Zur Vergabe von Kanalbauleistungen durch Gemeinden

Ein vergaberechtlicher Hinweis zur Daseinsvorsorge[1)]

2009, 12

RA Dr. Michael E. Sallinger, LL. M., Innsbruck. Geboren wurde der Autor 1965 in Oberösterreich; Studium der Rechtswissenschaften an der Leopold-Franzens-Universität in Innsbruck; Promotion (1988). Postgraduale Ausbildung Europarecht (LL. M.). Rechtsanwalt in Innsbruck seit 1993. Mitherausgeber der Reihe „Tiroler Landesrecht", die im Studienverlag in Innsbruck erscheint (bisher zehn Bände). Zahlreiche Veröffentlichungen (Rechtswissenschaften, Rechtspolitik, Literatur und Literaturgeschichte, Philosophie, essayistische Prosa). 2005 Konzeption des Jahrbuches der Tiroler RAK (Rubriken – Anwaltliche Bestandsaufnahmen). Mitglied des Ausschusses der Tiroler Rechtsanwaltskammer.

Anhand einer spezifischen vergaberechtlichen Problemstellung – der Vergabe von Kanalbauleistungen (Ableitung oder Klärung von Abwässern) durch Gemeinden – wird auf die Problemlage zwischen Beschaffungswesen und Daseinsvorsorge aufmerksam gemacht. Die nachstehenden Überlegungen, die keine rechtswissenschaftliche Untersuchung, sondern eine rechtspolitische Miszelle sind, versuchen (erneut) einer essentiellen Vereinfachung der vergaberechtlichen Bestimmungen das Wort zu reden. Sie knüpfen hier an jüngst geäußerte Stimmen der Praxis an.

I. Vergabe infrastruktureller Leistungen („Daseinsvorsorge")

Vor siebzig Jahren und in einem durchaus zu hinterfragenden Kontext hat *Ernst Forsthoff* den Begriff der „Daseinsvorsorge" als Begriff der Verwaltungslehre geprägt.[2)] Er gelangt zum Ergebnis, Daseinsvorsorge wären *„diejenigen Veranstaltungen, die zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen wurden"*. Begriff und Standort der so genannten „leistenden Verwaltung" wurden nach 1945 unter Einbindung der grundrechtlichen Gewährleistungen, vor allem jener des Bonner Grundgesetzes, neu definiert; bei der Zuweisung der Daseinsvorsorge an den Staat im weitesten Sinne ist es geblieben.[3)] Wenn heute der Staat auch weitgehend erodiert ist und an seine Stelle mitunter die supranationale Einheit der europäischen Gemeinschaften getreten ist, so ist den dezentralen, regionalen Einheiten, vor allem den Gemeinden, im Rahmen der Daseinsvorsorge ein wesentlicher Platz zugewiesen.

Daseinsvorsorge ist nicht voraussetzungslos denkbar: ihre andere Seite ist die Beschaffung. Dieser Aspekt, nämlich der der Verknüpfung von Vergaberecht und Daseinsvorsorge, zeigt auch effektiv, weshalb Beschaffung als Akt funktionalen Verwaltungshandelns der strengen Gesetzesbindung bedarf.[4)] Diese wurde im Wege von „Umsetzungsrecht" geschaffen. Aus der „Doppelbindung" des Gesetzgebers – und des vollziehenden Organs – ist mittlerweile ein einheitlicher Geltungsgrund des vergaberechtlichen Fairness-, Gleichheits- und materiellen Gesetzesbindungsprinzips erwachsen.

Daseinsvorsorge ist multifunktional und damit inhaltlich weit aufgefächert: sie ist ohne Sachkunde nicht zu gewährleisten. Bei verfahrenförmig komplexen Prozessen schlägt immer auch die Stunde des Sachverständigen.[5)] Im Bereich des Vergabeverfahrens sind das neben den beratenden Juristen vor allem auch die Zivilingenieure.

