



Vermessung und Vergaberecht unter besonderer Berücksichtigung regionaler Aspekte¹⁾

Michael E. Sallinger, Innsbruck

Kurzfassung

Der Beitrag befasst sich mit der Stellung des Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen im Umfeld des staatlichen Vergaberechts und versucht dabei, die wesentlichen Zusammenhänge zwischen den berufsrechtlichen und den vergaberechtlichen Normen ersichtlich zu machen. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Leistungsvergabe kleiner, regionaler Einheiten, wie vor allem der Gemeinden gelegt.

Schlüsselwörter: Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen, Berufsrecht, Vergaberecht, Gemeinderecht, Vergabe von Leistungen durch kommunale Rechtsträger, geistige Dienstleistungen

Abstract

Professional Services in the field of surveying and mapping belong to the broad field of national and international, i.e. European Law. This article shows the correlations between national law, national legal professional standards, public procurement law and tendering by local authorities (communities) concerning contracts for services in surveying and mapping.

Keywords: Licensed surveyor, professional legal standards, public procurement law, law of the European Union, awarding of contracts for services, local tendering

1. Einführung

Das Thema „Vergaberecht“ ist aus den täglichen Erörterungen auch der Angehörigen der technischen Berufe nicht mehr wegzudenken, nimmt doch die Beschaffung von Leistungen – wozu auch die geistig-/schöpferischen Leistungen gehören – einen besonderen Platz ein. Daher nimmt es nicht wunder, dass die Frage wie man, vor allem in einem regionalen Umfeld, Leistungen beschafft immer wieder von großem Interesse ist.

Lassen Sie mich mit zwei Beispielen beginnen:

- 1) Ein Bürgermeister sagt zu seinem Sekretär, er solle bei drei oder vier der Gemeinde bekannten Vermessern nachfragen was die Aufnahme von 40 weiteren Häusern für das Leitungsnetz der Gemeinde koste. Der Sekretär tut dies und bekommt vier Antworten. Der Gemeinderat beschließt in öffentlicher Sitzung einem in der Gemeinde bereits bekannten Ingenieurkonsulenten den Auftrag zu erteilen, auch wenn dieser um ein paar Cent teurer ist. Der übergangene „Bestbieter“ geht zu Gericht, klagt sein Erfüllungsinteresse ein und bekommt recht. Wie geht das?
- 2) Im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung nimmt auch ein Konsortium von Ingenieurkonsulenten teil. Man kalkuliert einen gerade noch

auskömmlichen Preis und wird mit 15 Prozent unterboten.

In dem Nachprüfungsverfahren bei dem jeweils zuständigen Verwaltungsgericht bekommt man weder Einsicht in das Offert des Bestbieters, noch kommt man mit dem Argument „durch“. Im Gegenteil: da im eigenen Offert ein Subunternehmensnachweis fehlt, wird man ausgeschieden. Warum? Gibt es keine materielle Gerechtigkeit? Gibt es keine auskömmlichen Preise?²⁾

Auf diese Fragen kann ich Ihnen keine letztgültigen Antworten geben, aber einige Erklärungen. Ich versuche, Ihnen diese auch unter dem Blickwinkel „Leistungen der Geodäten für Gemeinden“ zu geben. Erlauben Sie mir, dass ich Ihnen kurz skizziere, wie ich hier vorgehe:

- Zunächst versuche ich Ihnen zu schildern, wie sich das Umfeld der Beschaffung von Leistungen durch öffentliche Auftraggeber in den letzten Jahren verändert hat.
- Dann gehe ich zu einer Begriffsklärung, die für unser Thema wichtig ist, nämlich, was eine Gemeinde im Sinne der rechtlichen Bestimmungen unter besonderer Berücksichtigung des Vergaberechts ist, und weiter, was die wesent-

2) Hinweis: in jüngster Zeit hat sich die Rechtsprechung zur Frage der Beschwer des ausscheidenden Nachprüfungsanwerbers allerdings geändert; siehe dazu das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Fastweb“, Rs C-100/12, 4.6.2013; weiter BVA in BVA 19.8.2013, N-0073-BVA-06-2013-47

1) Vortrag gehalten am 17.10.2013 in Kufstein. Die Vortragsform wurde beibehalten, daher wird auch auf Anmerkungen und weitere Nachweise verzichtet.

lichen rechtlichen Grundlagen der Leistungen der Geodäten sind.

- Von diesem Aufriss aus, der auch versuchen soll, die Problemlage ein wenig zu schildern, die hier gegeben sind, gehe ich kurz auf den aktuellen Stand des so genannten Vergaberechts ein.
- Dann gehe ich auf gegebene Problemlagen ein und versuche, die Lösungen, die dafür gegeben sein können, zu skizzieren.
- Vor allem, das möchte ich voraus schicken, geht es mir dabei um eine Klärung von Begriffen und auch um eine Schärfung des Bewusstseins für das komplexe Zusammenspiel von rechtlichen Begriffen, technischen Anforderungen und faktischen Bedürfnissen.

2. Einleitung – Ein Sprung

2.1 Ein Sprung

Noch zu den Zeiten des Studiums des Vortragenden – das 1983 begonnen hatte – galt die Einsicht, dass „der Staat“ als die funktionale Zusammenfassung sämtlicher Emanationen der öffentlichen Hand, vor allem also Bund, Länder und Gemeinden und die übrigen Körperschaften des öffentlichen Rechts, auch dort, wo er im Rahmen der Privatwirtschaft tätig ist, den Grundrechten unterworfen sei, als keineswegs unbestritten; im Gegenteil: über einen langen Zeitraum haben maßgebliche Autoritäten in Wissenschaft und Praxis die heute überwundene Auffassung vertreten, wonach solche Körperschaften, würden sie als Private tätig, keinerlei Grundrechtsbindungen unterworfen seien. Für unseren Gegenstand ist diese Haltung insoweit von Interesse, als dass seitdem ein wahrer Sprung in dem Sinne eines Paradigmenwechsels stattgefunden hat: heute würde niemand mehr ernsthaft in Frage stellen, dass es bei der Beurteilung der Grundrechtsbindung des Staates und seiner Emanationen allein auf eine funktionale Betrachtung ankomme; mithin also alle Einrichtungen und Erscheinungen der öffentlichen Gewalt auf die Grundrechte verpflichtet sind, und – dies als Resultat der so genannten Doppelbindung auch an das Unionsrecht – zugleich dem primären und dem sekundären Unionsrecht unmittelbar verpflichtet sind. Dieser Paradigmenwechsel hat unter anderem dazu geführt, dass die ehemals zaghaft geführten Diskussionen rund um eine Verrechtlichung der Auftragsvergaben der öffentlichen Hand rasch unter dem Schlag- und Stichwort des Vergaberechts bekannt und zugleich berichtigt geworden sind.

Um es auf Neudeutsch zu sagen: der erste „*approach*“ in diese(r) Richtung hat sich noch vor dem Beitritt zu den drei Europäischen Gemeinschaften im Anschluss an bedeutende Untersuchungen von meisterhaften Vertretern des öffentlichen Rechts – ich denke hier an Edwin Loebenstein – ergeben. Der OGH gab seine lange geübte Zurückhaltung, seinen *judicial self restraint*, in der Hinsicht auf die vorsichtige Beurteilung einer so genannten Drittwirkung der Grundrechte auf – heraus kam die Rechtsprechung in der Sache „Lentia 2000“ und mit ihr in einer sehr eindrucksvollen Weise die Erkenntnis, dass, wer auf dem Papier vielleicht fast alles könne, es doch nicht dürfe, vor allem dann, wenn er ein Staat sei. Ich erinnere mich dieser Entwicklung in der Rechtsprechung gut: wir, damit meine ich jene, die mit dem öffentlichen Recht arbeiten, haben sie begrüßt, wie auch die Annäherung des öffentlichen an das private Recht begrüßt werden musste. Die römisch-rechtliche Dichotomie zwischen dem privaten Recht auf der einen Seite und dem öffentlichen auf der anderen, nur charakterisiert durch den *modus agendi*, also die Rechtssatzform des rechtlichen Tuns, hatte sich längst überlebt.

