jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/5/23 3Ob211/04g

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.05.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M ***** Baugesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Christian Kleinszig und andere Rechtsanwälte in St. Veit/Glan, wider die beklagte Partei Abwasserverband *****, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel und Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte in Villach, wegen 50.840 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 28. Juni 2004, GZ 2 R 82/04b-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Zwischenurteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 18. März 2004, GZ 23 Cg 159/03m-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die beklagte Partei, ein Abwasserverband nach §§ 87 ff WRG und eine Körperschaft öffentlichen Rechts, beauftragte ein Ingenieurbüro als vergebende Stelle mit der Ausschreibung des Bauvorhabens einer Kanalsanierung Baulos 1. Die Einleitung des Vergabeverfahrens erfolgte vor dem 1. September 2002, die Auftragssumme überstieg nicht 5 Mio EUR ohne USt, sodass hier weder das BVerG 1997 noch das BVerG 2002 Anwendung finden. Der Zuschlag erfolgte nicht an die klagende Baugesellschaft, sondern an einen Mitbewerber, der mit einer Angebotssumme von 796.890,56 EUR Billigstbieter (im Folgenden nur Billigstbieter) gewesen war, was nach dem Vorbringen der klagenden Partei die beklagte Partei schadenersatzpflichtig macht. Dass vor den ordentlichen Gerichten u.a. Schadenersatzansprüche übergangener Bieter auch nach Erteilung des Zuschlags durchgesetzt werden können (1 Ob 201/99m, 1 Ob 239/02g), ist jetzt ebenso unstrittig wie der Umstand, dass der übergangene Bieter als Geschädigter dafür beweispflichtig ist, Bestbieter gewesen zu sein (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130 u.a.).Die beklagte Partei, ein Abwasserverband nach Paragraphen 87, ff WRG und eine Körperschaft öffentlichen Rechts, beauftragte ein Ingenieurbüro als vergebende Stelle mit der Ausschreibung des Bauvorhabens einer Kanalsanierung Baulos 1. Die Einleitung des Vergabeverfahrens erfolgte vor dem 1. September 2002, die Auftragssumme überstieg nicht 5 Mio EUR ohne USt, sodass hier weder das BVerG 1997 noch das BVerG 2002 Anwendung finden. Der Zuschlag erfolgte nicht an die klagende Baugesellschaft,

sondern an einen Mitbewerber, der mit einer Angebotssumme von 796.890,56 EUR Billigstbieter (im Folgenden nur Billigstbieter) gewesen war, was nach dem Vorbringen der klagenden Partei die beklagte Partei schadenersatzpflichtig macht. Dass vor den ordentlichen Gerichten u.a. Schadenersatzansprüche übergangener Bieter auch nach Erteilung des Zuschlags durchgesetzt werden können (1 Ob 201/99m, 1 Ob 239/02g), ist jetzt ebenso unstrittig wie der Umstand, dass der übergangene Bieter als Geschädigter dafür beweispflichtig ist, Bestbieter gewesen zu sein (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130 u.a.).

Im Revisionsverfahren ist nur mehr strittig, ob die von beiden Bewerbern ihren Anboten beigeschlossenen Reverenzen (Referenzbaulose, Referenzprojekte) samt Bestätigungen nach den maßgeblichen Ausschreibungsunterlagen der beklagten Partei zu Recht oder zu Unrecht in die Bewertung einbezogen wurden und ob eine allenfalls zu Unrecht einbezogene Bewertung zu einem unrichtigen Zuschlag führte.

Die hier relevanten Ausschreibungsbedingungen lauten:

„...

B Besondere Bestimmungen

...

D.4. Angebotslegung, Vergabe

D.4.0 Zulassungskriterien

Folgende Kriterien gelten für die Zulassung zur Angebotslegung:

Es werden nur Bieter zugelassen, die bereits Kanalisierungsmaßnahmen (unterirdische Wiederherstellung) durchgeführt haben. Minimale Sanierungsstrecke 300 m

Zeitraum: innerhalb der letzten drei Jahre.

Mindestens 1 Referenzbaulos ist anzugeben, sonst erfolgt der Ausschluss von der Vergabe.

Das angegebene Referenzbaulos darf nicht durch Subunternehmer ausgeführt, sondern es müssen die Bauleistungen zur Kanalsanierung durch den Bieter selbst erbracht worden sein.

Eine schriftliche Bestätigung durch den Auftraggeber des Referenzbauloses ist den Angebotsunterlagen beizulegen. Liegt diese bei der Angebotsöffnung nicht vor, wird das Angebot ebenfalls ausgeschieden.

...

D.4.1. Grundlage LB-SW und Angebotsprüfung

...

Die Prüfung der eingereichten Angebote erfolgt entsprechend der „Leitlinie für die Prüfung von Angeboten im Bereich des geförderten Siedlungswasserbaues" vom 01.07.1998 des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie.

...

D.4.10. Bieter- und Arbeitsgemeinschaft

Die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ist zulässig. ...

