

TE OGH 2011/12/21 7Ob129/11p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. E***** Gesellschaft mbH, *****, und 2. C***** GmbH, *****, beide vertreten durch Dr. Georg Rihs, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, und die Nebenintervenientin P*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Mag. Nikolaus Weiser, Rechtsanwalt in Wien, wegen 286.177,91 EUR sA, über den Rekurs der klagenden Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Jänner 2011, GZ 16 R 104/07t-20, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 20. März 2007, GZ 30 Cg 1/07y-12, als nichtig aufgehoben und die Klage zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur Entscheidung über die Berufung unter Abstandnahme vom gebrauchten Klagszurückweisungsgrund an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der beklagte Bund (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft; Bezirkshauptmannschaft des Verwaltungsbezirks Wiener Neustadt) schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 21. 9. 2001 in einem nicht offenen Verfahren die „Sanierung der A*****“ aus. Die Nebenintervenientin ist die Gesamtrechtsnachfolgerin der sie bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens beratenden Gesellschaft. Das Ende der Bewerbungsfrist wurde mit 30. 10. 2001, das Ende der Anbotsfrist mit 26. 2. 2002 festgelegt. Gegenstand der Ausschreibung war die Räumung einer mit vorwiegend hausmüllähnlichen und mineralischen Abfällen verfüllten ehemaligen Kiesgrube und des kontaminierten Untergrundes sowie der Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle. Sowohl Bewerber- als auch Bietergemeinschaften wurden zugelassen. Unter Punkt C der Unterlagen für den Teilnahmeantrag (Eignungskriterien und Nachweise) wurde hinsichtlich des Nachweises der Befugnis (Punkt C.2.) unter anderem gefordert: „Nachweis der Befugnis 'Baumeister' gemäß § 202 GewO 1994 BGBl Nr 194/1994 idgF oder gleichwertige Befugnis für die durchzuführenden Arbeiten im Sitzstaat des Unternehmens.“ Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im

Hinblick auf die Entsorgung wurde in Punkt C.4.2. festgehalten: „Im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen wird zusätzlich das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung für die im gegenständlichen Projekt anfallenden Abfallfraktionen gefordert. Diese kann auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe nachgereicht werden.“ Der beklagte Bund (Bundesministerium für Land-, und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft; Bezirkshauptmannschaft des Verwaltungsbezirks Wiener Neustadt) schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 21. 9. 2001 in einem nicht offenen Verfahren die „Sanierung der A*****“ aus. Die Nebenintervenientin ist die Gesamtrechtsnachfolgerin der sie bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens beratenden Gesellschaft. Das Ende der Bewerbungsfrist wurde mit 30. 10. 2001, das Ende der Anbotsfrist mit 26. 2. 2002 festgelegt. Gegenstand der Ausschreibung war die Räumung einer mit vorwiegend hausmüllähnlichen und mineralischen Abfällen verfüllten ehemaligen Kiesgrube und des kontaminierten Untergrundes sowie der Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle. Sowohl Bewerber- als auch Bietergemeinschaften wurden zugelassen. Unter Punkt C der Unterlagen für den Teilnahmeantrag (Eignungskriterien und Nachweise) wurde hinsichtlich des Nachweises der Befugnis (Punkt C.2.) unter anderem gefordert: „Nachweis der Befugnis 'Baumeister' gemäß Paragraph 202, GewO 1994 Bundesgesetzblatt Nr 194 aus 1994, idgF oder gleichwertige Befugnis für die durchzuführenden Arbeiten im Sitzstaat des Unternehmens.“ Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Entsorgung wurde in Punkt C.4.2. festgehalten: „Im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen wird zusätzlich das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung für die im gegenständlichen Projekt anfallenden Abfallfraktionen gefordert. Diese kann auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe nachgereicht werden.“

Die Klägerinnen hatten die Absicht, sich gemeinsam als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren zu beteiligen. Auf ihre Anfrage teilten Repräsentanten der Beklagten klarstellend mit, dass bei allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft die Befugnis eines Baumeisters nach § 202 GewO oder eines Bauträgers nach § 225 GewO erforderlich sei. Die Klägerinnen beteiligten sich letztlich am Vergabeverfahren nicht, weil sie nicht beide über eine „aufrechte Baumeisterbefugnis“ und über keine „gültige Exportgenehmigung“ verfügten. Die Klägerinnen hatten die Absicht, sich gemeinsam als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren zu beteiligen. Auf ihre Anfrage teilten Repräsentanten der Beklagten klarstellend mit, dass bei allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft die Befugnis eines Baumeisters nach Paragraph 202, GewO oder eines Bauträgers nach Paragraph 225, GewO erforderlich sei. Die Klägerinnen beteiligten sich letztlich am Vergabeverfahren nicht, weil sie nicht beide über eine „aufrechte Baumeisterbefugnis“ und über keine „gültige Exportgenehmigung“ verfügten.

Mit Schriftsatz vom 12. 11. 2001 (also nach Ablauf der Bewerbungsfrist, aber vor Ende der Anbotsfrist) beantragten die Klägerinnen beim Bundesvergabeamt unter anderem die Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen, dass die Befugnis Baumeister für alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft vorhanden sein müsse und dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe gefordert werde. Hilfsweise wurde beantragt, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Mit Bescheid vom 28. 1. 2002 wies das Bundesvergabeamt alle Anträge auf Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen ab. Gegen diesen Bescheid erhoben die Klägerinnen am 8. 3. 2002 Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof.