Diese grundsätzliche Bindung der öffentlichen Hand an die Grundrechte wird seit ca. 15 Jahren judiziert und hat wesentlichen Einfluss, auch im Bereich des Vergaberechts³⁾. Aus vielen Bei-

3) 7Ob159/97a; 10Ob212/98v; 6Ob69/99m; 10Ob201/99m; 10Ob284/01y; 7Ob259/04w; 6Ob146/08a; 9Ob38/08s; 10Ob169/10z

Selbstbindende Normen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung stellen einen Katalog von Verhaltenspflichten für die öffentliche Hand auf, von denen im Falle öffentlicher Bekanntgabe oder allgemeiner Zugänglichkeit jedermann weiß, dass die Verwaltungsorgane diese Verpflichtungen einzuhalten haben. Der Bewerber beziehungsweise Bieter darf darauf vertrauen, dass sich das Vergabeorgan an diesen Verhaltenskatalog hält und keine Ausnahmen davon macht. Eine schuldhaftige Verletzung von Selbstbindungsnormen kann einem dadurch übergangenen Bieter einen Schadenersatzanspruch auf das Vertrauensinteresse verschaffen.

1 Ob 284/01y

Die Bieter dürften auf deren Beachtung durch die Organe der öffentlichen Hand vertrauen. Die Verletzung von „Selbstbindungsnormen“ sowie die Missachtung des – auch die Privatwirtschaftsverwaltung der Rechtsträger beherrschenden – Gleichbehandlungsgebots, das aus dem Gleichheitssatz (Art 2 StGG beziehungsweise Art 7 B-VG) abzuleiten ist, kann daher in der vorvertraglichen Rechtssphäre nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo – ein Verschulden des Organs vorausgesetzt, das indes gemäß § 1298 ABGB vermutet wird, sodass der Rechtsträger insofern den Entlastungsbeweis antreten muss – dessen Verpflichtung zum Schadenersatz zur Folge haben. ↪

spielen kann gezeigt werden, dass die zentralen Rechtsnormen der Grundrechte die öffentliche Hand von Verfassungen wegen binden.

Diese so genannte Fiskalgeltung der Grundrechte ist für alle Vergabe- als Verdingungsvorgänge von zentraler Bedeutung, weil die öffentliche Hand durch sie auch dort gebunden ist, weil eine unmittelbare Bindung aus dem Gemeinschaftsrecht nicht der Fall ist.

2.2 Einbindung Österreichs in die drei Europäischen Gemeinschaften/die EU

Dann erst und in zwei Raten kam die Einordnung Österreichs in den Kontext eines Europäischen Wirtschaftsraumes und schließlich in das feste Gefüge der drei Europäischen Gemeinschaften mit ihren wesentlichen Grundgütern der vier Freiheiten und eines offenen Wirtschaftsraumes. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die primäre Motivation der Gründung dieser Gemeinschaften aus der nach dem 2. Weltkrieg erwachsenen Einsicht rührte, wonach vor allem eine starke wirtschaftliche Kohärenz und Kohäsion in Europa am wirksamsten gegen die Gefahr eines neuerlichen Krieges wirken würde; zudem hatte dieser – der so genannte

Fortsetzung von Fußnote 3: Das Vergabeverfahren kann nur dann als fair beurteilt werden, wenn die Bietinteressenten darauf vertrauen dürfen, dass die Ausschreibung nicht bloß ernst gemeint ist, sondern dass die eingelangten Angebote auch sorgfältig und unvoreingenommen geprüft und die Bieter fair, vor allem als untereinander gleich behandelt werden.

6 Ob 69/99m

Das Anbot muss grundsätzlich so abgefasst sein, dass die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Bestimmungen in derselben Fassung mit der Auspreisung durch den Bieter ohne weitere Umgestaltung für den abzuschließenden Vertrag verwendet werden können. Der Austausch der Person des Stellvertreters nach Angebotsöffnung könnte zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen.

6 Ob 146/08a

Verwertung von Liegenschaften gemäß § 24 Bundesbahng durch eine Maklerin

Punkt 7.5.1.5. der ÖNORMA 2050, der die Ausscheidung von Angeboten anordnet, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten. Die ÖNORM A 2050 wird als „selbstbindende Norm“ auch auf Vergabeverfahren außerhalb der Vergabegesetze angewendet. Die ÖNORM A 2050 konkretisiert unter anderem den dem Vergabewesen immanenten, verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitssatz, der auch die Verpflichtung enthält, den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu ermitteln. Dieser Grundsatz muss aber jedenfalls für eine Rechtsperson gelten, die ein Bestellverfahren einleitet, wenn sie – bei anderer Konstellation – einem Vergabegesetz oder der Ö-NORM A 2050 direkt unterliegen würde, etwa als Sektorenauftraggeber.

Schumann-Plan – auch den Effekt, eine Annäherung zwischen Frankreich und Deutschland, freilich nur dem Westen Deutschlands, herbei zu führen. Wie immer, die Union, die damals noch keine war, entwickelte sich rasch; aus der Wirtschaftsgemeinschaft wurde die heutige supranationale Rechtsgemeinschaft eines gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. In diesem Raum spielt es eine zentrale Rolle, ob und wie die staatlichen Akteure auf dem Feld der Wirtschaft sich verhalten, vor allem, ob sie die Umsetzung und die Vollendung des Binnenmarktes durch den endgültigen Abbau der wirtschaftlichen Hemmnisse in den Bereichen aller vier Grundfreiheiten – Kapitalverkehr, Dienstleistung, Niederlassung und Warenverkehr – in ausreichender Weise befördern. Der Vergabe der öffentlichen Aufträge kommt in diesem Kontext eine enorme Stellung zu.

2.3 Rechtliche Grundlagen⁴⁾ auf Europäischer Ebene/ der heutige Rechtsrahmen

2.3.1 Die Errichtung eines Binnenmarktes

Nach Art 114 Abs. 1 AEUV ergreifen das Europäische Parlament und der Europäische Rat „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“.

2.3.2 Die vier Freiheiten

Da dieser Binnenmarkt insbesondere auf den vier in Art 26 Abs. 2 AEUV festgeschriebenen Grundfreiheiten, also dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, beruht, ermächtigt Art 114 die Organe der EU damit dazu, über das europäische Sekundärrecht Einfluss auf diejenigen Regelungen der Mitgliedsstaaten zu nehmen, die die Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge zum Gegenstand haben. Ziel dieser Intervention ist insbesondere die Garantie eines freien und gleichberechtigten Zugangs zu öffentlichen Aufträgen für alle europäische Unternehmen sowie eine möglichst transparente Auftragsvergabe.

2.3.3 Der Abbau von Hindernissen und Hemmnissen in dem Bereich der vier Freiheiten

„Wie der Gerichtshof bereits mehrfach festgestellt hat, soll die Koordinierung der Verfahren

4) Mittlerweile sind die Folgen des Beitritts in rechtlicher Hinsicht beinahe „Gemeingut“ geworden, wie sie auch den Einträgen in die gängigen Internet-Lexika wie z.B. [http://de.wikipedia.org/wiki/Vergaberecht_\(Europ%C3%A4ische_Union\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Vergaberecht_(Europ%C3%A4ische_Union)) zu entnehmen sind.

zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und damit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten [...].“

EuGH, Urteil v. 27. Februar 2003, Adolf Truley GmbH gegen Bestattung Wien GmbH (C-373/00), Rn. 41.

2.4 Die Umsetzung in Österreich

Die nationalen Umsetzungsbestimmungen müssen sich zugleich in den Rahmen der nationalen Rechtsordnung einpassen: also

- in die bundesstaatliche Kompetenzverteilung des Bundesstaates Österreich
- in die Grundrechtsordnung
- in das gewaltenteilende System des B-VG, während das der Union überwiegend gewaltentfusionierend ist.

All dies ist mittlerweile geschehen; das System des geltenden Bundesvergaberechts⁵⁾ stellt den österreichischen Weg einer Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf der Grundlage der so genannten Doppelbindung dar. Das heutige Vergaberecht umfasst damit, gleichwohl, dass es nur zum Teil unionsrechtliches Umsetzungsrecht ist, den Bereich der regionalen Vergabe ebenso wie den der internationalen, europaweiten Vergabe.

2.5 „Regionale“ Vergaben

2.5.1 Begrifflichkeiten

Unter dem Sammel- nicht Rechtsbegriff der regionalen Vergaben werden jene zusammengefasst, die „vor Ort“ erforderlich sind, kleinere und mittlere Aufträge an kleinere und mittlere Unternehmer betreffen und in vielfältiger Hinsicht in einem

- sachlichen
- wirtschaftlichen
- persönlichen
- rechtlichen Spannungsfeld stehen.

