

# **Arbeitshilfe**

## **Wer muss Vergaberecht anwenden?**

### **Öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts**

Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ des § 99 GWB kommt nur ab den EU-Schwellenwerten zur Anwendung. In der für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geltenden UVgO wird der Begriff „Auftraggeber“ verwendet, aber nicht näher definiert. Hierdurch wird klargestellt, dass der Auftraggeberbegriff für Vergaben im Oberschwellen- und im Unterschwellenbereich unterschiedlich sein kann. Grund hierfür sind divergierende Traditionen in den Ländern zu der Frage, welche staatlichen und halbstaatlichen Institutionen das Unterschwellenvergaberecht anzuwenden haben.

Es kann also Auftraggeber geben, die bei Vergaben im Oberschwellenbereich Vergaberecht anzuwenden haben, im Unterschwellenbereich aber nicht. Immer wieder kommt es auch vor, dass juristische Personen des privaten Rechts, je nach Beschaffungsgegenstand öffentliche Auftraggeber sind, zum Beispiel in Fällen des § 99 Nummer 4 GWB, oder eben nicht.

### **Ab den EU-Schwellenwerten - öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB**

Der in § 99 GWB enthaltene Begriff des öffentlichen Auftraggebers legt den persönlichen Anwendungsbereich der öffentlichen Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber fest, wobei er in vier Kategorien abschließend den Begriff des öffentlichen Auftraggebers definiert.

### **§ 99 Nummer 1 GWB - „klassische“ öffentliche Auftraggeber**

Hierunter fallen Gebietskörperschaften, die auf einem räumlich abgegrenzten Teil des Staatsgebietes über eine Gebietshoheit verfügen, also Bund, Länder, Landkreise und Gemeinden.

Sondervermögen sind öffentlich-rechtliche Verselbständigungsformen des Staates, meist in Form von nicht rechtsfähigen Anstalten, die im Verhältnis zum Anstaltsträger haushaltsrechtliche Sondereinheiten darstellen und zu diesem Zweck über einen eigenen Wirtschaftsplan verfügen, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, also zum Beispiel Eigenbetriebe der Gebietskörperschaften und nichtrechtsfähige Stiftungen des Landes.

## § 99 Nummer 2 GWB - funktionelle Auftraggeber

Nach § 99 Nummer 2 GWB unterfallen dem Vergaberecht auch solche Einrichtungen, die eine besondere Staatsnähe aufweisen. Ob das der Fall ist, ist nicht immer eindeutig feststellbar und führt deshalb auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Es müssen folgende Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein:

### 1. „Juristische Person des öffentlichen oder des privaten Rechts“

Juristische Person des öffentlichen Rechts sind Anstalten des öffentlichen Rechts, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Zu den juristischen Personen des privaten Rechts gehören der eingetragene Verein (e.V.), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die eingetragene Genossenschaft (eG) und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG).

Personengesellschaften sind nach deutschem Gesellschaftsrecht keine juristischen Personen. Der Begriff der juristischen Person ist aber richtlinienkonform auszulegen, so dass alle Gesellschaftsformen, die in der Lage sind Rechte und Pflichten zu begründen unter § 99 Nummer 2 GWB fallen (zum Beispiel OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft).

Die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform führt damit nicht zum Ausschluss aus dem EU-Vergaberecht.

### 2. Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art, § 99 Nummer 2 GWB

Im Allgemeininteresse liegen Aufgaben, die den Belangen der Gemeinschaft dienen, nicht Einzelinteressen (der Begriff ist weit auszulegen, als Interpretationshilfe können Gesetz oder Gründungsdokumente dienen). Diese Aufgaben sind dann nichtgewerblicher Art, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht besteht, kein entwickelter Wettbewerb besteht (ausschließliche Zuständigkeit für

die Aufgabenerfüllung, erhebliche finanzielle Unterstützung) und kein Insolvenzrisiko besteht. Maßgebend ist die Gesamtwürdigung aller Umstände. Nicht entscheidend ist der Gewerbebegriff des Verwaltungsrechts, ebenso wenig entscheidet die steuerrechtliche Einordnung (zum Beispiel als gemeinnützig).

3. Besonderes öffentliches Beherrschungsverhältnis (Staatsgebundenheit beziehungsweise Staatsnähe), § 99 Nummer 2a bis c GWB

Eine besondere Staatsgebundenheit liegt vor, wenn eine Verbindung der jeweiligen Einrichtung mit der öffentlichen Hand gegeben ist, die es dieser ermöglicht, die Entscheidung der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen. Bei den nachfolgenden Merkmalen handelt es sich um alternative Tatbestandsmerkmale.

Eine überwiegende Finanzierung (§ 99 Nummer 2a GWB) liegt vor bei einer öffentlichen Finanzierung zu mehr als 50 Prozent ohne spezifische Gegenleistung auf der Basis des jeweiligen Haushaltsjahres. Der Begriff der Finanzierung umfasst neben einer Kapitalbeteiligung alle Zuwendungen finanzieller Art und zwar unabhängig davon, ob es sich um Zuführungen von Eigen- oder Fremdkapital handelt (zum Beispiel Bürgschaften, Darlehen, Garantien, verlorene Zuschüsse). Hierzu zählt auch die unentgeltliche Überlassung von Sachmitteln.