Am 29. 4. 2002 wurde der Zuschlag erteilt. Dies wurde am 27. 6. 2002 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

Mit Erkenntnis vom 21. 6. 2004, B 531/02-8, hob der Verfassungsgerichtshof den Bescheid des Bundesvergabeamts in den Spruchteilen auf, die sich auf die Nachweise der Baumeisterbefugnis und der gültigen Exportgenehmigung beziehen. Durch das Verlangen einer Baumeisterbefugnis bei allen Mitgliedern einer Bewerber-/Bietergemeinschaft werde das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt. Hinsichtlich des Verlangens einer gültigen Exportgenehmigung sei es unterlassen worden, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie bereits während eines Vergabeverfahrens zur Räumung einer Deponie ein entsprechendes Notifizierungsverfahren betreffend den erst im Zuge der Räumung zu bergenden Abfall durchgeführt werden könne. Im Übrigen wies der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde ab. Ein Kostenzuspruch erfolgte nicht.

Im weiteren Verfahren vor dem Bundesvergabeamt stellten die Klägerinnen mit Schriftsatz vom 11. 5. 2005 die

Feststellungsanträge, dass die in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderungen, dass ein jedes Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft eine Baumeisterbefugnis haben müsse und dass die Bieter spätestens zum Tag der Anbotsabgabe über eine gültige Exportgenehmigung verfügen müssten, rechtswidrig seien.

Mit Schriftsatz vom 2. 11. 2005 „ergänzten“ die Klägerinnen ihre Anträge dahin, dass das Bundesvergabeamt weiters feststellen möge, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz (BVerGG) der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei.

Die Beklagte beantragte in der Stellungnahme vom 20. 3. 2006 die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung der in den beiden zuletzt genannten Schriftsätzen enthaltenen Anträge. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt von der Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach § 162 Abs 3 BVerGG 2002 ausgehe, werde die Feststellung begehrt, die Klägerinnen hätten auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVerGG 1997, hilfsweise des BVerGG 2002, und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt. Die Beklagte beantragte in der Stellungnahme vom 20. 3. 2006 die Zurückweisung, hilfsweise die Abweisung der in den beiden zuletzt genannten Schriftsätzen enthaltenen Anträge. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt von der Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 162, Absatz 3, BVerGG 2002 ausgehe, werde die Feststellung begehrt, die Klägerinnen hätten auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVerGG 1997, hilfsweise des BVerGG 2002, und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt.

Mit Schriftsatz vom 19. 4. 2006 beantragten die Klägerinnen die Abweisung dieses Antrags.

Mit Bescheid vom 14. 7. 2006 sprach das Bundesvergabeamt aus:

„I.

Den Anträgen, 'die in Punkt 10.2 Teilnahmeunterlagen (S 26) und in der Anfragebeantwortung vom 18. 10. 2001 (zur Frage 1) enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis Baumeister für alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft' sowie 'die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist (Teilnahmeunterlagen, S 28), für nichtig zu erklären', wird insofern stattgegeben, als festgestellt wird, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVerGG 2002, nämlich der Forderung, dass sämtliche Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft über die Befugnis 'Baumeister' zu verfügen haben, der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

...“

Das darüber hinausgehende Begehren hinsichtlich der „gültigen Exportgenehmigung“ wies das Bundesvergabeamt ab. Die Anträge der Beklagten festzustellen, dass die Klägerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVerGG 1997 und 2002 sowie der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten, wies es ebenfalls ab. Da bereits die Zuschlagserteilung erfolgt sei, sei das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Nichtigserklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zuständig. Seine Entscheidung sei auf die Feststellung von Rechtsverstoßen zu beschränken. Das bisherige Nachprüfungsverfahren habe sich durch die Zuschlagserteilung ex lege in ein Feststellungsverfahren umgewandelt. Entsprechend den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs sei davon auszugehen, dass die Bietergemeinschaft nur in ihrer Gesamtheit über die erforderlichen Befugnisse verfügen müsse. Aus diesem Grund sei die Festlegung in der Ausschreibung, wonach alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters zu verfügen hätten, als überschießend und dem BVerGG 2002 widersprechend anzusehen. Die Teilnahmeunterlagen seien daher in diesem Punkt rechtswidrig. Da die Bestbieterermittlung somit unter anderen Voraussetzungen durchzuführen gewesen wäre, sei nicht auszuschließen, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt worden wäre. Das Bundesvergabeamt sei auch im Fall des § 175 Abs 2 BVerGG 2002 dazu berufen, eine Feststellung im Sinn des § 162 Abs 3 BVerGG 2002 zu treffen; ansonsten bleibe ungewiss, ob ein solcher Ausspruch für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs im Sinn des § 184 Abs 2 BVerGG 2002 ausreiche. Zum Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Forderung nach dem Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung führte das Bundesvergabeamt aus, es sei den Klägerinnen nach den gesetzlichen Bestimmungen und der Verwaltungspraxis möglich gewesen, die Genehmigung zu erwirken und das Notifizierungsverfahren innerhalb der Angebotsfrist abzuschließen. Diese Bestimmung in den Teilnahmeunterlagen sei nicht rechtswidrig. Das darüber hinausgehende Begehren hinsichtlich der „gültigen Exportgenehmigung“ wies das Bundesvergabeamt ab. Die Anträge der Beklagten festzustellen, dass die Klägerinnen auch bei Einhaltung der