Sachlich und wirtschaftlich ergibt sich das Spannungsfeld nicht selten aus Zweckmäßigkeitserwägungen bei der Vergabe von Aufträgen,

5) BVergG 2006 BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013, ferner die Rechtsschutzgesetze der Bundesländer

die eine Rolle spielen können, vor allem dann, wenn der potentielle Erbringer der Leistung mit dem weiteren Gegenstand, den handelnden Personen und den Inhalten der erforderlichen Leistung bereits gut bekannt ist und mit seiner weiteren Befassung ein wirtschaftlicher Vorteil oder eine Vereinfachung verbunden sein kann.

Kleine Einheiten haben es für sich, dass die maßgeblichen Akteure einander kennen und daher einander einmal besser, einmal weniger gut verbunden sind. Allen Versuchen zum Trotz lässt sich auch dieses Element der Interaktion von Menschen nicht einfach wegdenken und spielt, anders als eine bloß „wissenschaftliche“ Betrachtung zu suggerieren versteht, eine Rolle. Daraus folgt ein rechtliches Spannungsfeld insoweit, als dass die Interessen einer freien Vergabe, aber auch die Interessen einer regionalen Vergabe mit den eben entwickelten Grundlagen einer europäischen Vergabepolitik oft nicht nur konkurrieren, sondern in einem Verhältnis offenen Widerspruchs stehen können.

2.5.2 Spannungsfeld zu der europäischen Wirtschaftsförderung

Die genannte Wirtschaftsförderung als Teil der Subventionsverwaltung, im regionalen Bereich unter dem Begriff der „Förderung der KMU“ verstanden, kann manches Mal jene Tendenzen, die unmittelbar gegen die Öffnung des europäischen Wettbewerbs gerichtet sind, nur schwer verbergen. Dabei darf man aber nicht vergessen, dass KMUs nach der Definition der EU eine deutlich andere Größe haben, als die meisten Unternehmen in dem Bereich des Vermessungswesens, die viel kleiner sind und daher in zweifacher Weise nicht in den angezogenen Regelungsbereich fallen: weder erreichen sie die betriebliche Größe, noch handelt es sich bei diesen Betrieben um typische KMUs der Sache nach.⁶⁾

Dabei wäre es kurzsichtig, würde man die Verfolgung des einen gegen die Verfolgung des anderen Zieles in der Weise ausspielen, dass man das Eine als ganz richtig und das Andere als demgegenüber ganz falsch einordnen würde; der Widerstreit begründeter Interessen gehört seit jeher zu dem Spannungsfeld, in dem Recht und Rechtsanwendung sich auch dann entwickeln können müssen, wenn kein Zweifel über die Grundpfeiler der Rechtsordnung an sich, also vor allem der Grundrechtsordnung besteht.

6) Eine verbindliche Definition für kleine und mittlere Unternehmen gibt es nicht. Als Anhaltspunkt für die Zuordnung der Betriebe nach ihrer Größe dient die Empfehlungsdefinition der EU-Kommission.

Es darf in dieser Hinsicht nicht übersehen werden, dass dem Begriff der Region auch in den Politiken der EU eine Rolle zukommt:

So gehört nach Art 91 AEUV⁷⁾ der Ausschuss der Regionen zu den Einrichtungen, das heißt zu den Organen der EU. Die Betonung der Regionen durch die organschaftliche Einrichtung und Sicherstellung eines (wenn auch bescheidenen Konsultations- und Kodezisions-) Organs betont den politischen Ansatz der Union in Richtung einer bestimmten Subsidiarität, wie sie ja an sich seit jeher zu den Baugesetzen der Union zählt. Art 165 Abs. 4 AEUV betont die Maßnahmen auf dem Gebiete der regionalen Bildungsförderung. Ähnliches gibt es im Bereich der Gesundheits- und Sozialpolitik.

Akt 174 AEUV bestimmt schließlich in seinem Satz 2

Die Union setzt sich insbesondere zum Ziel, die Unterschiede im Entwicklungsstand der verschiedenen Regionen und den Rückstand der am stärksten benachteiligten Gebiete zu verringern.

Das Gemeinschaftsrecht geht hier den Weg der Förderung aus den diversen Fonds, vor allem aus dem so genannten Kohäsionsfonds (Art 177 AEUV).

Rechtstechnisch aber wird der Intervention der Vorzug eingeräumt, das heißt, die Union führt die Wirtschaftsförderung aus Eigenem und nicht in dem Rahmen einer Delegation an die Mitgliedstaaten durch; darin offenbart sich dann eben auch der Unwille regionaler Einrichtungen und ihrer Akteure, die auf solche Weise nicht selbst bestimmen können, wie regionale Wirtschaftsförderung geschehen soll.

3. Die Rechtsbegriffe

3.1 Die Gemeinde

3.1.1 Verfassungsrechtliche Einrichtung der Gemeinden

Die Gemeinden sind nach den Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes eingerichtet; es handelt sich bei ihnen um sogenannte Gebietskörperschaften;

Art 115 B-VG richtet, interessanterweise unter dem Blickwinkel der Selbstverwaltung, die Gemeinden als eine Grundlage des ganzen staatlichen Aufbaues ein:

Artikel 115. (1) Soweit in den folgenden Artikeln von Gemeinden die Rede ist, sind darunter die Ortsgemeinden zu verstehen.

(2) Soweit nicht ausdrücklich eine Zuständigkeit des Bundes festgesetzt ist, hat die Landesgesetzgebung das Gemeinderecht nach den Grundsätzen der folgenden Artikel dieses Abschnittes zu regeln. Die Zuständigkeit zur Regelung der gemäß den Art. 118, 118a und 119 von den Gemeinden zu besorgenden Angelegenheiten bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften dieses Bundesverfassungsgesetzes.

(3) Der Österreichische Gemeindebund und der Österreichische Städtebund sind berufen, die Interessen der Gemeinden zu vertreten.

Art 116 (2) B-VG räumt den Gemeinden ganz ausdrücklich das Recht ein, sich im Rahmen und in den Schranken der gesetzlichen Bestimmungen wirtschaftlich zu betätigen:

(2) Die Gemeinde ist selbständiger Wirtschaftskörper. Sie hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, wirtschaftliche Unternehmungen zu betreiben sowie im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbständig zu führen und Abgaben auszuschreiben.

Die Gemeinden sind daher auch ausdrücklich befugt in dem rechtlichen Rahmen der so genannten Privatwirtschaftsverwaltung tätig zu werden (Art 18 B-VG). Nach Art 116 a B-VG können die Gemeinden auch Gemeindeverbände einrichten, wenn dies zu der Besorgung der entsprechenden Aufgaben effektiver ist.

Damit steht fest, dass schon von Verfassungs wegen die Gemeinden als selbständige Wirtschaftssubjekte tätig werden können; bestimmte Gemeinden sind Städte, manche von ihnen solche mit eigenem Statut; das ändert aber nichts an den Grundlagen der verfassungsrechtlichen Einrichtung und Ordnung der Gemeinden in Österreich. Sie tun dies im Rahmen und aufgrund der Rechtsordnung.

3.1.2 Einfachgesetzliche Umsetzung

Die einfachgesetzliche Umsetzung des Rahmenrechts der Gemeinde geschieht im Rahmen der Gemeindeordnungen der österreichischen Bundesländer, wie z.B. der Tiroler Gemeindeordnung 2001, die auch einen rechtlichen Rahmen für die Wirtschaftsverwaltung der Gemeinden beinhaltet: so regelt etwa der vierte Abschnitt der TGO (ab §§ 68 ff) die so genannte Gemeindegewirtschaft und legt dabei die Grundlagen einer effektiven, wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung des Gemeindevermögens fest.

7) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

3.1.3 Vergaberecht

Vergaberechtlich sind die Gemeinden öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen des BVergG und der LVergG:

a.) nach dem Regelungsgegenstand⁸⁾

als Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden und Sektorenauftraggeber.

b.) nach dem persönlichen Anwendungsbereich, gleichwohl, ob sie in eigener oder in abgeleiteter Rechtsform tätig werden unterliegen dem Gesetz⁹⁾

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

3.2 Die Geodäten als „Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen“

3.2.1 Ein Blick zurück

In ein solches Spannungsfeld treten wir auch dann ein, wenn wir der Frage der Bedeutung des Vergaberechts bei der Beschaffung von geistig/schöpferischen Dienstleistungen im regionalen Raum nachgehen und dabei eine Berufsgruppe

in den Blick nehmen, die man einmal – nicht nur in der großen deutschen Literatur – als Landvermesser bezeichnet hat: es sind dies die sogenannten Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen, deren Berufsrecht unter anderem in den Bestimmungen des ZTG (Ziviltechniker-gesetz) geregelt ist. Erlauben Sie mir dazu einen kleinen Schwenk: die sogenannten freien Berufe entstammen – wie auch die Anwälte – einer Zeit des radikalen gesellschaftlichen Aufbruchs und Umbruchs und sind den Forderungen des älteren, des sogenannten bürgerlichen Liberalismus geschuldet.¹⁰⁾ In der Weise, in der die Bürger sich aus der überkommenen Ordnung emanzipierten, nahm die Bedeutung des Rechts zu; aus der absoluten wurde eine konstitutionelle Monarchie. Eine Konstitution bedeutete seit 1867 vor allem die Gewähr des status libertatis, des Einzelnen als eines Standes, in dem die so genannten negativen Grundrechte vor allem die Freiheit des Bürgers vom Staate sichern sollten. Dazu auch das Recht der freien Berufswahl und der Erwerbsfreiheit, wie diese in Art 6 StGG (Staatsgrundgesetz), verknüpft und flankiert von dem Eigentumsschutz des Art 5 StGG, verbürgt sind. In dieser Zeit entstanden die freien Berufe, die sich durch Selbstverwaltung, freies Tarifrecht, freie Ausübung des Berufes, Ernennungs- und Zugangsfreiheit auszeichneten und deren Kammern die berufliche Zusammenfassung der gebündelten Interessen dieser Gruppen betrafen. Dass man dies heute oft nur noch unter dem Gesichtspunkt einer wettbewerbsverzerrenden Behauptungstendenz und eines kartellartigen Zusammenschlusses betrachtet, ist ebenso schade wie falsch und es verstellt den Blick auf den Beitrag der freien Berufe zum mehrfachen wirtschaftlichen Aufschwung Österreichs, wozu man sich aber auch der Quellen bewusst sein muss, aus denen diese Einrichtungen ihre Existenz in einem (meta-)rechtlichen Sinne ableiten.

10) Per Staatsministerialverordnung vom 11. Dezember 1860 wurden die Rechtsregeln für die damals als Privattechniker bezeichnete Berufsgruppe geschaffen. Diese Verordnung enthielt bereits das Beurkundungsrecht der Zivilingenieure: „Die [...] Beurkundungen über die von den Zivilingenieuren, Architekten und Geometern [...] vollzogenen Akte und ihre Zeugnisse, Zeichnungen, Berechnungen und Gutachten über Tatsachen [...] werden von den Administrativbehörden in derselben Weise angesehen, als wenn dieselben von landesfürstlichen Baubeamten unter amtlicher Autorität ausgefertigt wäre.“

8) § 1 BVergG

9) § 2 BVergG

3.2.2 Die heutige Rechtslage

3.2.2.1 „Landvermessung“

3.2.2.1.1 Vermessungsgesetz

Ratione materiae wird der Begriff des „Vermessungswesens“ zunächst in der zentralen Rechtsvorschrift, dem Vermessungsgesetz 1968, BGBl. Nr. 306/1968 in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2008 geregelt. Die in dem I. Abschnitt enthaltenen „allgemeinen Bestimmungen“ verweisen auf die sogenannten „Aufgaben der Landesvermessung“, die gemäß § 1 Vermessungsgesetz sind:

1. die Grundlagenvermessung für die geodätischen Bezugssysteme und zwar
 - a) die Schaffung und Erhaltung der Festpunkte sowie die Bereitstellung von Messdaten aus dem Satellitenreferenzsystem,
 - b) die astronomisch-geodätischen Arbeiten für die Zwecke der Bezugssysteme und zur Erforschung der Erdgestalt,
 - c) die Schaffung und Erhaltung von Höhenpunkten besonderer Genauigkeit (Präzisionsnivellement) und
 - d) die Arbeiten zur Erforschung des Schwerkraftfeldes der Erde und für die geophysikalische Landesaufnahme;
2. die teilweise Neuanlegung des Grenzkatasters;
3. die allgemeine Neuanlegung des Grenzkatasters;
4. die Übernahme der Ergebnisse eines Verfahrens der Agrarbehörden in den Angelegenheiten der Bodenreform in den Grenzkataster;
5. die Führung des Grenzkatasters;
6. die Amtshandlungen im Zusammenhang mit dem Grenzkataster;
7. die topographische Landesaufnahme zum Zwecke der kartographischen Bearbeitung;
8. die Herstellung der staatlichen Landkarten;
9. die Herstellung von Messungsaufnahmen aus Zivilluftfahrzeugen im Fluge;
10. die Vermarkung und Vermessung der Staatsgrenzen.

§ 2 des genannten Gesetzes enthält einen „Vorbehalt“, in dem er auf

- die Aufgaben des Liegenschaftsteilungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 3/1930
- die Aufgaben des Ziviltechnikergesetzes, BGBl. Nr. 146/1957 sowie – schließlich – auf
- die Aufgaben des Bundesamtes für Eich- und Vermessungswesen und der einzelnen Vermessungsämter verweist.

Zugleich enthält das Gesetz andere zentrale Anknüpfungspunkte an **Rechtsbegriffe**, ohne die viele Bereiche des Wirtschafts-, insbesondere des Bau- und Raumordnungsrechtes, des Liegenschaftsverkehrs und des Grundbuchsrechtes gar nicht denkbar wären, so unter anderem:

- den Grenzkataster (§ 8 ff), sowie
- die Neuanlegung und die Umwandlung in den Grenzkataster, sowie
- die damit verbundenen Rechtswirkungen und die Amtshandlungen, die hier vorgesehen sind.

Der Abschnitt V (Sonderbestimmungen für Vermessungsbefugte) enthält in § 43 unter anderem die Zwangsbefugnisse zur Vornahme vermessungstechnischer Arbeiten

- das Betretungsrecht mit Ausnahme der auf einem Grundstück errichteten Gebäude
- das eingeschränkte Befahrungsrecht
- das Beseitigungsrecht für Bäume, Sträucher und Pflanzen
- das Anbringen von Grenzzeichen und erforderlichen Vermessungszeichen sowie
- das Schonungsprinzip (§ 43 Abs. 2) und
- eine eigene schadenersatzrechtliche Bestimmung in Abs. 3 desselben Paragraphen.

Die entsprechenden **Befugnisse** bzw. Rechtsbegriffe, die sich aus dem Gesetz ergeben, werden durch die Vermessungsordnung 2010 in der aktuellen Fassung BGBl. II Nr. 115/2010 entsprechend ergänzt. Es handelt sich dabei um das „Ausübungsrecht“ dieses Berufes. **Nach wie vor** sind Kernbereiche der Vermessungstätigkeit („Landvermessung“) den Ziviltechnikern übertragen.

3.2.2.2 Ziviltechnikergesetz

Ziviltechniker sind – nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen – grundsätzlich die Inhaber der Berufsbefugnis, von der die aktuellen Bestimmungen des Ziviltechnikerrechtes sprechen. Zu verweisen ist auf das Ziviltechnikergesetz 1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 4/2013, das in § 1 Abs. 2 Zf. 2 die „Ingenieurkonsulenten“ nennt. Ziviltechniker sind also entweder Architekten oder Ingenieurkonsulenten; der zentrale Umfang ihrer Befugnisse findet sich in § 4 ZTG.

Wenngleich ein bestimmter „Umbruch“ durch Österreichs Beitritt zur Europäischen Union im Berufsrecht der freien Berufe gegeben ist, so zählen doch zentrale Befugnisse wie z.B.