Die Bildung von Bietergemeinschaften ist nicht zulässig. D.4.11. Bekanntgabe der Subunternehmer

Der Bieter hat bereits bei Angebotslegung die vorgesehenen Subunternehmer mit Angabe der Leistungsanteile schriftlich bekanntzugeben.

Die Beschäftigung von Subunternehmern ist zugelassen, bedarf aber der Zustimmung des AG.

Die Übertragung des überwiegenden Anteils der ausgeschriebenen

Leistungen an Subunternehmer ist unzulässig.

...

D.26. Zuschlagskriterien

Die Zuschlagserteilung erfolgt an den Bestbieter. Die Kriterien für

die Bestbieterermittlung sind:

- der Preis max. 85 Punkte

- Referenzen max. 10 Punkte

- Gewährleistung max. 5 Punkte

Als Bestbieter wird jener Bieter ermittelt, der die max. Punkteanzahl

erreicht.

a) Preis

Grundlage für die Bewertung ist der Angebotspreis netto.

Ermittlung der Punkteanzahl:

(Preis Billigstbieter/Preis Bieter) x 85

...

b) Referenzen

Bewertet werden Referenzen der ausgeschriebenen Sanierungsverfahren.

... Als Beilage ist den Angebotsunterlagen eine Kurzbeschreibung

jedes Referenzprojektes mit Angabe der Auftragssumme beizulegen. ...

Ausführungszeitraum: innerhalb der letzten drei Jahre

Ermittlung der Punkteanzahl:

Je Referenz werden 2 Punkte vergeben.

Bewertet werden:

- -Strichaufzählung
  max. 3 Referenzen für Renovation/Erneuerung
- -Strichaufzählung
  max. 2 Referenzen für Reparaturen bzw. Bauwerksanierung

...

c) Gewährleistung

Für die freiwillige Verlängerung der Gewährleistung über das Mindestausmaß von 3 Jahren werden zusätzliche Punkte vergeben. ..."

Nach der im Punkt D.4.1 genannten Leitlinie für die Angebotsprüfung ist Grundlage für die Angebotsprüfung die ÖNORM A 2050 (Ausgabe 1. 1. 1993). Diese Ausgabe der ÖNORM A 2050 (Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung. Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm) lautet in den hier maßgeblichen Punkten:

1.3 Grundsätze des Vergabeverfahrens

1.3.1 Aufträge über Leistungen sind nach einem in dieser ÖNORM vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte - diese Voraussetzung muss jedenfalls zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein - , leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen, auch der Marktlage entsprechenden Preisen zu vergeben.

...

4.3.5 Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

4.3.5.1 Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst ..., oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, schriftlich vom Bieter verbindliche Aufklärung zu verlangen, wozu ihm eine angemessene Frist zu gewähren ist; ...

4.3.5.3 Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlaßte weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze gemäß 1.3.1 und 4.4 nicht verletzen.

4.5 Ausscheidung von Angeboten

Vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag hat die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung gemäß 4.3 jene Angebote auszuscheiden, die nicht zu berücksichtigen sind.

Auszuscheiden sind:

...

4.5.8 den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden (4.3.5.1) oder nicht behebbar sind (4.3.5.2) ..."

Zur Angebotseröffnung am 8. Oktober 2002 lagen neun Angebote vor. Die klagende Partei legte ein Angebot über 847.333,18 EUR netto. Das die Ausschreibung vornehmende Ingenieurbüro (ausschreibende Stelle) führte die Angebotsprüfung durch. Nach der Prüfung auf Vollständigkeit verblieben vier Bieter für die weitere Angebotsprüfung. Im Bericht über die Prüfung auf Vollständigkeit ist festgehalten:

„...

2. Prüfung auf Vollständigkeit

2.1 Allgemeines

Als Nachweis der techn. Leistungsfähigkeit und als Grundlage für die Entwicklung des Bestbieters waren lt. Angebotsbestimmungen Referenzprojekte für die ausgeschriebenen Leistungen entsprechende, in jüngerer Vergangenheit ausgeführte Arbeiten anzuführen, welche der Art und dem Umfang nach von den jeweiligen Auftraggebern zu bestätigen waren.

Lt. Punkt D.4.0 der Angebotsbestimmungen erfolgt bei Nichterfüllung dieses Punktes der Ausschluss von der Vergabe. Eine erste Prüfung auf Vollständigkeit ergab, dass 2 Bieter überhaupt keine Angaben über Referenzen gemacht haben. Bei weiteren 6 Bietern waren die Unterlagen insbesondere im Hinblick auf die erforderlichen Nachweise unvollständig. Nach Diskussion mit dem Auftraggeber wurde festgelegt, dass jene Bieter, die unvollständige Angebotsunterlagen vorgelegt haben, aufzufordern sind, diesen Mangel innerhalb einer gesetzten Frist zu beheben.