Eine Fachaufsicht erfüllt die Vorgabe „über ihre Leitung die Aufsicht ausübt“ (§ 99 Nummer 2b GWB) jedenfalls, die bloße Rechtsaufsicht reicht nicht aus.

Aus der Formulierung „bestimmt worden sind“ (§ 99 Nummer 2c GWB) ergibt sich, dass von dem Bestimmungsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht werden muss. Die bloße Möglichkeit eines Bestellungsrechts reicht nicht aus.

Der funktionelle Auftraggeberbegriff und damit die Einordnung als öffentlicher Auftraggeber kann im Einzelfall eine sorgfältige Prüfung erfordern. Je nach konkreter (gesetzlicher) Ausgestaltung können darunter zum Beispiel öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Messgesellschaften (wird eher verneint), Wohnungsbaugesellschaften, Sparkassen und Landesbanken (wird eher verneint), Landesentwicklungsgesellschaften, Kammern (Rechtsanwalts-, Notar- oder Architektenkammer je nach Art der Finanzierung) oder Landesversicherungsanstalten fallen.

### § 99 Nummer 3 GWB - Verbände

Verbände, deren Mitglieder unter § 99 Nummer 1 und/oder Nummer 2 GWB fallen, sind öffentliche Auftraggeber, da sie Aufgaben erfüllen, die ihre Mitglieder als öffentliche Auftragnehmer wahrzunehmen haben. Ob die Verbände öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind, ist unerheblich.

§ 99 Nummer 3 GWB kommt eine Auffangfunktion zu, für Verbände die nicht bereits unter § 99 Nummer 1 oder 2 GWB fallen. Auf die Rechtsform des Verbands kommt es nicht an, ebenso ist unerheblich, ob der Verband durch Gesetz oder mittels Vertrag gegründet wurde. Entscheidend ist, dass der Verband rechtswirksam öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 Absatz 1 GWB vergeben kann. § 99 Nummer 3 GWB erfasst also alle (teil-)rechtsfähigen Zusammenschlüsse mit gemeinsamer Zwecksetzung, deren Mitglieder aus öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 und/oder Nummer 2 GWB bestehen. Besteht der Verband neben den Mitgliedern nach § 99 Nummer 1 und/oder Nummer 2 GWB auch aus privaten Mitgliedern, so führt dies nicht automatisch zum Erlöschen der Verbandsqualität.

Unter § 99 Nummer 3 GWB fallen zum Beispiel kommunale Zweckverbände, Landschaftsverbände, Regierungsbezirke, Abfallwirtschaftsverbände, Verkehrszweckverbände und Wasser- und Abwasserverbände.

### § 99 Nummer 4 GWB – Subventionierte Auftraggeber

§ 99 Nummer 4 GWB erfasst den Fall, in dem öffentliche Auftraggeber Dritte (juristische Personen des privaten sowie des öffentlichen Rechts, natürliche Personen) subventionieren, die ihrerseits Aufträge im eigenen Namen vergeben, welche im öffentlichen Interesse liegen. Die Vergabe erfolgt also nicht unmittelbar selbst durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern durch von diesem finanzierte Dritte. Letztere werden selbst als öffentliche Auftraggeber eingestuft, wenn die für das Gesamtprojekt erforderlichen Mittel zu mehr als 50 % von Auftraggebern im Sinne der § 99 Nummer 1 bis 3 GWB stammen und es sich um geförderte Projekte im Sinne des § 99 Nummer 4 GWB handelt (Baufträge und mit ihnen in Verbindung stehende Dienstleistungsaufträge und Wettbewerbe).

## **Öffentliche Auftraggeber im Sinne des Haushaltsrechts (unterhalb der EU-Schwellenwerte)**

Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist das Vergaberecht (nur dann) anzuwenden, wenn ein Auftraggeber haushaltsrechtlich hierzu verpflichtet ist.

Öffentliche Auftraggeber im Sinne des Haushaltsrechts sind der Staat mit seinen Gebietskörperschaften, alle Behörden und Betrieben, das heißt die öffentlichen Auftraggeber im klassischen Sinn. Diese sind an das Haushaltsrecht gebunden, § 55 LHO. Über entsprechende Verweise (vergleiche VV-LHO zu § 55) sind die dort genannten Vergabevorschriften (UVgO) anzuwenden. Die VwV Beschaffung ist gemäß Nummer 1.2 zu beachten.

Für landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts ordnet § 105 Absatz 1 Nummer 2 LHO die entsprechende Anwendung von § 55 LHO an (soweit nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist). Daraus ergibt sich die Anwendung der UVgO, die VwV Beschaffung ist gemäß Nummer 1.2 zu beachten.

Landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts (Anstalten, Körperschaften, Stiftungen) sind rechtlich selbständige Teile der Landesverwaltung, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes entstanden sind und der Aufsicht (Fach- und/oder Rechtsaufsicht) einer Stelle der unmittelbaren Landesverwaltung unterstellt sind.

Nach § 112 LHO findet § 105 LHO insbesondere keine Anwendung auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung

- der unter das Sparkassengesetz für Baden-Württemberg fallenden Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts,
- der Landesbank Baden-Württemberg,
- der landesunmittelbaren Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der gesetzlichen Unfallversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung einschließlich der Altershilfe für Landwirte; dies gilt auch für die Verbände der genannten Sozialversicherungsträger und für sonstige Vereinigungen auf dem Gebiet der Sozialversicherung.