In der Praxis wird, vor allem bei kleinen und mittleren kommunalen Vorhaben, den Zivilingenieuren häufig die Gestaltung des gesamten Vergabeprozesses von der Wahl der Vergabebekanntmachung und der Ausschreibung bis hin zur Erstattung des so genannten Vergabevorschlages übertragen.

Immer wieder stellen sich in diesem Zusammenhang konkrete rechtliche Fragen, wie etwa jene der Wahl des geeigneten Verfahrens und dergleichen.[6)]

Am Beispiel der Vergabe von Kanalbauleistungen durch Gemeinden soll gezeigt werden, welche rechtlichen Fragestellungen sich hier ergeben können:

1) Ohne weitere Angaben zitierte Gesetzesstellen sind jene des BVergG 2006 in der geltenden Fassung.
2) *Ernst Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938).
3) Siehe dazu nur zB *Pernthaler*, Über Begriff und Standort der leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 57.
4) Vorzüglicher Ausdruck dieser Gesetzesbindung ist § 19 BVergG 2006, der „vergaberechtliche Fairnessgrundsatz als besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes".
5) Man könnte hier lange darüber diskutieren, wie sich der Aspekt deren Beiziehung verschoben hat: von der materialen Legitimation des Verfahrens hin zu einem Schwergewicht formaler Rechtfertigung.
6) Es darf nicht übersehen werden, dass mit dieser Tätigkeit qualifizierte zivilrechtliche Fragen verbunden sind, die im Einzelnen hier nicht dargestellt werden; sie betreffen Befugnis, Befugnisumfang, Versicherungsschutz und dergleichen. Vor allem die – wechselseitige – Grenzüberschreitung der jeweiligen Befugnis des Technikers wie jener des Juristen führt mitunter zu sachlichen und rechtlichen Kollisionen.

II. Vergabe von Kanalbauleistungen durch Gemeinden

Immer wieder stellen sich in diesem Zusammenhang Fragen, die kontrovers beurteilt werden und doch von erheblicher praktischer Bedeutung sind: so unter anderem jene, welches „Vergaberechtsregime" auf die Vergabe von Kanalbauleistungen durch Gemeinden anzuwenden sei.

Auf den ersten Blick erscheint diese Frage allenthalben entlegen; wenn man näher hinsieht, wird man demgegenüber erkennen, dass es sich um eine Frage nicht geringer praktischer Relevanz handelt. Die Vergabe von Bauleistungen im Umfeld der unmittelbaren infrastrukturellen Daseinsvorsorge zählt zu jenen kommunalen Aufgaben, denen gemeinwirtschaftlich erhebliche Bedeutung zukommt.

Dass für Gemeinden der persönliche Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006[7] regelmäßig auch dann eröffnet ist, wenn sie in der Rechtsform des Privatrechts agieren,[8] steht außer Frage: Vergaberecht wirkt funktional und kennt – als Umsetzungsrecht des Gemeinschaftsrechts – die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und nicht hoheitlichem Handeln der öffentlichen Hand nicht.

Nach § 3 sind Gemeinden zunächst öffentliche Auftraggeber im klassischen Vergaberechtsbereich.

III. Unterscheidung zwischen klassischem und Sektorenauftraggeberbereich

Die hier gestellte Frage hat einen zentralen verfahrensrechtlichen Aspekt: Werden Kanalbauleistungen im so genannten klassischen Bereich als Bauaufträge vergeben oder aber handelt es sich dabei um Sektorenaufträge?

Nun mag man einwenden, dass die Beantwortung dieser Frage nur von akademischem Interesse wäre: Dem ist zu entgegnen, dass im so genannten *Sektorenbereich* ein um einiges elastischeres Vergaberecht zur Verfügung steht, als in dem starreren klassischen Bereich.