- die Urkundsfähigkeit
- die Befugnis zur eingeschränkten Vertretung

- die Gutachtensbefugnis
- die ausdrückliche Regelung der beruflichen Verschwiegenheit (§ 15 ZTG)
- die Zuweisung der beruflichen Selbstverwaltung an Kammern im Rahmen des verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsbereiches
- die eigene Standesgerichtsbarkeit
- die berufliche Selbstverwaltung

zu den Kernkennzeichen der Ausübung des freien Berufes, wobei die Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen zufolge der Anordnung des § 9 Abs. 4 ZTG besondere Fähigkeiten und Kenntnisse im Rahmen der Ziviltechnikerprüfung nachweisen müssen, nämlich

- a) über die wissenschaftlichen Grundlagen und Methoden der Landesvermessung unter besonderer Berücksichtigung der Ausgleichsrechnung, der Statistik mit Fehlertheorie und der Theorie des Schwerefeldes
- b) über das Vermessungsgesetz in der jeweils geltenden Fassung, die darauf erlassenen Verordnungen und das Liegenschaftsteilungsgesetz in der jeweils geltenden Fassung samt der darauf erlassenen Verordnungen und die früheren katastertechnischen Regelungen im Evidenzhaltungsgesetz
- c) über das Grundbuchsrecht einschließlich den damit in Zusammenhang stehenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes und den einschlägigen verwaltungsrechtlichen Materiengesetzes, insbesondere das Wasserrecht und das Forstrecht und
- d) über die landesgesetzlichen Bestimmungen des Baurechtes, der Raumordnung und der Flurverfassung.

Gleichsam aus der Bestimmung des § 9 Abs. 4 Zf. 1-4 ZTG lässt sich „ableiten“, welche Ausbildungsvoraussetzungen der Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen grundsätzlich erfüllen muss, um die Ziviltechnikerprüfung ablegen zu dürfen (§ 9 Abs. 3 Zf. 1-4) und die entsprechenden Befugnisse gemäß § 3 und 4 ZTG verliehen zu erhalten.

Die Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen sind gemäß § 4 Abs. 2 lt. b ZTG zu berufen

- zur Verfassung von Teilungsplänen zur katastralen und grundbücherlichen Teilung von Grundstücken
- zur Verfassung von Lageplänen zur grundbücherlichen Abschreibung ganzer Grundstücke

- zu Grenzermittlungen nach dem Stande der Katastralmappe oder auf Grund von Urkunden
- einschließlich Vermarkung und Verfassung von Plänen zur Bekanntgabe von Fluchtlinien.

Ziviltechniker genießen öffentlichen Glauben (§ 4 Abs. 3 ZTG), unterliegen nicht der Gewerbeordnung, dürfen Gutachten erstellen (Generalklausel des § 4 Abs. 1 ZTG) und dürfen keine ausführende Tätigkeit übernehmen.

Dieser **Überblick** über die berufsrechtliche Situation der Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen ist in Hinblick auf die Erbringung von Leistungen durch diese von zentraler Bedeutung.

Der Vorbehaltsbereich des Ziviltechnikergesetzes ist ein Vorbehaltsbereich, der verfassungsrechtliche Bedeutung hat, wobei erst in den letzten Jahren durch eine entsprechende Änderung des Bundesverfassungsgesetzes die berufliche Selbstverwaltung als solche **Anerkennung** gefunden hat.

3.2.3 Selbstverwaltung

Berufliche **Selbstverwaltung** und die Einführung von „Vorbehaltsbereichen“ bei der Ausübung bestimmter Befugnisse geschehen freilich nicht aus einem „Selbstzweck“ oder zur Erhaltung bestimmter „Domänen“, wie dies in der Vergangenheit wiederholt behauptet wurde, sie tragen auch nicht von vornherein den Charakter der Wettbewerbsbeschränkung und wurden keineswegs deshalb eingeführt, um andere Personen vom Erwerb auszuschließen, sondern die schon aus besonderen Gründen der Aufrechterhaltung und Sicherung nicht nur „der öffentlichen Ordnung“, sondern der materialen Sicherstellung einer qualitativen Grundversorgung der Bevölkerung für bestimmte Bedürfnisse, zu denen zweifelsfrei die Aufrechterhaltung des Liegenschaftsverkehres auf einem hohen fachlichen und rechtlichen Niveau gehört.

Dies hat für sich genommen eine inhaltliche Bedeutung und verknüpft besondere Berufsantrittsvoraussetzungen im Sinne des Nachweises eines Universitäts-Studiums oder eines gleichartigen Studiums sowie einer entsprechenden Berufspraxis und der Zurücklegung einer eigenen kommissionellen Berufsprüfung.

Die Fortentwicklung des Rechtes der freien Berufe zeigt in diesem Zusammenhang, dass – vor allem in Zukunft – die freien Berufe einen **Schwerpunkt** auf die inhaltliche Ausbildung und die inhaltliche Fortbildung ihrer Berufsanwärter

und Berufsmittglieder schon deshalb legen, um im künftigen Wettbewerb bestehen zu können.

Immerhin: im Jahre 2008 und somit etwa 150 Jahre nach der Einführung der Privatgeometer hat sich auch der Bundes-Verfassungsgesetzgeber zu einer – wenngleich bescheidenen – Anerkennung der Rolle der freien Berufe und darunter der Ziviltechniker verstanden.¹¹⁾

Was diesem (Lippen-)bekenntnis folgen kann und wird, ist freilich eine andere Sache; jedenfalls aber kann gesagt werden, dass auch nach heutigem Verfassungsverständnis der Selbstverwaltung eine wesentliche Bedeutung in dem Gefüge des österreichischen Staatsaufbaues zukommt.

3.2.4 Vergaberechtlich eingeordnet

Vergaberechtlich eingeordnet erbringen die Geodäten sogenannte „Dienstleistungen“, das sind also vergaberechtlich Dienstleistungsaufträge¹²⁾, wobei es sich um prioritäre Dienstleistungen in dem Sinne des Anh. III (Kategorie 12) handelt:

Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen.

4. Regionale Vermessungsleistungen in dem Spannungsfeld zwischen Vergaberecht, Vergabepflicht und regionalen Erfordernissen

4.1 Einleitung – Ein Spannungsfeld

Es versteht sich, dass diese – grundsätzliche – Einrichtung eines Berufszweiges mit einem Vorbehaltsbereich seiner Tätigkeit, zumindest auf erste Ansicht, mit bestimmten Rechten und Freiheiten kollidiert, die in Österreich seit 1993 besonders an Gewicht zugenommen haben: durch den Beitritt Österreichs zu den damaligen drei Europäischen Gemeinschaften, die heute unter dem Dach einer supranationalen Rechts-

union „verfasst“ sind, sind **wesentliche** Vorgaben des Gemeinschaftsprimärrechtes in die innerstaatliche Rechtsordnung aufgenommen worden und gehören heute zu festen Bestandteilen einer mehrschichtig gewordenen Rechtsordnung.

In besonderer Weise zeigt sich dies – unter anderem – bei den vier Freiheiten, von denen vor allem die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit das Berufsausübungsrecht der freien Berufe besonders berührt. Ergänzend hierzu gehören die Grundlagen des Gemeinschaftsprimärrechtes zur Aufrechterhaltung, Beförderung des freien Wettbewerbes, wobei in diesem Zusammenhang nochmals darauf Bezug genommen werden muss, dass in einem größeren „rechtlichen Ganzen“ die drei Europäischen Gemeinschaften ja ursprünglich eine *Wirtschaftsunion* gewesen sind. Aus dem Nucleus der „Wirtschaftsunion“ folgen die gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten und insbesondere das gemeinschaftsprimärrechtlich disponierte Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht.

Forderung und Aufrechterhaltung des grenzübergreifenden freien Wettbewerbes sowie dessen Ausbau zählen zu den primären Forderungen der Gemeinschaft in wirtschaftspolitischer Hinsicht, der gänzliche Abbau der Berufs- und Handelshemmnisse, die Gleichstellung europaweit erworbener beruflicher Befugnisse und Ausbildungen, die Akkordierung und Harmonisierung der entsprechenden Rechtsvorschriften ist nach **20 Jahren** weit vorangegangen. In dieser Hinsicht gibt es auch ein entsprechendes **Ausführungsrecht**, auf das in diesem Zusammenhang nur verwiesen werden kann.

So darf unter anderem auf die EWR-Ingenieurkonsulenten Verordnung verwiesen werden, die unter BGBl. Nr. 695/1995 auf der Grundlage des Ziviltechnikergesetzes BGBl. Nr. 156/194 erlassen ist und das entsprechende Ausübungsrecht (Dienstleistung – § 1, Niederlassung – § 3) regelt.

