willheim | müller
rechtsanwälte

WILLHEIM MÜLLER RECHTSANWÄLTE, ROCKHGASSE 6, A 1010 WIEN
TEL: +43 (1) 535 8008, FAX: +43 (1) 535 8008 / 50, MAIL: OFFICE@WMLAW.AT, WWW.WMLAW.AT

ISSUE 19 / Juni 2009

Newsletter

Aktuell

AUSGEGLIEDERTE RECHTSTRÄGER - EINRICHTUNGEN ÖFFENTLICHEN RECHTS

In der Praxis werden insbesondere von Gemeinden vermehrt Tätigkeiten ausgegliedert und an eigene – meist privatrechtlich in Form von Kapitalgesellschaften oder Vereinen – organisierte Rechtsträger übertragen. Diese ausgegliederten Rechtsträger vergeben in der Folge Aufträge quasi für die öffentliche Hand. In den meisten Fällen werden von diesen ausgegliederten Rechtsträgern die Aufträge nicht unter Zugrundelegung des geltenden Bundesvergabegesetztes ausgeschrieben, sondern direkt oder im Rahmen von Verhandlungsverfahren oder nicht offenen Verfahren jeweils ohne vorherige Bekanntmachung vergeben.

Nicht immer ist diese Vorgehensweise vergaberechtskonform. Ausgegliederte Rechtsträger unterliegen nämlich dann dem Vergaberecht, wenn sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren sind. Eine Einrichtung öffentlichen Rechts liegt dann vor, wenn

(i) sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurde,
(ii) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen,
(iii) die nichtgewerblicher Art sind,
(iv) zumindest teilrechtsfähig ist und
(v) überwiegend von öffentlichen Auftraggeber oder anderen Einrichtungen öffentlichen Rechts finanziert oder sonst beherrscht werden.

Ob alle diese Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, erfüllt sind, muss in jedem Einzelfall anhand der von der Rechtssprechung des EuGH und der Nachprüfungsbehörden entwickelten Grundsätze geprüft werden. In der Praxis zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass ausgegliederte Rechtsträger sehr oft als Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu qualifizieren sind. Zuletzt hat das EuGH entschieden, dass die Fernwärme Wien GmbH eine Einrichtung öffentlichen Rechts und somit zur Anwendung des Bundesvergabegesetzes verpflichtet ist (EuGH 10.04.2008, C-393/06).

Katharina Müller
Willheim Müller Rechtsanwälte, www.wmlaw.at

NEWS +++ Am 15. Juni 2009 findet der 3. JOUR FIXE bei Willheim Müller RAe statt. Thema: „Flucht öffentlicher AG aus dem Vergaberecht - Wie können sich Auftragnehmer gegen vergaberechtswidrige Praktiken ausgegliederter Rechtsträger zu Wehr setzen?" +++ Bernhard Kall und Matthias Wohlgemuth, Wirtschaftskammer Wien, zeigen anhand von Praxisbeispielen (Leasing, Vereine) auf, wann ausgegliederte Rechtsträger zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind und welche Möglichkeiten es gibt, gegen vergaberechtswidriges Verhalten öffentlicher AG vor-zugehen.+++ **Anmeldung und Info über office@wmlaw.at**

Praxis

VERGABE DURCH VEREINE UND LEASINGGESELLSCHAFTEN

Öffentliche Auftraggeber („AG") gründen vermehrt Vereine, um so das Vergaberecht zu umgehen. Immer wieder fungieren allerdings Personen, die auch eine Funktion in der Gemeinde ausüben, als Organe dieser Vereine. Diese werden auch für die Dauer der Legislaturperiode des Bürgermeisters bestellt. Ein Bespiel aus der Praxis zeigt, dass z.B. der Amtsleiter einer Gemeinde gleichzeitig Obmann des Vereins, der den Auftrag vergibt, ist. Auch fungiert die Gemeinde öfters als nicht persönlich haftender Gesellschafter des Vereins. In derartigen Fällen wird allein aufgrund der Gesellschafterstruktur oft recht schnell klar, dass der Verein sowohl in finanzieller als auch in faktischer Hinsicht unter der Einflussnahme der jeweiligen Gemeinde steht. Wenn derartige Konstellationen vorliegen, spricht vieles für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts.

Schwieriger wird es in jenen Fällen, in denen öffentliche Aufträge über Leasinggesellschaften außerhalb des Vergabegesetzes abgewickelt werden. Leasinggesellschaften stehen in vielen Fällen in der Hand von Versicherungen oder Banken, so dass die Leasinggesellschaften zumeist auch nicht als Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu qualifizieren sind. Unstrittig ist, dass der zwischen dem öffentlichen AG und der Leasinggesellschaft abgeschlossene Vertrag grundsätzlich dem Vergaberecht unterliegt. Der öffentliche AG ist daher verpflichtet, den Leasingvertrag öffentlich auszuschreiben. Wenn dieser Vertrag öffentlich ausgeschrieben wurde, unterliegen nach der derzeit herrschenden Meinung allerdings die Subvergaben der Leasinggesellschaft an die jeweiligen Unternehmer nicht dem Vergaberecht.

Viel diskutiertes Thema ist in diesem Zusammenhang, ob sich der öffentliche AG dem Vergaberecht durch die Beauftragung von Leasinggesellschaften entziehen kann oder ob es sich um eine unzulässige Umgehung des Vergaberechts handelt. Vor allem der Umstand, dass es sich beim Leasinggeschäft nur um eine Art der Finanzierung handelt, spricht für eine Umgehung. Rechtsprechung zu dieser Frage gibt es derzeit noch keine.

Bernhard Kall
Willheim Müller Rechtsanwälte, www.wmlaw.at

KONTAKTIEREN SIE DDR. KATHARINA MÜLLER ODER DR. BERNHARD KALL PER EMAIL UNTER **OFFICE@WMLAW.AT**