 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 (OG, KG) sowie für öffentlich-rechtliche Einrichtungen, die mangels Vollrechtsfähigkeit nicht als juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten.<sup>4</sup>

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

Wenn die Punkte 1. – 3. alle mit **JA** beantwortet wurden, muss weiter geprüft werden. Die antragstellende Einrichtung 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 bedeute 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.**

---

<sup>4</sup> Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 4 (2015) Rz 303; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmhann (Hrsg), BVergG-Kommentar 2 (2012) § 3 Rz 31.

**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. Geschäftsführer, Vorstand u.ä.) der antragstellenden Einrichtung 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 Statuten ihren Budgetvoranschlag von der Landesregierung freigeben 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 oder einer Gemeinde zumindest zu 50 % finanziert wird.
- Eine **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 Umgehungskonstruktion).
- 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.
- Eine Landwirtschaftskammer, die unabhängig von der Landesregierung agiert und deren Budget nachträglich vom Rechnungshof kontrolliert werden kann.

#### **Impressum**

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

Medieninhaber, Herausgeber, Vertrieb: Agrarmarkt Austria

Redaktion: Agrarmarkt Austria Dresdner Straße 70, 1200 Wien

UID-Nr.: ATU16305503

Telefon: +43 50 3151 99

E-Mail: [office@ama.gv.at](mailto:office@ama.gv.at), [dfp@ama.gv.at](mailto:dfp@ama.gv.at)

Vertretungsbefugt: Mag.a Lena Karasz,

Vorstandsmitglied für den Geschäftsbereich I 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.

Hersteller: Agrarmarkt Austria

Verlagsrechte: Die hier veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte sind vorbehalten. Nachdruck und Auswertung der von der AGRARMARKT AUSTRIA erhobenen Daten sind mit Quellenangabe gestattet. Alle Angaben ohne Gewähr.