4.2 Vergaberecht I – Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage und deren Umsetzung

4.2.1 Die Rechtsnatur

Das „Vergaberecht“ hat eine im Wesentlichen gemeinschaftsrechtliche Grundlage, es handelt sich in dieser Hinsicht somit um einen zentralen Rechtsbereich, bei dem schon sehr früh nach Österreichs Beitritt zu den drei Europäischen Gemeinschaften das entsprechende **Umsetzungsrecht** erlassen wurde. Freilich griffe es zu kurz, wenn man beim Vergaberecht nur von einem Umsetzungsrecht spricht; ebenso ist es durch

11) Artikel 120a B-VG. (1) Personen können zur selbständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die in ihrem ausschließlichen oder überwiegenden gemeinsamen Interesse gelegen und geeignet sind, durch sie gemeinsam besorgt zu werden, durch Gesetz zu Selbstverwaltungskörpern zusammengefasst werden.

(2) Die Republik anerkennt die Rolle der Sozialpartner. Sie achtet deren Autonomie und fördert den sozialpartnerschaftlichen Dialog durch die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern.

12) Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind

die Bestimmungen auch des nationalen Rechts in einem erheblichen Umfange mitbestimmt und besteht aus mehreren Schichten.

4.2.2 Schichten

Die **vielen** Schichten der Entwicklung des Vergaberechtes können hier nicht gezeigt werden; sie können nur angezeigt werden:

- das Unionsrecht
- das nationale Verfassungsrecht
- das einfache Gesetz
- der Bereich der Normen

Heute sind diese Schichten in dem Bundesvergabegesetz 2006 BGBl. I Nr. 17/2006, das nun in der Fassung BGBl. I Nr. 128/2013 steht, kodifiziert.

4.2.3 Zu den letzten Novellen des Vergaberechts

4.2.3.1 Materielle Teilung des Vergaberechts

Die **letzte** größere Novelle führte dazu, dass aus **einem** zwei „Bundesvergabegesetze“ wurden, nämlich

- das **eigentliche Bundesvergabegesetz 2006** sowie
- das **Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012**.

4.2.3.2 Umsetzung der Richtlinien über den Zahlungsverkehr

Am 11.07.2013 erging zu BGBl. I Nr. 128/2013 die **letzte Änderung** dieses Gesetzes.

Zunächst wurden **nicht nur** bestimmte Bestimmungen betreffend den Erwerb von Kraftfahrzeugen in das Gesetz mitaufgenommen, Vorschriften betreffend das barrierefreie Bauen geschaffen, besondere Vertragsbestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr in Umsetzung der entsprechenden Richtlinie geschaffen, sondern – darüber hinaus – auch neue Bestimmungen hinsichtlich des Rechtsschutzes durch das Bundesverwaltungsgericht eingeführt.

Es ist darauf zu verweisen, dass im vorliegenden Fall die besonderen Vertragsbestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr in § 99 a BVG 2006 von Bedeutung sind, weil die **zwischenzeitlich** eingebürgerten sehr langen Zahlungs- und Leistungsfristen abgeschafft worden sind. § 99a BVergG 2006, welcher Nichtigkeitsbestimmungen beinhaltet, lautet nun wie folgt, wobei – zudem – der Verzugszinssatz mit § 456 UGB gedeckelt ist.¹³⁾

13) siehe dazu nun § 99a BVergG

4.2.3.3 Rechtsschutz neu

Der ganze vierte Teil „Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht“ wurde mit Zf. 24 der Novelle BGBl. I Nr. 128 neu geregelt.

Diese Bestimmungen hängen **eng** mit der Neueinführung von Landes- und den Bundesverwaltungsgerichten zusammen. Diese Bestimmungen treten gestaffelt in Rechtswirksamkeit: Während neue Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr bereits in Kraft stehen, sind die Bestimmungen in Bezug auf das Bundesvergaberecht, seine Einstellung und die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichtshofes gemäß Zf. 31, das ist § 345 Abs. 17 BVergG 2006 mit dem 01.01.2014 angeordnet. Materiell stellt das Bundesvergabegesetz eine **Umsetzung** entsprechender Richtlinien des Gemeinschaftsrechtes dar.

4.2.4 Der Mechanismus des Umsetzungsrechts

Die EU Richtlinien zeichnen im sogenannten „Oberschwellenbereich“ als gemeinschaftsrechtliches Umsetzungsrecht den Inhalt

- a) des materiellen Vergaberechts
 - b) des formellen Vergaberechts
- vor.

Zentrale inhaltliche Bestimmung ist in diesem Zusammenhang der sogenannte „vergaberechtliche Gleichheitssatz“, der sich als „meta-“ juristische Bestimmung in § 19 BVergG 2006 zeigt. Es sind dies die sogenannten „Grundsätze“ des Vergabeverfahrens, welche allgemeine Bestimmungen beinhalten und zugleich auf

- das Verfahren gemäß BVergG
- die Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten
- das Diskriminierungsverbot
- den Grundsatz des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs
- den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber

verweisen wobei die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Gebietsmäßige Beschränkungen sind **ebenso** unzulässig, wie andere Diskriminierungen.

Besondere Bedeutung hat § 19 Abs. 3 BVG 2006, wonach bei der Durchführung von Vergabeverfahren eine **gebietsmäßige Beschränkung** oder eine **Beschränkung der Teilnahme auf einzelne Berufsstände** dann unzulässig ist, wenn auch andere Unternehmer die Berechtigung zur

Erbringung der Leistung besitzen. Das gängige „System“ des BVergG 2006 ist bekannt. Es unterscheidet, in dem hier interessierenden Bereich der **Dienstleistungserbringung**, grundsätzlich zwischen einem Oberschwellen- und einem Unterschwellenbereich. Diese Unterscheidung ist von mehrfacher Bedeutung, weil von ihr abhängt, auf welche Weise und in einem welchen Verfahren eine Leistung zu beschaffen ist.

4.2.5 Erstreckung der Schwellwertverordnung 2012

Die Anhebung der Schwellenwerte gilt nun bis Ende 2014.¹⁴⁾

4.3 Vergaberecht II – Der Dienstleistungsauftrag

4.3.1 Einordnung

Bei Dienstleistungsaufträgen (§ 6 BVergG) ist auf Folgendes zu verweisen: Dienstleistungen im Bereich des **Vermessungswesens** sind sogenannte „prioritäre“ Dienstleistungen im Sinne des Anhang III Kategorie 12, CPC – Referenznummer 867:

Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen. Eine **Einordnung** in andere Grundlagen prioritärer Dienstleistungen kommt nicht in Frage, eine „Einordnung“ in Anhang IV Kategorie 27 „sonstige Dienstleistungen“ scheidet aus.

4.3.2 Exkurs I : Die Kammern selbst unterliegen nicht dem Regime des BVergG

In diesem Zusammenhang mag es ein schwacher Trost sein, dass der Gerichtshof (5. Kammer) in Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG betreffend Artikel 1 Abs. 9 und Abs. 2 Buchstabe C (Begriff, Einrichtung des öffentlichen Rechtes) in der Rechtssache C-526/11 betreffend ein vorab Entscheidungsersuchen nach Artikel 267 AEUV nun ausgesprochen hat, dass eine **Ärzttekammer** als eine Einrichtung wie eine berufsständische Körperschaft des öffentlichen Rechtes weder das Kriterium der überwiegenden Finanzierung durch die öffentlichen Stellen erfüllt, wenn sich diese Einrichtung überwiegend durch weitere Mitglieder finanziert, zu deren Festsetzung und Erhebung sie durch ein Gesetz ermächtigt wird, dass nicht den Umfang und die Modalitäten der Tätigkeit regelt, diese im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, die mit diesen Beiträgen finanziert werden sollen ausübt, noch

das Kriterium der Aufsicht öffentlicher Stellen über ihre Leistung allein deshalb erfüllt, weil die Entscheidung, mit der sie die Höhe der Beiträge festsetzt, der Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf.

Diese – sehr aktuelle – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes sagt wohl, dass Kammern, die unseren Einrichtungen *vergleichbar* sind, nicht dem *Gemeinschaftsrecht* hinsichtlich der eigenen Vergabe von Leistungen unterliegen und damit auch aus dem Anwendungsbereich des BVergG ausscheiden.

4.3.3 Beschaffung von Vermessungsdienstleistungen als geistig/schöpferische Dienstleistungen

Die Entscheidung sagt freilich **nichts** darüber, wie Dienstleistungen aus dem Bereich von ZT-Leistungen beschafft werden müssen. Das geltende „vergaberechtliche System“ unterscheidet in diesem Zusammenhang

- a) einen persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes (öffentlicher Auftraggeber)
- b) einen sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes (unter anderem Dienstleistungsverträge) und damit
- c) einen prozeduralen Aspekt, das ist der das jeweils durchzuführende Verfahren betreffende Aspekt.