Bestimmungen des BVergG 1997 und 2002 sowie der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten, wies es ebenfalls ab. Da bereits die Zuschlagserteilung erfolgt sei, sei das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zuständig. Seine Entscheidung sei auf die Feststellung von Rechtsverstößen zu beschränken. Das bisherige Nachprüfungsverfahren habe sich durch die Zuschlagserteilung ex lege in ein Feststellungsverfahren umgewandelt. Entsprechend den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs sei davon auszugehen, dass die Bietergemeinschaft nur in ihrer Gesamtheit über die erforderlichen Befugnisse verfügen müsse. Aus diesem Grund sei die Festlegung in der Ausschreibung, wonach alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters zu verfügen hätten, als überschießend und dem BVergG 2002 widersprechend anzusehen. Die Teilnahmeunterlagen seien daher in diesem Punkt rechtswidrig. Da die Bestbieterermittlung somit unter anderen Voraussetzungen durchzuführen gewesen wäre, sei nicht auszuschließen, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt worden wäre. Das Bundesvergabeamt sei auch im Fall des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 dazu berufen, eine Feststellung im Sinn des Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 zu treffen; ansonsten bleibe ungewiss, ob ein solcher Ausspruch für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs im Sinn des Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 ausreiche. Zum Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Forderung nach dem Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung führte das Bundesvergabeamt aus, es sei den Klägerinnen nach den gesetzlichen Bestimmungen und der Verwaltungspraxis möglich gewesen, die Genehmigung zu erwirken und das Notifizierungsverfahren innerhalb der Angebotsfrist abzuschließen. Diese Bestimmung in den Teilnahmeunterlagen sei nicht rechtswidrig.

Die Klägerinnen erhoben gegen den abweisenden Teil des Bescheids Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Das Verfahren ist noch anhängig.

Das bereits vor diesem Vergabeverfahren eingeleitete (erste) Vergabeverfahren wurde widerrufen. Die Klägerinnen beteiligten sich an der ersten Ausschreibung, erwirkten jedoch keinen Bescheid des Bundesvergabeamts, wonach der Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig gewesen sei.

Die Klägerinnen begehren mit der am 2. 1. 2007 eingebrachten Klage den Ersatz der (frustrierten) Kosten für getätigte Aufwände im Vergabeverfahren, die ihnen durch die rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen der Beklagten hinsichtlich der verlangten „Baumeisterbefugnis“ (diese Bestimmung sei von den Klägerinnen mit Erfolg bekämpft worden) und „Exportgenehmigung“ (dazu sei eine Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof anhängig) entstanden seien. Sie seien daran gehindert worden, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen und ein Anbot abzugeben, wodurch die geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten notwendig geworden seien, um den Feststellungsbescheid des Bundesvergabeamts zu erwirken. Der weit überwiegende Teil der Kosten beziehe sich auf die Prüfung, welche Ansprüche den Klägerinnen insgesamt zustünden. Der Schadenersatzanspruch werde nicht nur auf den Beteiligungskostenersatz gegründet, sondern auch auf jeden anderen erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere auf culpa in contrahendo.

Die Beklagte beantragt die Klagsabweisung. Die Klägerinnen hätten kein Anbot und keinen Teilnahmeantrag gestellt, sodass sie am Vergabeverfahren nicht beteiligt gewesen seien. Es treffe die Beklagte kein Verschulden. Die Ausschreibungsforderung nach dem Baumeistergewerbe bei jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft sei zunächst auch vom Bundesvergabeamt als rechtmäßig erkannt worden. Der Verfassungsgerichtshof habe außerdem zum Ausdruck gebracht, dass in dieser Frage Argumentationsspielraum bestehe. Da die Klägerinnen eine ausreichende Entsorgungskapazität nicht nachweisen hätten können und nicht über entsprechende Exportbewilligungen verfügten, sei die als rechtswidrig erkannte Anforderung für den allfälligen Schaden nicht kausal gewesen. Sie seien nämlich auch aus diesem Grund nicht in der Lage gewesen, ein Anbot zu legen. Mangels eines entsprechenden Feststellungsbescheids sei zur Frage des Erfordernisses einer Exportgenehmigung gemäß § 341 Abs 2 BVergG 2006 der Rechtsweg unzulässig. Auch wenn der Bescheid angefochten worden sei, gehöre er nach wie vor zum Rechtsbestand. Selbst wenn der Rechtsweg zulässig sein solle, sei ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Klägerinnen verjährt. Die Beklagte beantragt die Klagsabweisung. Die Klägerinnen hätten kein Anbot und keinen Teilnahmeantrag gestellt, sodass sie am Vergabeverfahren nicht beteiligt gewesen seien. Es treffe die Beklagte kein Verschulden. Die Ausschreibungsforderung nach dem Baumeistergewerbe bei jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft sei zunächst auch vom Bundesvergabeamt als rechtmäßig erkannt worden. Der Verfassungsgerichtshof habe außerdem zum Ausdruck gebracht, dass in dieser Frage Argumentationsspielraum bestehe. Da die Klägerinnen eine ausreichende Entsorgungskapazität nicht nachweisen hätten können und nicht über entsprechende Exportbewilligungen verfügten,

sei die als rechtswidrig erkannte Anforderung für den allfälligen Schaden nicht kausal gewesen. Sie seien nämlich auch aus diesem Grund nicht in der Lage gewesen, ein Anbot zu legen. Mangels eines entsprechenden Feststellungsbescheids sei zur Frage des Erfordernisses einer Exportgenehmigung gemäß Paragraph 341, Absatz 2, BVergG 2006 der Rechtsweg unzulässig. Auch wenn der Bescheid angefochten worden sei, gehöre er nach wie vor zum Rechtsbestand. Selbst wenn der Rechtsweg zulässig sein solle, sei ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Klägerinnen verjährt.