Anmerkung:

Das Nichtvorliegen einer Bestätigung über ein ausgeführtes Baulos stellt im Falle der Einbringlichkeit einen Formalfehler dar. Sofern eine solche Bestätigung vorgelegt werden kann, ist der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht und der Mangel der Angebotslegung behoben. Jene Bieter, die überhaupt keine Angaben über Referenzbaulose gemacht haben bzw. die geforderten Nachweise nicht vorlegen, sind lt. den Zulassungskriterien jedenfalls auszuscheiden. Nur ein Bieter (weder die klagende Partei noch der Billigstbieter) hatte nach diesem Bericht die Nachweise über die Referenzbaulose bis zur Angebotseröffnung vollständig beigebracht. Im Bericht der ausschreibenden Stelle über die detaillierte Prüfung der nicht ausgeschiedenen Angebote wird zur klagenden Partei und des später erfolgreichen Mitbewerbers u.a. ausgeführt:

„Angebot der ... [Billigstbieter]

...

Die für die Beurteilung des Angebotes erforderlichen Unterlagen waren bei Angebotslegung unvollständig, dabei handelt es sich jedoch um behebbare Mängel. Die ausständigen Unterlagen wurden nachgefordert und durch den Bieter im Zuge der Angebotsprüfung vorgelegt, sodass auch die formale Richtigkeit und Vollständigkeit gegeben ist. ... Für vier Projekte wurden die geforderten Bestätigungen des AG vorgelegt. Es können daher für die Bewertung für die Reihung nur diese vier Projekte berücksichtigt werden. Somit ergibt sich eine Punktezahl für die Angebotsbewertung von 8. ...

Angebot der ARGE ... [klagende Partei und A***** Hoch- und Tiefbau

GmbH]

...

Es wurden insgesamt fünf Referenzprojekte angeführt und aufgrund der Nachforderungen im Zuge der Angebotsprüfung die erforderlichen Bestätigungen dafür vorgelegt und somit der Mangel der Angebotslegung

behoben. Es können daher alle Referenzprojekte gewertet werden. Die Punkteanzahl für die Bewertung des Angebotes beträgt 10.

Anmerkung:

Die bie der Angebotseröffnung dem Angebot beigelegenen Bestätigungen bezogen sich nicht auf die im Pkt. D27 angeführten Referenzprojekte und waren älter als drei Jahre und daher ungültig.

..."

Nach der Angebotsprüfung wurden die Angebote gemäß den Zuschlagskriterien gereiht und der Billigstbieter als Bestbieter ermittelt. Für dieses Angebot ermittelte die ausschreibende Stelle insgesamt 98 Punkte (Preis 85, Referenzen [je zwei für vier Referenzen] acht, Gewährleistung fünf), hingegen für die klagende Partei insgesamt 94,94 Punkte (Preis 79,94, Referenzen [je zwei für fünf Referenzen] zehn und Gewährleistung fünf). Die ausschreibende Stelle schlug vor, die ausgeschriebenen Leistungen an die festgestellte Best- und Billigstbieterfirma ... (Billigstbieter) zu vergeben.

Bei Angebotseröffnung am 8. Oktober 2002 hatte der Billigstbieter fünf Referenzprojekte in seinem Angebot angeführt, aber keine Bestätigungen dafür vorgelegt. Auch die klagende Partei hatte fünf, mit 21. Oktober 1999 datierte Referenzprojekte - die sich nach dem Text auf Arbeiten im Jahr 1998 bzw. 1997 bezogen - genannt und für drei davon Bestätigungen über Aufträge vorgelegt, die freilich der A***** Hoch- und Tiefbau GmbH (im Folgenden auch nur ARGE-Partner der klagenden Partei) und nicht der klagenden Partei erteilt worden waren. Die klagende Partei und ihr Partner beabsichtigten, bei Erteilung des Zuschlags an die klagende Partei eine ARGE zu bilden. Eine entsprechende, von beiden Unternehmen unterfertigte Erklärung hatte die klagende Partei ihrem Angebot an die beklagte Partei beigelegt.

Nach der Prüfung der Angebote auf Vollständigkeit gab es zwischen der beklagten Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle am 14. Oktober 2002 eine Besprechung. Die beklagte Partei äußerte sich dahin, dass es nicht in ihrem Sinn sei, „durch die Anwendung von so strengen Prüfkriterien" den größten Teil der Bieter von der Vergabe auszuschließen; diese Vorgangsweise würde das Projekt erheblich verteuern. Es wurde auch erörtert, dass die nicht vorhandenen Bestätigungen über Referenzprojekte zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine Aussage über die qualitative Leistungsfähigkeit der Bieter ermöglichten. Vielmehr handle es sich um behebbare Mängel, die Angebote könnten vervollständigt werden, indem die Bieter die Möglichkeit zur Vorlage der geforderten Unterlagen erhielten. Man erwog auch, dass die Angebotsbestimmungen offenbar von einem Großteil der Bieter in diesem Punkt nicht verstanden worden seien und es daher nicht sinnvoll sei, Angebote von Bietern, die die technische Leistungsfähigkeit besitzen und ein kostengünstiges Angebot erstellten, von der Vergabe auszuschließen. Die beklagte Partei und die ausschreibende Stelle legten fest, von jenen Bietern, die Referenzprojekte angeführt hatten, die erforderlichen - noch fehlenden - Bestätigungen nachzufordern und vorweg nur jene beiden Angebote auszuscheiden, die keine Referenzprojekte enthielten. Entsprechend dem Ergebnis dieser Besprechung forderte die beklagte Partei die klagende Partei und den Billigstbieter auf, diese Unterlagen beizubringen, Erstere mit dem Hinweis, dass die bestätigten Baulose älter als drei Jahre seien, Letzteren mit dem Hinweis, dass entsprechende Bestätigungen der Referenzbaulose vorzulegen und ergänzende Angaben zu diesen zu machen seien. In der Folge legte der ARGE-Partner der klagenden Partei fünf Bestätigungen über Referenzbaulose, somit Aufträge vor, die freilich alle ihm und nicht der klagenden Partei erteilt worden waren. Drei dieser Bestätigungen stammten von Auftraggebern, welche die jeweils mit 21. Oktober 1999 datierten - von der klagenden Partei bereits mit ihrem Angebot vorgelegten - Bestätigungen ausgestellt hatten. In den neuerlichen Bestätigungen ist der Zeitraum der Bearbeitung mit 2001, 2000 bis 2002 und 1996 bis 2001 genannt.