Dabei spielt es rechtlich eine Rolle, ob die jeweilige Dienstleistung im Ober- oder im Unterschwellenwertbereich liegt. Hier ist nämlich das „Ineinandergreifen“ der unterschiedlichen Rechtsschichten des Vergaberechtes maßgeblich:

- a) Gemeinschaftsprimär – und Gemeinschaftssekundärrecht einschließlich nationalen (Verfassungs-) Rechtes disponieren den Oberschwellenbereich während
- b) im sogenannten Unterschwellenbereich nur mehr das Primärrecht und das nationale Verfassungs- und einfache (Organisations-) Recht eine Rolle spielen und der Bereich unterhalb der „Unterschwelle“, in dem „direkt“ vergeben werden darf schließlich nur noch den innerstaatlichen Rechtsvorschriften unterliegt, sowie das Gemeinschaftsprimärrecht zu beachten hat.

4.3.4 Handlungspflichten unter den Schwellenwerten?

Es wäre also auch in dem Bereich der „Direktvergabe“ eine sehr isolierte Betrachtung des Gesamtbereiches, würde man **annehmen**, dass Direktvergaben durch Körperschaften des öffent-

14) BGBl III 2013, 262 vom 9.9.2013

lichen Rechtes, die öffentliche Auftraggeber im Sinne des Gesetzes sind, gleichsam schrankenlos ohne Berücksichtigung der primärrechtlichen und der verfassungsrechtlichen Grundlagen, die bestehen, vergeben werden dürften.

Mit anderen Worten: Es bestehen durchaus Handlungsverpflichtungen der öffentlichen Hand unterhalb des Unterschwellenbereiches, mithin in Bereiche der sogenannten „Direktvergabe“.

Insgesamt erscheint dieses „flexible“ System der Zurechnung von Dienstleistungsaufträgen in wirtschaftlich voneinander getrennte Bereiche jedoch seit vielen Jahren so eingeführt, dass die jeweiligen „Grenzen“, die die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes bestimmen, zwischenzeitlich „Gemeingut“ sind. Rekapitulierend ist in diesem Zusammenhang hinsichtlich – der vergaberechtskonform zu schätzenden Auftragssummen – auf Folgendes zu verweisen: Gemäß § 12 betragen die sogenannten „Schwellenwerte“ im Regelfall gemäß § 12 Abs. 1 Zf. 2 bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen betreffend die Oberschwelle € 200.000,00,-.

Hinsichtlich der gemäß § 41 BVergG zulässigen Direktvergabe besteht **derzeit** eine Regelung dahingehend, dass eine Direktvergabe von Leistungen bis € 100.000,00,-zulässig ist (§ 41 Abs. 2 BVergG), wobei die „gegebenenfalls“ einzuholenden Angebote „oder“ unverbindlichen Preisankündigungen „entsprechend“ zu dokumentieren sind und der entsprechende Schwellenwert durch die Einführung des Rechtes der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in § 41 a entsprechend „erhöht“ worden ist, weil dort gemäß § 41 a Abs. 2 Zf. 1 BVergG **jedenfalls** eine Grenze von € 130.000,00,- besteht. Dies sagt nur etwas, dass der Anwendungsbereich des BVergG eröffnet ist, sagt aber **noch nichts** darüber, in welchem Verfahren die jeweiligen Leistungen zu vergeben sind.

Zusammengefasst zeigt sich also, dass ein bestimmtes (natürliches) Spannungsfeld besteht zwischen

- a) dem gesetzlich geregelten Vorbehaltsbereich einer frei beruflichen Tätigkeit, die früher richtiger als „geistig schöpferische“ Dienstleistung beschrieben wurde und
- b) dem allgemeinen gemeinschaftsprimärrechtlichen und „Öffnungsgebot“ des gesamten Wettbewerbes.

In diesem „Spannungsfeld“ liegt auch die Erbringung der beruflichen Leistung der Vermesser. Im

Folgenden sind die entsprechenden „Kollisionslagen“, die diese Tätigkeit betreffen, zu zeigen.

5. Die Kollisionslagen bei regionalen Vergaben zum Vergaberecht und deren mögliche Überwindung

Gefragt, welche zentralen Anknüpfungspunkte bzw. Berührungspunkte zwischen der Tätigkeit des Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen im „regionalen“ Bereich, den beruflichen Voraussetzungen und Erfordernissen seiner Tätigkeit auf der einen Seite und dem „Vergaberecht“ auf der anderen Seite bestehen, ergeben sich aus einem Befund – nämlich aus dem Gespräch mit den Betroffenen – doch eine ganze Reihe von „Problemstellungen“, wie im nächsten Kapitel angeführt.

5.1 „Problemstellungen“

5.1.1 Die (unnötige) Komplexität der Bestimmungen

Das Vergaberecht zerfällt in a.) materielles Vergaberecht und b.) formelles Vergaberecht. Unter dem „formellen Vergaberecht“ versteht man jene Bestimmungen, die den Rechtsschutz angehen. Von diesem haben wir bereits gehört, dass die „geteilte Zuständigkeit“ der bisherigen Nachprüfungsbehörden, es sind dies die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern und das Bundesvergabeamt – mit 01.01.2014 – in die Zuständigkeit der Landesverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichtes fallen wird. Damit bleibt es freilich bei der formellen Aufspaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes; dieser wird nun auch der „gerichtlichen“, nämlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugeordnet. Eine Notwendigkeit für die formale Aufspaltung des Vergaberechtsschutzes gibt es nicht.

Die seinerzeit „paktierte“ kompetenzrechtliche Bestimmung des Artikels 14 b B-VG stellt zwar einen „österreichischen Kompromiss“ dar, ist aber weder aus Effektivitäts- noch aus anderen Grundsätzen tatsächlich gemeinschaftsrechtlich vorausgesetzt oder auch nur gefordert bzw. gefördert.

Unterschiedliche Spruchkörper neigen dazu, eine unterschiedliche Rechtsprechung hervorzurufen, dies umso mehr, als dass eine hochgradige personale Identität zwischen der seinerzeitigen Besetzung der Spruchkörper in den Unabhängigen Verwaltungssenaten/beim BVA bzw. bei den Landesverwaltungsgerichten und dem nunmehrigen Bundesverwaltungsgericht auch weiterhin stehen wird.

Längst wäre also eine einheitliche Konzentrierung des Rechtsschutzes zu fordern.

5.1.2 „Formalisierung“ vergaberechtliche Entscheidungen

Es hieße Eulen nach Athen tragen, würde man die alte Weisheit wiederholen, wonach zwischen der Erfahrungswelt des „Technikers“ und der Erfahrungswelt des Juristen Unterschiede bestünden, wobei dem Juristen regelmäßig der Platz zugewiesen wird, den eine bloß formale Betrachtung der Lebenswirklichkeit ausmacht.

Daraus folgt, dass **sehr häufig** der Vorwurf erhoben wird, dass Entscheidungen der Vergabenausschüsse sich regelmäßig bei förmlichen Kriterien aufhalten, etwa Fragen der Antragslegitimation und der Beschwer, Fertigung von Leistungsverzeichnissen, des Nachweises von Subunternehmern und dergleichen formal streng prüfen, während „inhaltliche Kriterien“ der Nachprüfung einer Vergabeentscheidung regelmäßig im Dunklen bleiben.

Als häufigstes Beispiel für diesen Vorwurf wird ins Treffen geführt, dass ein Angebot zu „auskömmlichen“ Preisen gar nicht mehr in Frage komme, sondern dass Vergaberecht und die mit ihm verbundenen Verpflichtungen im Zweifel dazu führen würden, dass regelmäßig auch „Ausreißer“ nach unten bei Oberschwelienausschreibungen „unanfechtbar gewinnen“ würden, weil

- a) es den auslobenden Stellen/Ausschreibung gar nicht möglich sei, einen auskömmlichen Preis zu verlangen und
- b) im Falle einer Anfechtung der Preisbildung bei der zuständigen Nachprüfungsbehörde tatsächliche Argumente nur schwer ins Treffen geführt werden können, weil ja zufolge der Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse eine Nachkalkulation des gegnerischen Billigstbieteroffertes gar nicht in Frage komme.