Die Nebenintervenientin beantragt die Klagsabweisung. Sie schloss sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Beklagten an.

Das Erstgericht wies das auf Zahlung gerichtete Haupt- und das Eventualbegehren ab. Gemäß § 345 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 seien auf die nach dem 1. 2. 2006 eingebrachte Klage ausschließlich die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden. Die Klägerinnen könnten sich nur auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsforderung „Baumeisterbefugnis“ stützen, weil in diesem Umfang die Rechtswidrigkeit der Forderung durch Bescheid ausgesprochen worden sei. Die Klägerinnen hätten sich jedoch auch deshalb nicht am Vergabeverfahren beteiligen können, weil es ihnen nicht möglich gewesen sei, den weiters geforderten Nachweis des Vorliegens einer gültigen Exportgenehmigung zur Entsorgung der Abfälle in nicht in Österreich gelegenen Entsorgungsanlagen spätestens im Zeitpunkt der Anbotslegung zu erbringen. Dieses Erfordernis sei nicht für rechtswidrig erklärt worden. Seien Bewerber aus mehreren Gründen an der Beteiligung an einem Vergabeverfahren gehindert, von denen bloß ein einziger dem Auftraggeber als Verstoß gegen das BVergG 2006 anzulasten sei, erscheine es unbillig, ihm dennoch den Ersatz der Beteiligungskosten nach § 338 Abs 1 BVergG 2006 zu gewähren. Hinzu komme, dass Beteiligungskostenersatz nach § 338 Abs 1 BVergG 2006 nur die Kosten der Anbotstellung und die Kosten der Ausschreibungsunterlagen umfasse, nicht jedoch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens. Da die Klägerinnen zuletzt klargestellt hätten, dass sie sich am Vergabeverfahren gar nicht beteiligt hätten, seien ihnen auch keine Kosten für eine Anbotstellung, sondern nur für die Vorbereitung dieses Prozesses (insbesondere zur Erwirkung des Feststellungsbescheids des Bundesvergabeamts) entstanden. Der Anspruch bestehe auch nicht aus dem Titel der culpa in contrahendo zu Recht. Das Erstgericht wies das auf Zahlung gerichtete Haupt- und das Eventualbegehren ab. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 seien auf die nach dem 1. 2. 2006 eingebrachte Klage ausschließlich die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden. Die Klägerinnen könnten sich nur auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsforderung „Baumeisterbefugnis“ stützen, weil in diesem Umfang die Rechtswidrigkeit der Forderung durch Bescheid ausgesprochen worden sei. Die Klägerinnen hätten sich jedoch auch deshalb nicht am Vergabeverfahren beteiligen können, weil es ihnen nicht möglich gewesen sei, den weiters geforderten Nachweis des Vorliegens einer gültigen Exportgenehmigung zur Entsorgung der Abfälle in nicht in Österreich gelegenen Entsorgungsanlagen spätestens im Zeitpunkt der Anbotslegung zu erbringen. Dieses Erfordernis sei nicht für rechtswidrig erklärt worden. Seien Bewerber aus mehreren Gründen an der Beteiligung an einem Vergabeverfahren gehindert, von denen bloß ein einziger dem Auftraggeber als Verstoß gegen das BVergG 2006 anzulasten sei, erscheine es unbillig, ihm dennoch den Ersatz der Beteiligungskosten nach Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006 zu gewähren. Hinzu komme, dass Beteiligungskostenersatz nach Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006 nur die Kosten der Anbotstellung und die Kosten der Ausschreibungsunterlagen umfasse, nicht jedoch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens. Da die Klägerinnen zuletzt klargestellt hätten, dass sie sich am Vergabeverfahren gar nicht beteiligt hätten, seien ihnen auch keine Kosten für eine Anbotstellung, sondern nur für die Vorbereitung dieses Prozesses (insbesondere zur Erwirkung des Feststellungsbescheids des Bundesvergabeamts) entstanden. Der Anspruch bestehe auch nicht aus dem Titel der culpa in contrahendo zu Recht.

Das Berufungsgericht stellte zunächst mit seinem Beschluss vom 11. 7. 2007, GZ 16 R 104/07t-18, gemäß § 341 Abs 4 BVergG 2006 iVm Art 131 Abs 2 B-VG beim Verwaltungsgerichtshof den Antrag, die Rechtswidrigkeit des Spruchteils I des Bescheids des Bundesvergabeamts - wie vorhin wörtlich zitiert - festzustellen. Das Berufungsverfahren wurde bis zum Einlangen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs unterbrochen. Das Berufungsgericht stellte zunächst mit seinem Beschluss vom 11. 7. 2007, GZ 16 R 104/07t-18, gemäß Paragraph 341, Absatz 4, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 131, Absatz 2, B-VG beim Verwaltungsgerichtshof den Antrag, die Rechtswidrigkeit des Spruchteils römisch eins des Bescheids des Bundesvergabeamts - wie vorhin wörtlich zitiert -, festzustellen. Das Berufungsverfahren wurde bis zum Einlangen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs unterbrochen.