Der Billigstbieter legte vier Bestätigungen über Referenzbaulose vor, Auftragnehmer war danach zweimal er selbst und zweimal ein anderes Unternehmen. Dieses andere Unternehmen bezeichnete der Billigstbieter - nachdem er hiezu um Aufklärung ersucht worden war - als „konzerneigene Firma, die im Falle der Beauftragung bei Bedarf mit know how und Gerätschaft zur Verfügung stehen wird." Es sei „jedoch nicht geplant, Teile der Arbeiten durch diese Firma durchführen zu lassen." Dieses angeblich „konzerneigene" Unternehmen war im Angebot des Billigstbieters nicht als Subunternehmen angeführt. Bei Prüfung der Angebote wurde die Bildung einer ARGE der klagenden Partei mit ihrem oben genannten Partner als zulässig erachtet. Die klagende Partei begehrte von der beklagten Partei die Zahlung von

50.840 EUR sA, den nach üblichen Kalkulationsgrundlagen auf Basis von 5 % der Nettoanbotsumme entstandenen

Schaden. Dazu brachte, soweit jetzt noch relevant, vor im Sinne der Ausschreibungsbedingungen hätte die beklagte Partei der klagenden Partei den Zuschlag erteilen müssen, weil sie als einzige die Bedingung „Referenzbaulos" erfüllt habe. Rechtswidrig sei der Zuschlag einem Mitbewerber erteilt worden. Sie habe nicht in Arbeitsgemeinschaft mit einer anderen GmbH die Leistungen angeboten, vielmehr sei ein Teil des ausgeschriebenen Gewerkes von einer Fachfirma, nämlich dieser GmbH durchzuführen. In Österreich könne kein einzelnes Unternehmen die in der Ausschreibung enthaltene Leistung allein durchführen; es gebe nur drei bis vier Spezialfirmen, die die computerunterstützten Roboterarbeiten bei Innensanierung von Kanalrohren durchführen könnten. Nur für den Fall des Zuschlags wäre von der klagenden Partei eine ARGE mit der genannten Fachfirma gegründet worden, was bei Auftragserteilung akzeptiert worden wäre. Dem entspreche auch der Einleitungssatz im Angebotschreiben. Gemäß den Ausschreibungsbedingungen hätte der Billigstbieter nicht berücksichtigt werden dürfen, sondern ausgeschieden werden müssen. Von diesem sei bei Anbotseröffnung keine Bestätigung über das Referenzprojekt vorgelegen. Die klagende Partei sei der einzige Bieter gewesen, der alle erforderlichen Nachweise laut Ausschreibung und Prüfbericht erfüllt habe. Außerdem werde nicht der Billigstbieter die Rohrinnensanierung durchführen, sondern ein an der Ausschreibung nicht beteiligter Subunternehmer aus Deutschland, womit ebenfalls gegen die allein maßgeblichen Ausschreibungsbedingungen verstoßen werde. Danach hätte ein Nachbesserungsverfahren nicht durchgeführt werden dürfen. Nach der ÖNORM A 2050 (Punkt 4.5.1) müssten Angebote, bei denen die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen sei, ausgeschieden werden. Die vom Billigstbieter verspätet vorgelegten vier Bestätigungen erfüllten die ausgeschriebenen Zulassungskriterien nicht. Zwei davon kämen von einem Unternehmen, zu dem er weder ein Subauftragsverhältnis noch eine ARGE nachweise. Nach den Zuschlagskriterien sei die klagende Partei mit 94,94 Punkten gegenüber 94 Punkten des Mitbewerbers Bestbieterin gewesen. Das Angebot des Billigstbieters wäre auch auszuscheiden gewesen, weil er das Angebotbuch B nicht unterfertigt habe. Aufgrund des zulässigen Aufklärungsgesprächs sei erwiesen, dass alle Referenzprojekte der klagenden Partei innerhalb der letzten drei Jahre ausgeführt worden und daher von Anfang an ausreichend gewesen seien. Der Billigstbieter habe nicht einmal die Nachbesserungsfrist eingehalten.