Gewiss kann gegen diese Argumentation einiges ins Treffen geführt werden, im **Kern** verbleibt hier aber, auch als ein Auftrag an die Beteiligten auf allen Seiten, die „**Klage**“, wonach zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen der Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Öffnung des Wettbewerbes und dergleichen und dem verständlichen Wunsch der freiberuflich tätigen Ziviltechniker, auskömmliche Preise zu erzielen, mitunter eine große Differenz verbleibt, die **kaum** lösbar ist.

Freilich muss in dieser Hinsicht ins Treffen geführt werden, dass eine „Beißdisziplin“ auf Seiten aller Beteiligten, vor allem aber der Anbieter, manchen „Ausreißer“ durchaus zu beseitigen in der Lage wäre.

Zu konstatieren bleibt aber, dass die weitgehende Formalisierung der Vergabenausschüsse und die Konzentration des Vergabenausschüßungsverfahrens auf vordringlich „juristische“ Gesichtspunkte, wovon eine weite Rechtsprechung zeigt, den Blick darauf verstellt, dass Vergaberecht vorzüglich wirtschaftliche Zusammenhänge in einen bestimmten, durchaus auch wirtschaftlich auskömmlichen Zusammenhang bringen soll.

5.1.3 Es ist „alles so kompliziert“

In der Tat zeigt eine Übersicht über die Entwicklung des Vergaberechtes, insbesondere dann, wenn man es bloß an den tatsächlich anhängigen Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren messen wollte, die von Jahr zu Jahr bei den befassten Behörden stattfinden, eine bestimmte „Hypertrophie“ in der wissenschaftlichen/juristischen Auseinandersetzung mit vergaberechtlichen Themen.

Dabei muss aber **überlegt** werden, dass vergaberechtliche Kenntnisse einer „Wissenschaft“, deren Standard-Erkenntnisquelle mittlerweile ein sehr umfänglicher, fünfbändiger Kommentar ist, dem gewöhnlichen Rechtsanwender nicht zu zumuten ist.

Gewöhnliche Rechtsanwender, das heißt der Erbringer von Rechtsdienstleistungen, sind in diesem Zusammenhang

- Beamte der Gemeindeverwaltung
- beratende Techniker/Ingenieure/Ziviltechniker

Diese alle sind mit der Auslegung des Gesetzes **weitgehend** überfordert, zumal schon ein durchschnittlich im juristischen Leben stehender Rechtsanwender eines rechtsberatenden Berufes, der sich nicht laufend mit vergaberechtlichen Themen beschäftigt, kaum dazu in der Lage ist, die vergaberechtlichen Rechtsfragen eindeutig zu lösen.

In diesem **Zusammenhang** erscheint also die Forderung nach einer zumindest basalen Ausbildung in dem gegenständlichen Bereich notwendig, um „Missgriffe“ zu vermeiden.

So wurde durch den Gesetzgeber, man mag dies begrüßen oder nicht, durch eine Anhebung der Schwellen für „Direktvergaben“ und Direktvergaben mit vorheriger Bekanntgabe (§§ 41, 41 a BVergG) durchaus die Möglichkeit geschaffen, gerade in dem **Bereich** geistig-/schöpferischer Dienstleistungen vereinfachte Beschaffungsvorgänge für abgrenzbare Leistungen im Wege der Direktvergabe vorzunehmen. Freilich werden dann „faktische“ Beschaffungsvorgänge häufig

die der Betreffende, von dem sie ausgehen und dem sie rechtlich zugeordnet werden, oft gar nicht kennt. Ich denke hier vor allem an die Begriffe „Angebot“ oder „Ausschreibung“ und dergleichen mehr. Solche Begriffe treffen auch auf einen rechtlichen Erwartungshorizont und können selbst dort, wo es kein Vergaberecht und auch keine Anwendung desselben gibt, zu schwierigen rechtlichen Fragestellungen führen.

Praktisch bedeutet dies eine Schärfung der Aufmerksamkeit auch für die Begriffe: wer nur wissen will, was etwas kosten kann, ohne es gleich beschaffen zu wollen, der holt eine unverbindliche Preisauskunft ein, und nicht ein Angebot. Wer sich nicht binden möchte, der weist nachdrücklich darauf hin. Die Begründung dafür habe ich im ersten Teil gegeben.

Wer nicht genau weiß, was etwas kostet, der lässt sich vor der Eröffnung eines rechtsgeschäftlichen Kontakts beraten: nämlich auch dahin gehend, welche Leistungen wofür und aufgrund welcher Umstände gebraucht werden.

Wenn Sie sich an das erste Beispiel erinnern, das ich gebracht habe: nur die unrichtige Begriffsverwendung und der dadurch entstandene Anschein einer Leistungsbeschaffung in verbindlicher Hinsicht hat zu dem Schaden geführt.

5.2.3 Tatsächliche Einordnung der Vergaben und der Leistungen

In Hinblick auf die tatsächliche Einordnung der Leistungen muss gefragt werden ob, und wenn ja, nach welcher Maßeinheit diese objektivierbar sein können; das gilt vor allem für Leistungen, deren Umfang von bestimmten Umständen abhängt, die sich außerhalb des Messbaren abspielen, wie z.B. bei der Feststellung und Verhandlung von Grenzen.

5.2.4 Mögliche Vergaben im regionalen Bereich sinnvoll beschaffen

bedeutet auch, von den rechtlichen Möglichkeiten nach den Maßgaben der budgetären Gegebenheiten Gebrauch zu machen, Leistungen dort zu teilen, wo sie teilbar sind und nur dort über Jahre zu verbinden, wo sie verbunden werden müssen; es gibt ausreichende Fälle, in denen die Losteilung nicht nur erlaubt, sondern möglich und sinnvoll ist. Zugleich kann man von den Möglichkeiten, die man hier hat – nach § 41 a BVergG – auch wirklich Gebrauch machen und so einen beträchtlichen Teil der zu beschaffenden Leistungen regional abdecken. Allerdings: die Grundrechtsbindung gilt auch im Bereich der Direktvergabe.

5.2.5 Im Zweifel einmal „in den sauren Apfel beißen“

Leistungen geistig-/schöpferischer Natur können rahmenvertragstauglich sein; wenn es sich daher als sinnvoll zeigt, solche Leistungen für einen längeren Zeitraum zu beschaffen, bietet es sich an, einmal ein ordentliches Verfahren zu wählen und durchzuführen, anstelle sich von Jahr zu Jahr über die Schwellen des Gesetzes zu schwindeln.

5.2.6 Regionale Strukturvorteile sinnvoll evaluieren, nicht diskriminierend festlegen und in Ausschreibungen einbauen

Auch dies ist grundsätzlich möglich, bedeutet aber, im Vorfeld einer Beschaffung objektive und nicht diskriminierende Leistungselemente festzustellen, auf deren Grundlage vergeben werden soll.

5.2.7 Wer einen auskömmlichen Preis haben möchte, darf selbst nicht ständig unterbieten

Dies kann nur ein Appell sein und ein frommer Wunsch: nämlich der, dass die Angehörigen der freien Berufe in der Zukunft mehr und besser verstehen, worin der große Unterschied ihrer Leistungserbringung in dem Gegensatz zu anderen so genannten Mitbewerbern bestehe und dass Qualität – ceteris paribus – den Einsatz hochqualifizierter Kräfte braucht. Versteht sich ein Raum der Sicherheit, des Rechts und der Freiheit aber als ein Raum der sozialen Kohärenz und als ein Raum, in dem die wirtschaftlichen und sozialen Errungenschaften erhalten werden sollen, dann wird man regionale Unterschiede aufgrund steuerlicher und sozialrechtlicher Belastungen in Zukunft als ein Korrektiv des Wettbewerbs mitzudenken haben: dazu sind innovative Ideen erforderlich, die an der Schnittstelle zwischen den technischen Wissenschaften und den Geisteswissenschaften liegen.

6. Schlusswort

Es ist also, zusammengefasst, eine Politik der kleinen und der kleineren Schritte, die man hier gehen kann und mit der man sich den drängenden Erfordernissen einer regional akzentuierten Vergabe von geistig-/schöpferischen Dienstleistungen annähern kann; wie so oft, ist das nicht mit einem großen *turn around* zu machen; es bleibt also: spannend.

Anschrift des Autors

Dr. Michael E. Sallinger, Rechtsanwalt, Sillgasse 21, 6020 Innsbruck.

E-Mail: m.e.sallinger@ra-sallinger.at