Mit Erkenntnis vom 26. 11. 2010, 2007/04/0162-10, entschied der Verwaltungsgerichtshof: „Gemäß § 341 Abs 4 BVerG 2006 wird festgestellt, dass der angefochtene Bescheid in seinem Spruchteil I, soweit mit diesem festgestellt wurde, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, rechtswidrig ist.“ Im Zeitpunkt der Erlassung des bekämpften Erkenntnisses vom 21. 6. 2004 sei das BVerG 2002 in Geltung gestanden, am 1. 2. 2006 sei das BVerG 2006 in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs 4 BVerG 2006 seien Verfahren, die (wie hier) beim Bundesvergabeamt im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig gewesen seien, nach den Bestimmungen des BVerG 2002 fortzuführen. Gemäß § 188 Abs 3 dritter Satz BVerG 2002 seien Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, in welchen (wie hier) ein Bescheid des Bundesvergabeamts nicht vor dem 1. 9. 2002 durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden sei, nach den Bestimmungen des BVerG 2002 fortzuführen. Das Bundesvergabeamt habe daher das Vergabekontrollverfahren bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheids nach den Bestimmungen des BVerG 2002 zu führen, sodass es gemäß § 175 Abs 2 BVerG 2002 bloß festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen sei. Davon sei die Frage zu unterscheiden, nach welchen (materiell-rechtlichen) Vorschriften das Bundesvergabeamt die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers zu beurteilen habe. Da der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVerG 1997 zu führen habe, habe die belangte Behörde die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers (Teilnahmeunterlagen) nach den Bestimmungen des BVerG 1997 zu beurteilen. Im Bescheid sei zwar die unrichtige Gesetzesstelle genannt worden (BVerG 2002), doch führe dies nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheids. Er stelle in der Begründung auf die richtigen Bestimmungen aus dem BVerG 1997, die im Wesentlichen - soweit hier relevant - inhaltsgleich mit jenen des BVerG 2002 seien, ab. Schon infolge Bindung an das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs habe das Bundesvergabeamt zum Ergebnis gelangen müssen, dass die bekämpfte Forderung nach einer Baumeisterbefugnis bei allen Mitgliedern einer Bieter-/Bewerbergemeinschaft rechtswidrig sei.

Mit Erkenntnis vom 26. 11. 2010, 2007/04/0162-10, entschied der Verwaltungsgerichtshof: „Gemäß Paragraph 341, Absatz 4, BVerG 2006 wird festgestellt, dass der angefochtene Bescheid in seinem Spruchteil römisch eins, soweit mit diesem festgestellt wurde, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, rechtswidrig ist.“ Im Zeitpunkt der Erlassung des bekämpften Erkenntnisses vom 21. 6. 2004 sei das BVerG 2002 in Geltung gestanden, am 1. 2. 2006 sei das BVerG 2006 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 4, BVerG 2006 seien Verfahren, die (wie hier) beim Bundesvergabeamt im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig gewesen seien, nach den Bestimmungen des BVerG 2002 fortzuführen. Gemäß Paragraph 188, Absatz 3, dritter Satz BVerG 2002 seien Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, in welchen (wie hier) ein Bescheid des Bundesvergabeamts nicht vor dem 1. 9. 2002 durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden sei, nach den Bestimmungen des BVerG 2002 fortzuführen. Das Bundesvergabeamt habe daher das Vergabekontrollverfahren bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheids nach den Bestimmungen des BVerG 2002 zu führen, sodass es gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVerG 2002 bloß festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen sei. Davon sei die Frage zu unterscheiden, nach welchen (materiell-rechtlichen) Vorschriften das Bundesvergabeamt die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers zu beurteilen habe. Da der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVerG 1997 zu führen habe, habe die belangte Behörde die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers (Teilnahmeunterlagen) nach den Bestimmungen des BVerG 1997 zu beurteilen. Im Bescheid sei zwar die unrichtige Gesetzesstelle genannt worden (BVerG 2002), doch führe dies nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheids. Er stelle in der Begründung auf die richtigen Bestimmungen aus dem BVerG 1997, die im Wesentlichen - soweit hier relevant - inhaltsgleich mit jenen des BVerG 2002 seien, ab. Schon infolge Bindung an das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs habe das Bundesvergabeamt zum Ergebnis gelangen müssen, dass die bekämpfte Forderung nach einer Baumeisterbefugnis bei allen Mitgliedern einer Bieter-/Bewerbergemeinschaft rechtswidrig sei.

Der Rechtsansicht des Bundesvergabeamts, dass auch im Fall des § 175 Abs 2 BVerG 2002 eine Feststellung gemäß § 162 Abs 3 BVerG 2002 zu erfolgen habe, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, er habe zwei verschiedene Arten von Feststellungsentscheidungen vorsehen wollen und weil die Feststellung, ob „der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“, eine notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß § 184 Abs 2 BVerG 2002 sei, sei nicht zu folgen. Der Antrag der Klägerinnen habe die Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlagen betroffen. Daher habe auch Gegenstand der Feststellung nach § 175 Abs 2 BVerG 2002 nur die Rechtswidrigkeit dieser Teilnahmeunterlagen sein können, nicht