Die beklagte Partei wendete zum Grund des Anspruchs im Wesentlichen ein, die ARGE, der die klagende Partei angehöre, sei nicht Bestbieterin gewesen. Der wahre Bestbieter habe alle Bedingungen der Ausschreibung erfüllt, auch den Nachweis eines nicht älter als drei Jahre alten Referenzbauloses. In Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften habe daher dem Bestbieter der Zuschlag erteilt werden müssen. Zwar habe die klagende Partei ihrem Anbot eine schriftliche Bestätigung über Referenzbaulose beigelegt. Entgegen der Ausschreibung seien die Bestätigungen über ihre Referenzprojekte aber älter als drei Jahre gewesen und damit ungeeignet. Unter Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes zur Vermeidung einer Wettbewerbsverzerrung sei der Mangel, der auch bei anderen Bietern vorgelegen sei, als behebbar betrachtet und seien alle Bieter aufgefordert worden, die fehlenden Bestätigungen vorzulegen. Nach den vorgelegten Bestätigungen hätten nur Subunternehmer der klagenden Partei über die notwendigen Referenzen verfügt, weshalb ausschreibungsgemäß schon deswegen die klagende Partei auszuscheiden gewesen wäre. Dennoch seien bei Auswertung der Anbote die von der klagenden Partei vorgelegten fünf Bestätigungen verwendet worden. Es sei gleichwertig, wenn die klagende Partei nur über den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprechende Referenzbaulose Bestätigungen vorgelegt habe, wie wenn sie keine vorgelegt hätte.

In einem nach vorgezogenem Schluss der Verhandlung (§ 193 Abs 3 ZPO) eingebrachten Schriftsatz brachte die beklagte Partei noch vor, die Leistungsfähigkeit des Billigstbieters sei schon deshalb nachgewiesen gewesen, weil dieser schon mehrfach für die beklagte Partei tätig gewesen sei. Die von der klagenden Partei mit dem Angebot vorgelegten Bestätigungen hätten mit ihr nichts zu tun. Die nachträglich vorgelegten Bestätigungen beträfen dieselben Bauvorhaben wie die ursprünglich vorgelegten, widersprächen diesen aber und lauteten wiederum nicht auf die klagende Partei. Das Originalangebotsbuch B des Billigstbieters sei unterfertigt. Ein Bietersturz sei nicht vorgelegen. Wäre von der beklagten Partei nicht auf Behebbarkeit der Mängel (der Angebotsunterlagen) erkannt worden, hätte auch das Angebot der klagenden Partei ausgeschieden werden müssen. Die Erstrichterin sprach mit Zwischenurteil aus, dass die beklagte Partei der klagenden Partei dem Grunde nach für die ihr entstandenen Schäden aus der Nichterteilung des Zuschlags bei der Ausschreibung des näher bezeichneten Bauvorhabens hafte.In einem nach vorgezogenem Schluss der Verhandlung (Paragraph 193, Absatz 3, ZPO) eingebrachten Schriftsatz brachte die beklagte Partei noch vor, die Leistungsfähigkeit des Billigstbieters sei schon deshalb nachgewiesen gewesen, weil dieser schon mehrfach für die beklagte Partei tätig gewesen sei. Die von der klagenden Partei mit dem Angebot vorgelegten

Bestätigungen hätten mit ihr nichts zu tun. Die nachträglich vorgelegten Bestätigungen beträfen dieselben Bauvorhaben wie die ursprünglich vorgelegten, widersprächen diesen aber und lauteten wiederum nicht auf die klagende Partei. Das Originalangebotsbuch B des Billigstbieters sei unterfertigt. Ein Bietersturz sei nicht vorgelegen. Wäre von der beklagten Partei nicht auf Behebbarkeit der Mängel (der Angebotsunterlagen) erkannt worden, hätte auch das Angebot der klagenden Partei ausgeschieden werden müssen. Die Erstrichterin sprach mit Zwischenurteil aus, dass die beklagte Partei der klagenden Partei dem Grunde nach für die ihr entstandenen Schäden aus der Nichterteilung des Zuschlags bei der Ausschreibung des näher bezeichneten Bauvorhabens hafte.