Beispiele hiefür lassen sich leicht anführen: etwa die Erleichterungen bei der Verfahrenswahl.[9]

Erwähnenswert ist, dass bestimmte Besonderheiten bei der Rahmenvereinbarung bestehen[10] und – mitunter eine „Erleichterung" des betroffenen Auftraggebers – Direktvergaben bis zu einem erhöhten Wert von € 60.000,– zulässig sind.[11]

Die vom Gesetzgeber geschaffene erhöhte *Elastizität* des Verfahrens im Sektorenbereich folgt aus der Tatsache, dass Sektorenauftraggeber – im Wesentlichen die Bereitsteller und die Betreiber infrastruktureller Netze – anderen Marktanforderungen und Erfordernissen gegenüberstehen als klassische Auftraggeber. Im Gegenzug wurde der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts im Bereich der Sektorenaufträge uU auch auf so genannte echte Private ausgedehnt.

Die Beantwortung der hier interessierenden Frage betreffend das „richtige" Verfahren zur Vergabe von Kanalbauleistungen ist im Übrigen strittig bzw vor dem Rechtsstand des BVergG 2006 strittig gewesen.[12]

IV. Sektorentätigkeit „Wasser"

Mit Erlassung des BundesvergabeG 2006 hat der Bundesgesetzgeber das Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber und Sektorenaufträge in einem eigenen dritten Teil des Gesetzes geregelt.

Damit hat der Bundesgesetzgeber eine verdeutlichende Unterscheidung zwischen dem so genannten „klassischen Vergaberechtsbereich" und dem Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber vorgenommen.

Soweit ein öffentlicher Auftraggeber – worunter Gemeinden und Gemeindeverbände fallen – eine Sektorentätigkeit ausübt, gilt er gem § 3 Abs 1 iVm §§ 163, 164 als Sektorenauftraggeber.

Öffentliche Unternehmen sind Sektorenauftraggeber, wenn die Voraussetzungen des § 165 zutreffen; für private Unternehmer kommt eine Einbeziehung in diesen Regelungsbereich des Bundesvergaberechts dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 166 erfüllt sind. In jedem Fall liegt die Eigenschaft als Sektorenauftraggeber aber immer nur dann vor, wenn eine konkrete Sektorentätigkeit ausgeübt wird.

Die Sektorenauftraggebertätigkeiten im Bereich „Wasser" sind gem § 168 Abs 1:

a) die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, Fortleitung und Abgabe von Trinkwasser;

b) die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.

Das gilt in allen jenen Fällen, in denen die Bereichsausnahme nach § 168 Abs 2 nicht einschlägig ist.

7) In der Fassung BGBl I 2007/86.
8) Art 17 B-VG.
9) § 194 für den Oberschwellenbereich, § 200 für den Unterschwellenbereich.
10) § 197 Abs 7.
11) § 201.
12) Vgl etwa die Stellungnahme des Landes Oberösterreich im Gesetzgebungsverfahren betreffend die Erlassung des BVergG 2006, GZ BKA – 600.883/0050-V/A8/2005.

V. Sonderregelung für Kanalbauten – Ableitung und Klärung von Abwässern (§ 168 Abs 3 Z 2)

Sektorenvergaberecht gilt darüber hinaus nach § 168 Abs 3 Z 1 und 2 **auch** für die Vergabe von Aufträgen und die Durchführung von Wettbewerben durch Auftraggeber, die Sektorentätigkeiten iSd § 168 Abs 1 ausüben, **wenn** diese Aufträge oder Wettbewerbe

- (Z 1) mit Wasserbauvorhaben sowie Be- und Entwässerungsvorhaben im Zusammenhang stehen und die dabei erzeugte oder zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 vH der mit den entsprechenden Vorhaben zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht **oder**
- (Z 2) mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern im Zusammenhang stehen.