aber die Rechtswidrigkeit einer anderen Entscheidung des Auftraggebers. Der Spruchpunkt I des angefochtenen Bescheids erweise sich im hier angefochtenen Umfang daher als rechtswidrig, weil die belangte Behörde festgestellt habe, „der Zuschlag“ sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden, obwohl Gegenstand ihrer Feststellung gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 nur die Rechtmäßigkeit der Teilnahmeunterlagen habe sein können. An diesem Ergebnis ändere der (ergänzende) Antrag der Klägerinnen vom 2. 11. 2005 nichts, mit dem genau dieses begehrt worden sei, weil er nicht fristgerecht eingebracht worden sei. Der Zuschlag sei nämlich am 29. 4. 2002 erteilt und am 27. 6. 2002 im Amtsblatt veröffentlicht worden, sodass der Feststellungsantrag vom 2. 11. 2005 außerhalb der sechswöchigen Antragsfrist der §§ 113 Abs 3 iVm 115 Abs 4 BVergG 1997 (ebenso § 168 Abs 2 BVergG 2002) eingebracht worden sei. Der Verwaltungsgerichtshof teile auch nicht die Ansicht der belangten Behörde, dass es aus Rechtsschutzüberlegungen notwendig sei, die gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 vorgesehene Feststellung in eine Feststellung, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, umzudeuten, um die Voraussetzungen des § 184 Abs 2 BVergG 2002 für eine Schadenersatzklage zu schaffen. Der Verwaltungsgerichtshof habe nämlich bereits im Erkenntnis vom 1. 3. 2005, 2003/04/0199 (unter Hinweis auf das Erkenntnis 2004/04/0012) ausgesprochen, dass die Vergabekontrollbehörde gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 - als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen - festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen sei. Damit sei im Sinn des Art 2 Abs 1 lit c der RL 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 sicher gestellt, dass demjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden sei, Schadenersatz zuerkannt werden könne (vgl dazu auch EuGH 30. 9. 2010, Rs C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag Rn 32 f). Der bekämpfte Bescheid erweise sich daher deshalb als rechtswidrig, weil die belangte Behörde - abweichend vom Nachprüfungsantrag vom 12. 11. 2001, der sich gegen die Teilnahmeunterlagen des Auftraggebers gerichtet habe - über den Zuschlag des Auftraggebers abgesprochen und somit die Sache des Vergabekontrollverfahrens überschritten habe. Der Rechtsansicht des Bundesvergabeamts, dass auch im Fall des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 eine Feststellung gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 zu erfolgen habe, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, er habe zwei verschiedene Arten von Feststellungsentscheidungen vorsehen wollen und weil die Feststellung, ob „der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“, eine notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 sei, sei nicht zu folgen. Der Antrag der Klägerinnen habe die Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlagen betroffen. Daher habe auch Gegenstand der Feststellung nach Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 nur die Rechtswidrigkeit dieser Teilnahmeunterlagen sein können, nicht aber die Rechtswidrigkeit einer anderen Entscheidung des Auftraggebers. Der Spruchpunkt römisch eins des angefochtenen Bescheids erweise sich im hier angefochtenen Umfang daher als rechtswidrig, weil die belangte Behörde festgestellt habe, „der Zuschlag“ sei nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden, obwohl Gegenstand ihrer Feststellung gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 nur die Rechtmäßigkeit der Teilnahmeunterlagen habe sein können. An diesem Ergebnis ändere der (ergänzende) Antrag der Klägerinnen vom 2. 11. 2005 nichts, mit dem genau dieses begehrt worden sei, weil er nicht fristgerecht eingebracht worden sei. Der Zuschlag sei nämlich am 29. 4. 2002 erteilt und am 27. 6. 2002 im Amtsblatt veröffentlicht worden, sodass der Feststellungsantrag vom 2. 11. 2005 außerhalb der sechswöchigen Antragsfrist der Paragraphen 113, Absatz 3, in Verbindung mit 115 Absatz 4, BVergG 1997 (ebenso Paragraph 168, Absatz 2, BVergG 2002) eingebracht worden sei. Der Verwaltungsgerichtshof teile auch nicht die Ansicht der belangten Behörde, dass es aus Rechtsschutzüberlegungen notwendig sei, die gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 vorgesehene Feststellung in eine Feststellung, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, umzudeuten, um die Voraussetzungen des Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 für eine Schadenersatzklage zu schaffen. Der Verwaltungsgerichtshof habe nämlich bereits im Erkenntnis vom 1. 3. 2005, 2003/04/0199 (unter Hinweis auf das Erkenntnis 2004/04/0012) ausgesprochen, dass die Vergabekontrollbehörde gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 - als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen - festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig gewesen sei. Damit sei im Sinn des Artikel 2, Absatz eins, Litera c, der RL 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 sicher gestellt, dass demjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden sei, Schadenersatz zuerkannt werden könne vergleiche dazu auch EuGH 30. 9. 2010, Rs C-314/09, Stadt Graz gegen Strabag Rn 32 f). Der bekämpfte Bescheid erweise sich daher deshalb als rechtswidrig, weil die belangte Behörde - abweichend vom Nachprüfungsantrag vom 12. 11. 2001, der sich gegen die Teilnahmeunterlagen des Auftraggebers gerichtet habe - über den Zuschlag des Auftraggebers abgesprochen und somit die Sache des Vergabekontrollverfahrens überschritten habe.