Ausgehend von den eingangs dargestellten Feststellungen vertrat sie - soweit hier erheblich - den Standpunkt, die ermöglichte Nachbesserung der Angebote sei zulässig gewesen und den Ausschreibungsbedingungen und der ÖNORM A 2050 entsprechend. Zutreffend mache die klagende Partei aber geltend, dass insofern gegen die Ausschreibungsbedingungen verstoßen worden sei, als Referenzprojekte des Billigstbieters Mitbewerbers berücksichtigt worden seien, die weder von diesem noch von einem Subunternehmen noch einem mit dem Billigstbieter in einer ARGE verbundenen Unternehmen durchgeführt worden seien. Aus der Bezeichnung des anderen Unternehmens als „konzerneigenes" Unternehmen sei keine Subunternehmerschaft abzuleiten. Daher hätten zwei Referenzprojekte des Billigstbieters nicht berücksichtigt werden dürfen, dann wäre aber die klagende Partei Bestbieterin gewesen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Da nach der Ausschreibung der beklagten Partei das Referenzbaulos nur durch den Bieter selbst und nicht einmal durch einen Subunternehmer hätte ausgeführt sein dürfen, hätte das für einen Dritten (ein zum gleichen Konzern gehörendes Unternehmen) bestätigte Referenzenprojekt des erfolgreichen Mitbewerbers nicht bewertet werden dürfen. Die in der Berufung zitierten EuGH-Entscheidungen könnten den Standpunkt der beklagten Partei nicht entscheidend stützen. Möge es auch für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genügen, dass ein konzernverbundenes Unternehmen know how und Gerätschaft zur Verfügung stelle, habe dies nichts mit dem Zuschlagskriterien laut Ausschreibung zu tun. Daher habe der Billigstbieter nach den Zuschlagskriterien tatsächlich nur 94 Punkte erreicht. Außerdem stehe es mit den Feststellungen nicht in Einklang, dass drei der Referenzbaulose für den Billigstbieter berücksichtigt worden seien. Nach den Bestätigungen bezögen sich diese auf den „Zeitraum der Bearbeitung 2001, 2000 bis 2002 und 1996 bis 2001", somit durchaus (auch) auf die letzten drei Jahre. Dass es sich hiebei um bloße Gewährleistungsarbeiten für frühere Projekte handle, sei eine nicht festgestellte, aber auch nicht aktenkundige Mutmaßung. In erster Instanz sei ein diesbezügliches Vorbringen nicht erstattet worden. Unter der Überschrift „Zur Beweis- und Tatsachenrüge" führte die zweite Instanz aus: Nicht überzeugend sei die Argumentation in der Berufung, wonach in den nachträglich vorgelegten drei Bestätigungen die exakt gleichen Bauvorhaben aufschienen wie in den - schon mit dem Angebot vorgelegten - Referenzprojekten, und auf Grund des in den nachträglich vorgelegten Bestätigungen genannten Bearbeitungszeitraumes (2001, 2000 bis 2002 und 1996 bis 2001) im Ergebnis davon auszugehen sei, dass die von der klagenden Partei genannten und bestätigten Referenzprojekte nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Die Identität von jeweils drei dieser Projekte lasse sich aus den Urkunden nicht (zwingend) ableiten. Es gebe keinen Hinweis darauf, eine „Bearbeitung" sei im Rahmen der Gewährleistung erfolgt. Es sei in beweiswürdigender Hinsicht nicht zu beanstanden, wenn das Erstgericht davon ausgegangen sei, dass mit den in den Urkunden genannten Zeiträumen der Bearbeitung jene der Durchführung der genannten Arbeiten gemeint sei.

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei ist zulässig und iSd hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Wegen der den Schwellenwert (5 Mio EUR ohne USt) bei weitem nicht erreichten Auftragssumme ist auch das Recht der Europäischen Union für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung (Art 6 Abs 1 und 2 BaukoordinierungsRL 93/37/EWG). Demnach kann es aber auch auf die in der Revision zitierten Erkenntnisse des EuGH zu Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft nicht ankommen.Wegen der den Schwellenwert (5 Mio EUR ohne USt) bei weitem nicht erreichten Auftragssumme ist auch das Recht der Europäischen Union für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung (Artikel 6, Absatz eins und 2 BaukoordinierungsRL 93/37/EWG). Demnach kann es aber auch auf die in der Revision zitierten Erkenntnisse des EuGH zu Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft nicht ankommen.

Die klagende Baugesellschaft macht ihr Erfüllungsinteresse mit der Behauptung geltend, sie sei bei der Vergabe durch die beklagte Körperschaft öffentlichen Rechts zu Unrecht übergangen worden.

Wenngleich sich die Vergabevorschriften zunächst an den

(öffentlichen) Auftraggeber richten, dient deren Einhaltung auch und

vor allem dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise bei der

Vergabe. Sie geben den Organen der öffentlichen Hand

(Gebietskörperschaften und deren „Trabanten") Verhaltenspflichten

auf, auf deren Beachtung die Bieter vertrauen dürfen (1 Ob 201/99m =

SZ 73/55 = JBl 2000, 519; 1 Ob 284/01y = SZ 74/198 = JBl 2002, 385

ua). Nach der Rsp ist dem Bieter auch der Ersatz des Erfüllungsinteresses zuzusprechen, wenn ohne die Pflichtverletzung des Ausschreibenden der Vertrag mit diesem zustande gekommen wäre (7 Ob 568/94 = SZ 67/182; 6 Ob 273/97h; RIS-Justiz RS0013936). Nach stRsp gilt im Verhältnis zwischen Auftraggebern der öffentlichen Hand als Träger von Privatrechten zu den Bietern der Gleichbehandlungsgrundsatz (7 Ob 568/94; RIS-Justiz RS0030349). Bieter dürfen daher nicht ohne sachlichen Grund verschieden behandelt werden (10 Ob 212/98v = SZ 71/133).