Damit wird der Anwendungsbereich der Bestimmungen des „Sektorenvergaberechts" **über die eigentliche Sektorentätigkeit hinaus** vergrößert.[13]

Diese Erstreckungsbestimmungen betreffen aber lediglich Auftraggeber, die jedenfalls Sektorentätigkeiten im Sinne des § 168 Abs 1 ausüben; fehlt dieser Anknüpfungspunkt, entfällt auch der „Anknüpfungspunkt" iSd § 168 Abs 3 und damit die Möglichkeit der Anwendung der Sektorenbestimmungen.

VI. Ergebnis in verfahrensmäßiger Hinsicht

a) Soweit also Gemeinden **selbst** feste Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, Fortleitung und Abgabe von Trinkwasser bzw mit der Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreiben, sind *auch* deren Kanalbautätigkeiten (Aufträge und Wettbewerbe im Zusammenhang mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern) iSd § 168 Abs 3 Z 2 *Sektorentätigkeiten* und unterliegen daher den Bestimmungen des BVergG 2006 über Sektorenaufträge (§§ 163 ff).

b) Soweit die Gemeinden mittelbar durch **andere** Rechtsträger feste Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, Fortleitung und Abgabe von Trinkwasser bzw mit der Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreiben und jeweils durch diese iSd § 168 Abs 3 Z 2 Aufträge erteilen und Wettbewerbe durchführen, ist nach den Bestimmungen der §§ 163, 165 und 166 zu untersuchen, ob auch diese Rechtsträger in den Sektorenauftraggeberbereich fallen; das wird häufig der Fall sein.[14] Erhebliche Rechtsfragen im Einzelfall stellen sich aber dann, wenn die Vergabe solcher Planungs- und Ausführungsleistungen im Rahmen des PPP, von In-House-Vergaben und dergleichen erfolgen sollen.[15]

c) Naturgemäß ist in jedem Einzelfall eine genaue und vorgängige auch rechtliche Untersuchung des Sachverhalts vorzunehmen; das ist besonders deshalb zu empfehlen, weil ein öffentlicher Auftraggeber **nur** dann in den Genuss der Anwendung der Bestimmung des § 168 Abs 3 Z 2 gelangen kann, wenn er *rechtlich zurechenbar* **auch** andere Sektorentätigkeiten im Bereich Wasser ausübt.[16] Das entspricht der gesetzlich angeordneten Geltungserweiterung, die man als „Annex-Ermächtigung" ansehen kann.

In jedem Einzelfall aber sind entsprechende rechtliche Abwägungen vorzunehmen, die nicht nur die Verfahrenswahl, sondern auch die Verfahrensdurchführung nachhaltig beeinflussen.

In bestimmten Grenzbereichen rechtlicher Zurechenbarkeit des kommunalen Handelns, vor allem aber auch in den Bereichen der so genannten PPP-Modelle[17] und der In-House-Vergaben sind diese Zurechnungen nicht selten Denksportaufgaben und überschreiten das auch im Rahmen der Diligenz Zumutbare bei weitem.[18]

VII. Ergebnis unter dem Aspekt der Daseinsvorsorge

Wie gezeigt werden konnte, unterfällt – grundsätzlich – nicht jede Vergabe im Rahmen von (mittelbaren oder unmittelbaren) Kanalbauleistungen der Gemeinden dem so genannten Sektorenbereich; viel eher sind entsprechende Untersuchungen der jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Anknüpfungspunkte erforderlich, um zu einem klaren Ergebnis zur Frage zu gelangen, nach welchem „Vergaberechtsregime" auszuschreiben ist; im Zuge so genannter PPP-Modelle, bei Vergaben durch ausgegliederte Unternehmen und *in praxi* häufig vorkommenden In-House-Vergaben potenzieren sich