Mit dem angefochtenen Beschluss setzte das Berufungsgericht das Berufungsverfahren fort. Es hob aus Anlass der Berufung infolge des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs das Ersturteil und das diesem vorangegangene Verfahren als nichtig auf und wies die Klage zurück. Gemäß § 341 Abs 2 Z 1 BVerGG 2006 sei eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt sei, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei. Der die Rechtswidrigkeit feststellende Bescheid sei Prozessvoraussetzung. Durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. 11. 2010 sei diese Prozessvoraussetzung - insoweit die Klägerinnen ihr Begehren auf die Rechtswidrigkeit dieses Punkts der Teilnahmebedingungen stützten - weggefallen, weil der Bescheid des Bundesvergabeamts im aufgezeigten Umfang rechtswidrig gewesen sei. Werde die Klage nachträglich wegen Wegfalls einer Prozessvoraussetzung unzulässig, sei sie zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären. Zur Forderung nach einer gültigen Exportgenehmigung liege kein die Rechtswidrigkeit feststellender Bescheid einer Vergabekontrollbehörde vor. Den Klägerinnen sei es auch nicht möglich, ihren Anspruch auf culpa in contrahendo zu stützen. Durch die Regelung des § 340 BVerGG 2006 sei klargestellt, dass die Sanktionsvorschriften des BVerGG 2006 als *leges speciales* den anderen Rechtsvorschriften voringen, diese also nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden dürften, soweit das Sonderzivilrecht des BVerGG zusätzliche materielle und formelle Anspruchsvoraussetzungen normiere, insbesondere das Erfordernis des vorhergehenden Feststellungsbescheids gemäß § 341 Abs 2 BVerGG 2006. Dieses zweigeteilte Zuständigkeitskonzept dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass ein aus einem Verstoß gegen das BVerGG oder gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht resultierender Ersatzanspruch auf eine andere Rechtsgrundlage, für die das vorgeschaltete Feststellungsverfahren nicht gelte, gestützt werde. Ein und derselbe Vergabeverstoß könne daher nicht auch auf culpa in contrahendo gestützt werden. Mit dem angefochtenen Beschluss setzte das Berufungsgericht das Berufungsverfahren fort. Es hob aus Anlass der Berufung infolge des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs das Ersturteil und das diesem vorangegangene Verfahren als nichtig auf und wies die Klage zurück. Gemäß Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer eins, BVerGG 2006 sei eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt sei, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei. Der die Rechtswidrigkeit feststellende Bescheid sei Prozessvoraussetzung. Durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. 11. 2010 sei diese Prozessvoraussetzung - insoweit die Klägerinnen ihr Begehren auf die Rechtswidrigkeit dieses Punkts der Teilnahmebedingungen stützten - weggefallen, weil der Bescheid des Bundesvergabeamts im aufgezeigten Umfang rechtswidrig gewesen sei. Werde die Klage nachträglich wegen Wegfalls einer Prozessvoraussetzung unzulässig, sei sie zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären. Zur Forderung nach einer gültigen Exportgenehmigung liege kein die Rechtswidrigkeit feststellender Bescheid einer Vergabekontrollbehörde vor. Den Klägerinnen sei es auch nicht möglich, ihren Anspruch auf culpa in contrahendo zu stützen. Durch die Regelung des Paragraph 340, BVerGG 2006 sei klargestellt, dass die Sanktionsvorschriften des BVerGG 2006 als *leges speciales* den anderen Rechtsvorschriften voringen, diese also nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden dürften, soweit das Sonderzivilrecht des BVerGG zusätzliche materielle und formelle Anspruchsvoraussetzungen normiere, insbesondere das Erfordernis des vorhergehenden Feststellungsbescheids gemäß Paragraph 341, Absatz 2, BVerGG 2006. Dieses zweigeteilte Zuständigkeitskonzept dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass ein aus einem Verstoß gegen das BVerGG oder gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht resultierender Ersatzanspruch auf eine andere Rechtsgrundlage, für die das vorgeschaltete Feststellungsverfahren nicht gelte, gestützt werde. Ein und derselbe Vergabeverstoß könne daher nicht auch auf culpa in contrahendo gestützt werden.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Klägerinnen mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss ersatzlos aufzuheben und dem Berufungsgericht die Entscheidung über die Berufung aufzutragen.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist zulässig, er ist auch berechtigt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im vorhin zitierten Erkenntnis nicht die Rechtswidrigkeit des gesamten bekämpften Spruchteils I festgestellt, sondern nur soweit er sich auf die Zuschlagserteilung bezieht. Der übrige Spruchteil I, nämlich die Feststellung, dass die Forderung, dass sämtliche Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft über die Befugnis 'Baumeister' zu verfügen haben, einen Verstoß gegen das BVergG 2002 darstellt, blieb aufrecht. Der Verwaltungsgerichtshof vertrat - wie oben dargelegt - die Auffassung, dass vom Bundesvergabeamt nur über die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Teilnahmeunterlagen (mit Bindung an die Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofs) abzusprechen gewesen sei, nicht aber auch über die Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl auch das Erk. vom 1. 3. 2004, 2004/04/0012), dass der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG 2002 nach einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung zur Wahrung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach § 184 Abs 2 BVergG 2002 nicht zu einer neuerlichen (sukzessiven) Antragstellung in einem Feststellungsverfahren denselben behaupteten Verstoß betreffend gezwungen ist. Wird zwischenzeitlich (das heißt nach der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren und vor dem Erkenntnis des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofs) der Zuschlag erteilt, so hat eine Aufhebung des Bescheids der Vergabekontrollbehörde die gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 vorgesehene Wirkung, dass im fortgesetzten Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofs bloß festzustellen ist, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war. Damit ist für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, welche gemäß § 184 Abs 2 BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für Schadenersatzansprüche ist, gesichert, ohne dass es eines neuerlichen Feststellungsantrags durch den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG 2002 bedarf. Der Verwaltungsgerichtshof hat im vorhin zitierten Erkenntnis nicht die Rechtswidrigkeit des gesamten bekämpften Spruchteils römisch eins festgestellt, sondern nur soweit er sich auf die Zuschlagserteilung bezieht. Der übrige Spruchteil römisch eins, nämlich die Feststellung, dass die Forderung, dass sämtliche Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft über die Befugnis 'Baumeister' zu verfügen haben, einen Verstoß gegen das BVergG 2002 darstellt, blieb aufrecht. Der Verwaltungsgerichtshof vertrat - wie oben dargelegt - die Auffassung, dass vom Bundesvergabeamt nur über die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Teilnahmeunterlagen (mit Bindung an die Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofs) abzusprechen gewesen sei, nicht aber auch über die Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vergleiche auch das Erk. vom 1. 3. 2004, 2004/04/0012), dass der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG 2002 nach einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung zur Wahrung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 nicht zu einer neuerlichen (sukzessiven) Antragstellung in einem Feststellungsverfahren denselben behaupteten Verstoß betreffend gezwungen ist. Wird zwischenzeitlich (das heißt nach der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren und vor dem Erkenntnis des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofs) der Zuschlag erteilt, so hat eine Aufhebung des Bescheids der Vergabekontrollbehörde die gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 vorgesehene Wirkung, dass im fortgesetzten Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verfassungs-, oder Verwaltungsgerichtshofs bloß festzustellen ist, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war. Damit ist für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, welche gemäß Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für Schadenersatzansprüche ist, gesichert, ohne dass es eines neuerlichen Feststellungsantrags durch den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG 2002 bedarf.