Vorweg ist festzuhalten, dass die beklagte Partei im Verfahren die allenfalls fehlende Rechtswidrigkeit oder ihr allenfalls fehlendes schuldhaftes Verhalten nie zum Gegenstand ihres Vorbringens machte, sodass hier davon auszugehen ist, sie habe schuldhaft-rechtswidrig die vorliegenden Referenzprojekte nicht ausreichend geprüft. Der erkennende Senat kann daher hier keine Aussagen dazu machen, wie weit generell eine solche Pflicht der ausschreibenden Stelle besteht. Wie bereits dargestellt, kommt es jetzt nur noch auf die Referenzprojekte an. Für die Gewährleistung erhielten die klagende Partei und der Billigstbieter ja von der ausschreibenden Stelle je fünf Punkte, hier herrscht somit Gleichstand. Beim Preis hatte der Billigstbieter einen Vorsprung von 85 zu 79,94, somit von 5,06 Punkten. Diesen Vorsprung des Billigstbieters kann die klagende Partei nur bei den Referenzen gutmachen. Nach der Beurteilung der ausschreibenden Stelle erhielt die klagende Partei für ihre Referenzbaulose zehn Punkte (je zwei Punkte für fünf Referenzen), der Billigstbieter hingegen nur acht Punkte (je zwei für vier Referenzen).

Bei der Beurteilung der beiden Anbote vermag die beklagte Partei nicht darzulegen, dass bei der Zuschlagserteilung die Referenzprojekte des Billigstbieters richtig bewertet worden wären.

Wie die zweite Instanz zutreffend ausführte, geht aus dem Ersturteil

ohnehin hervor, dass jenes andere, als „konzerneigenes verbundenes

Unternehmen" des Billigstbieters bezeichnete Unternehmen vom

Erstgericht als solches angesehen wurde. Aus den

Revisionsausführungen wird aber nicht klar, zu welcher anderen

rechtlichen Beurteilung diese Einstufung führen würde, spielt doch

die Konzernzugehörigkeit bei den Referenzprojekten nach den

Ausschreibungsunterlagen nicht die geringste Rolle. Auch wenn in

Punkt D.26 der Ausschreibung nichts Näheres dazu angeführt ist, wer

das jeweilige Referenzprojekt durchgeführt haben muss, kann dies

nicht anders gesehen werden als beim Referenzbaulos laut Punkt D.4.0

im Rahmen der Zulassungskriterien. Dort aber ist ausdrücklich

klargestellt, dass (zumindest) die Bauleistung zur Kanalsanierung

durch den Bieter selbst erbracht worden sein muss und überdies dieses

Baulos nicht durch Subunternehmer ausgeführt worden sein darf. Dies

kann nur so verstanden werden, dass der Bieter bei den

Referenzprojekten zumindest die reinen Bauleistungen selbst erbracht haben muss. Davon war im Zusammenhang mit dem angeblich „konzerneigenen" Unternehmen des Billigstbieters im ganzen Verfahren nie die Rede. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass im Gegensatz zur Annahme der Vorinstanzen mehr als zwei Referenzbaulose des Billigstbieters von der beklagten Partei hätten berücksichtigt werden dürfen.

Allerdings kann nach den bisher vorliegenden Feststellungen nicht gesagt werden, die klagende Partei habe iSd dargestellten Rsp bereits den Beweis erbracht, es hätte ihr als Bestbieter der Zuschlag erteilt werden müssen. Bei den Referenzprojekten der klagenden Partei stellten die Parteien ausdrücklich außer Streit, dass diese ihr Anbot nicht in einer ARGE mit einem anderen Unternehmen stellte. Dies wäre auch sinnlos gewesen, weil mangels gerichtlicher Geltendmachung nur durch einen ARGE-Partner (klagende Partei) das Schadenersatz-Klagebegehren auf jeden Fall abzuweisen gewesen wäre.