13) *Elsner*, BundesvergabeG 2006, 309.
14) Siehe dazu etwa auch *Wallnöfer*, Sektoren-Auftraggebereigenschaft unter besonderer Beachtung der „In-House"-Vergabe, Forum Gas Wasser Wärme 4/2007, 15 f.
15) Siehe dazu ua die Ausführungen von *Segalla*, Organisation der kommunalen Leistungserbringung und EU Recht, Österreichischer Städtetag (2005) www.staedtebund.at/staedtetag/2005/internet/ak3_segalla_praesentation.pdf
16) Die Frage der rechtlichen Zurechnung ist eine Kehrseite der zivilrechtlichen Fragestellungen rund um die so genannten „Ausgliederungen"; siehe dazu ua *K. Lachmayr*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750 ff und *Walzel von Wiesentreu*, Die Wirtschaftsfreiheit der Gemeinde – Verfassungsdogmatische Anmerkungen zur Zulässigkeit der Ausgliederung von Gemeindeaufgaben, in *Kahl ua* (Hrsg), FS Wimmer (2008) 657 ff.
17) ZVB 2007, 49, 197; 74, 301.
18) Siehe etwa *Fruhmann*, Der gemeinschaftsrechtliche Vertragsbegriff, In-House und das Transparenzprinzip, ZVB 2008, 73 ff; allein in der ZVB 2007 kommt der Begriff der In-House-Vergabe 8-mal im Stichwortregister und zwei weitere Male unter der Figur „Quasi-In-House-Vergabe" vor.

nicht nur die Rechtsfragen, sondern auch die möglichen „Abweichungen" von einem rechtlich richtigen „Weg" iSd zu wählenden Verfahrens[19] und damit erneut die Haftungsfragen für den beratend Tätigen, oft für den Zivilingenieur.

Pro futuro ist daher einer einheitlichen gesetzlichen Regelung betreffend die Vergabevorgänge im Bereich der Daseinsvorsorge dringend das Wort zu reden.[20] In diesem Zusammenhang ist auch entsprechende Rechtssicherheit dahin gehend zu fordern, dass das Gesetz – und sei es auch das europäische Gesetz als die „Drehscheibe des modernen, demokratischen Rechtsstaates" *(Klecatsky)* an die Stelle der Rechtsauslegung durch Gerichtshöfe und Nachprüfungsbehörden tritt; nur so kann die Vorhersehbarkeit als wesentliches Kriterium der wirtschaftlichen Planung und damit der staatlichen Daseinsvorsorge gewahrt bleiben.

19) Siehe dazu aktuell den Beitrag von *J. Schmid*, Anforderungen an das Vergaberecht aus der Sicht der Städte und Gemeinden, in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP V (Tagungsband zum 5. Jahresforum 2007) 149 ff, der ganz explizit auf die Problemlagen „Daseinsvorsorge", „PPP" und „In-House-Vergaben" eingeht.

20) So auch *Schmid*, aaO 152 f.

Das bewährte Bauträger-Handbuch jetzt in Neuauflage!

2008. XXII, 300 Seiten.
Br. EUR 46,-
ISBN 978-3-214-08084-6

Kallinger/Gartner/Stingl
Bauträger & Projektentwickler
5. Auflage

Bereits in fünfter Auflage erläutert dieses Handbuch leicht verständlich die Wissensgrundlagen zur Bewältigung der vielfältigen Aufgaben, die das moderne Berufsbild des Bauträgers umfasst. **Vertragsmuster, Übersichten und Beispiele** veranschaulichen die **optimale Immobilienentwicklung und -verwertung.**

Neu in der 5. Auflage:

- Bauträgervertragsgesetz-Novelle 2008
- Berufsrechtliche Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit Ziviltechnikergesetz-Novelle 2005
- Qualifikationskriterien von Bauträger-Mitarbeitern gemäß ON-Regel 43003
- Überarbeitung der Kapitel über Bauträgerkalkulation uvm!

Besuchen Sie unsere Fachbuchhandlung für Recht, Steuer, Wirtschaft!
E-Mail: bestellen@manz.at • Tel.: 01/531 61-100 • Fax: 01/531 61-455 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Kohlmarkt 16, 1014 Wien FN 124 181w • HG Wien

MANZ