Die Klage wurde am 2. 1. 2007 eingebracht. Das BVergG 2006 trat gemäß dessen § 354 Abs 1 Z 1 am 1. 2. 2006 in Kraft. Die Frage, nach welcher Gesetzeslage zu prüfen ist, ob der für die Klagsführung notwendige Feststellungsbescheid vorliegt, ob es sich hier insofern analog um einen „schon anhängigen“, nach alter Rechtslage zu beurteilenden Verfahrenspunkt handelt (vgl RIS-Justiz RS0120821), kann hier dahingestellt bleiben, weil § 184 Abs 2 BVergG 2002 im Wesentlichen - soweit hier relevant - § 341 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 entspricht. Die dargelegten Grundsätze sind für beide Gesetzeslagen anzuwenden. Die Klage wurde am 2. 1. 2007 eingebracht. Das BVergG 2006 trat gemäß dessen Paragraph 354, Absatz eins, Ziffer eins, am 1. 2. 2006 in Kraft. Die Frage, nach welcher Gesetzeslage zu prüfen ist, ob der für die Klagsführung notwendige Feststellungsbescheid vorliegt, ob es sich hier insofern analog um einen „schon anhängigen“, nach alter Rechtslage zu beurteilenden Verfahrenspunkt handelt vergleiche RIS-Justiz RS0120821), kann

hier dahingestellt bleiben, weil Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 im Wesentlichen - soweit hier relevant - Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 entspricht. Die dargelegten Grundsätze sind für beide Gesetzeslagen anzuwenden.

Das Gericht ist an das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs gemäß § 184 Abs 3 BVergG 2002 / § 341 Abs 4 BVergG 2006 gebunden. Da aber nur die Feststellung des Bescheids der Vergabekontrollbehörde mit dem Teil rechtswidrig ist, mit dem ausgesprochen wurde, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, während die Feststellung der Rechtswidrigkeit der von den Klägerinnen angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers (unter Bindung an das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs) aufrecht ist und dieser Bescheid dem als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geforderten Bescheid im Sinn des § 184 BVergG 2002 / § 341 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 entspricht (vgl auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006², § 341 Rz 5), hat das Berufungsgericht das als Prozessvoraussetzung notwendige Vorliegen eines Feststellungsbescheids zu Unrecht verneint. Daran ändert nichts, dass zur verlangten Exportgenehmigung kein die Rechtswidrigkeit feststellender Bescheid vorliegt. Auf die materiell-rechtliche Konsequenz ist in diesem Verfahrensstadum nicht einzugehen. Das Gericht ist an das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs gemäß Paragraph 184, Absatz 3, BVergG 2002 / Paragraph 341, Absatz 4, BVergG 2006 gebunden. Da aber nur die Feststellung des Bescheids der Vergabekontrollbehörde mit dem Teil rechtswidrig ist, mit dem ausgesprochen wurde, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, während die Feststellung der Rechtswidrigkeit der von den Klägerinnen angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers (unter Bindung an das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs) aufrecht ist und dieser Bescheid dem als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geforderten Bescheid im Sinn des Paragraph 184, BVergG 2002 / Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 entspricht vergleiche auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006², Paragraph 341, Rz 5), hat das Berufungsgericht das als Prozessvoraussetzung notwendige Vorliegen eines Feststellungsbescheids zu Unrecht verneint. Daran ändert nichts, dass zur verlangten Exportgenehmigung kein die Rechtswidrigkeit feststellender Bescheid vorliegt. Auf die materiell-rechtliche Konsequenz ist in diesem Verfahrensstadum nicht einzugehen.

Im Rechtsmittelverfahren stützen die Klägerinnen den Klagsanspruch nur mehr auf dieses (zweite) Vergabeverfahren, sodass sich Ausführungen zum ersten (widerrufenen) Vergabeverfahren erübrigen.

Es ist daher der angefochtene Beschluss des Berufungsgerichts aufzuheben und ihm die Entscheidung über die Berufung unter Abstandnahme vom gebrauchten Klagszurückweisungsgrund aufzutragen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Schlagworte

Räumung Fischer? Deponie, Zivilverfahrensrecht

Textnummer

E99456

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:0070OB00129.11P.1221.000

Im RIS seit

11.01.2012

Zuletzt aktualisiert am

18.10.2012

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>