Dass in der Folge (nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz gemäß § 193 Abs 3 ZPO die klagende Partei nunmehr offenbar davon ausgeht, sie habe mit jenem anderen Unternehmen gemeinsam als ARGE das Anbot abgegeben (ON 13), kann mangels Vortrags in der mündlichen Streitverhandlung (§ 176 ZPO) nicht berücksichtigt werden. Dass Referenzbaulose von Unternehmen, mit denen nach Zuschlagserteilung eine ARGE zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten gebildet werden soll, iSd Ausschreibung der beklagten Partei hinreichen sollten, lässt sich auch weder der Ausschreibung selbst noch der ÖNORM A 2050 mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Davon abgesehen kann nicht außer Betracht bleiben, dass die beklagte Partei im Rahmen des Schriftsatzwechsels nach dem vorgezogenen Schluss der mündlich Verhandlung erster Instanz mit hinreichender Deutlichkeit die Richtigkeit der von der klagenden Partei nachträglich vorgelegten Bestätigungen Beilagen 7 bis 10 über Referenzprojekte bestritt. Dies betrifft aber, wie dargelegt, den der klagenden Partei obliegenden Beweis dafür, richtigerweise wäre ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Wären nämlich die drei genannten Bestätigungen inhaltlich unrichtig und/oder wären die Referenzprojekte in Wahrheit länger als drei Jahre vor der Ausschreibung durchgeführt worden, wofür die beklagte Partei Indizien geltend macht, wäre der klagenden Partei dieser Beweis misslungen. Denn dann würde dem Billigstbieter auch bei Berücksichtigung von nur zwei seiner Referenzprojekte noch immer die höhere Punktezahl im Vergabeverfahren zukommen.davon ausgeht, sie habe mit jenem anderen Unternehmen gemeinsam als ARGE das Anbot abgegeben (ON 13), kann mangels Vortrags in der mündlichen Streitverhandlung (Paragraph 176, ZPO) nicht berücksichtigt werden. Dass Referenzbaulose von Unternehmen, mit denen nach Zuschlagserteilung eine ARGE zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten gebildet werden soll, iSd Ausschreibung der beklagten Partei hinreichen sollten, lässt sich auch weder der Ausschreibung selbst noch der ÖNORM A 2050 mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Davon abgesehen kann nicht außer Betracht bleiben, dass die beklagte Partei im Rahmen des Schriftsatzwechsels nach dem vorgezogenen Schluss der mündlich Verhandlung erster Instanz mit hinreichender Deutlichkeit die Richtigkeit der von der klagenden Partei nachträglich vorgelegten Bestätigungen Beilagen 7 bis 10 über Referenzprojekte bestritt. Dies betrifft aber, wie dargelegt, den der klagenden Partei obliegenden Beweis dafür, richtigerweise wäre ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Wären nämlich die drei genannten Bestätigungen inhaltlich unrichtig und/oder wären die Referenzprojekte in Wahrheit länger als drei Jahre vor der Ausschreibung durchgeführt worden, wofür die beklagte Partei Indizien geltend macht, wäre der klagenden Partei dieser Beweis misslungen. Denn dann würde dem Billigstbieter auch bei Berücksichtigung von nur zwei seiner Referenzprojekte noch immer die höhere Punktezahl im Vergabeverfahren zukommen.

Das Erstgericht traf zur inhaltlichen Richtigkeit der drei fraglichen Bestätigungen keine Feststellungen, was auch mangels durchgeführten Beweisverfahrens wohl nicht möglich war. Dennoch ging es offenbar davon aus, dass es wegen der Berücksichtigung sämtlicher Referenzprojekte der klagenden Partei im Vergabeverfahren diesen Punkt nicht mehr zu prüfen hätte. In diesem Punkt führte die beklagte Partei unmissverständlich eine Rechtsrüge in ihrer Berufung aus. Das Berufungsgericht begnügte sich allerdings damit, im Rahmen der Behandlung der Beweis- und Tatsachenrüge die Argumente der beklagten Partei als nicht überzeugend abzutun; dies insbesondere mit der Erwägung, aus den Urkunden lasse sich nicht zwingend ableiten, dass die ursprünglich benannten Referenzprojekte mit denjenigen identisch seien, die (mit späterem Zeitraum) den jüngeren Bestätigungen zugrunde liegen. Eine - ergänzende - inhaltliche Feststellung der Richtigkeit der drei strittigen Urkunden lässt sich aber auch dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Soweit in der rechtlichen Beurteilung davon die Rede ist, die Behauptung der beklagten Partei, drei Referenzbaulose der klagenden Partei seien zu Unrecht berücksichtigt worden, stehe mit den Feststellungen nicht in Einklang, ist wiederum darauf hinzuweisen, dass derartige Feststellungen über die Richtigkeit der Bestätigungen bisher nicht getroffen wurden.

Im Ergebnis zeigt daher auch die Revision zu Recht auf, dass es noch an Feststellungen fehlt, aufgrund derer endgültig beurteilt werden könnte, ob die drei fraglichen Referenzprojekte zugunsten der klagenden Partei zu berücksichtigen waren oder nicht. Nur im Fall der Bejahung dieser Frage in allen drei Punkten (sonst käme die klagende Partei wieder nicht auf eine höhere Punkteanzahl als der Billigstbieter) wäre der Klage dem Grunde nach stattzugeben. Allfällige Zweifel gehen, wie dargelegt, zu ihren Lasten. Diese sekundären Feststellungsmängel erfordern die Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen. Das Erstgericht wird nach Erörterung mit den Parteien - insbesondere auch darüber, auf welcher Grundlage im Rahmen der Ausschreibungsbedingungen Referenzen eines als ARGE-Partner vorgesehenen Unternehmens Eingang in die Bewertung zu finden haben - und auf der Basis ihrer Beweisanträge das Verfahren in diesem eingeschränkten Ausmaß zu ergänzen und demnach die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben. Festzuhalten bleibt, dass das erstinstanzliche Verfahren nur noch in der zuletzt genannten Frage der Referenzprojekte zu ergänzen ist und nicht mehr zur Frage eines allfälligen Verschuldens der beklagten Partei.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Anmerkung

E77342 3Ob211.04g

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0030OB00211.04G.0523.000

Dokumentnummer

JJT_20050523_OGH0002_0030OB00211_04G0000_000

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at