

TE OGH 2004/6/16 7Ob112/04b

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.06.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H*****, vertreten durch Dr. Robert Csokay, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Bundesimmobiliengesellschaft mbH, 1030 Wien, Neulinggasse 29, vertreten durch Dr. Josef Olschar und Mag. Martin Kratky, Rechtsanwälte in Wien, sowie des auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenienten Dipl. Ing. Erwin W*****, vertreten Held Berdnik Astner & Partner, Rechtsanwälte in Graz, wegen (eingeschränkt) EUR 28.945,24 sA (Revisionsinteresse EUR 20.764,07; Revisionsrekursinteresse EUR 8.181,17) über die außerordentliche Revision der beklagten Partei sowie den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungs- und Rekursgericht vom 27. Jänner 2004, GZ 14 R 209/03p-72, womit infolge Berufungen der beklagten Partei und des Nebenintervenienten sowie Rekurses der klagenden Partei das Urteil samt Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 6. August 2003, GZ 30 Cg 20/03m-63, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß§ 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Dem Revisionsrekurs der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei zu Handen ihrer Vertreter binnen 14 Tagen die mit EUR 732,22 (hierin enthalten EUR 122,03 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die beklagte Partei schloss im Jahr 1996 nach vorhergehender Leistungsausschreibung mit dem Nebenintervenienten als Auftragnehmer einen Vertrag über den Neu- und Umbau des Sicherheitszentrums in Klagenfurt, wobei sich der Genannte zu Planungsleistungen, Bauleistungen sowie kaufmännischer und technischer Betreuung verpflichtete und ein Zuschlag grundsätzlich nur mit Zustimmung der beklagten Partei erfolgen durfte. Im Rahmen dieses Bauvorhabens fand hierauf eine Ausschreibung statt; es wurde als "Projekt der Bundesimmobiliengesellschaft" bezeichnet und vom

"Ausschreiber: Dipl. Ing. W***** [Nebenintervenient], Bauträger und Projektmanagement" als Leistung ua "die Herstellung, Lieferung und Montage diverser Stahlkonstruktionen sowie die Lieferung und Montage von Trapezblechtragschalen (konstruktiver Stahlbau)" ausgeschrieben. Die eingereichten Angebote (darunter jenes der Klägerin) wurden am 22. 1. 1997 geöffnet, der Zuschlag - mit einer Auftragssumme von S 6,178.565 - am 15. 4. 1997 an ein Konkurrenzunternehmen erteilt. Über Antrag der klagenden Partei stellte das Bundesvergabeamt (im Folgenden: BVA) mit Bescheid vom 17. 9. 1997, GZ F-7/97-17 (jüngst leitsatzmäßig veröffentlicht in Sachs/Hahnl, BVergSlg I [2004] Rz 13.8 und 17.11) gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 fest, dass dieser Zuschlag "nicht dem Bestbieter erteilt" worden war, wobei in diesem Verfahren (seitens der beklagten Partei als Auftraggeber) kein Antrag gestellt worden war, auch auszusprechen, dass die Klägerin "keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages" gehabt hätte. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde der beklagten Partei wurde vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 12. 6. 2001, GZ B 2600/97-13 (= Slg 16.166), als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom gleichen Tag B 2620/97-10 = Slg 16.075) wies der Verfassungsgerichtshof eine Beschwerde auch des Nebenintervenienten gegen denselben Bescheid des Bundesvergabeamtes mangels "subjektiven Rechtes, am vergabegesetzlichen Nachprüfungsverfahren teilzunehmen" und damit mangels "Legitimation zur Erhebung der Beschwerde" zurück; nach Auffassung dieses Höchstgerichtes war Auftraggeber der in Rede stehenden Vergabe (ausschließlich) die hier beklagte Partei, der Nebenintervenient und Beschwerdeführer hingegen für die genannte Gesellschaft "bloß als vergebende Stelle iSd § 9 Z 3 BVergG, BGBl 1993/462, (entspricht inhaltlich dem § 15 Z 3 BVergG 1997) tätig" geworden. Die beklagte Partei schloss im Jahr 1996 nach vorhergehender Leistungsausschreibung mit dem Nebenintervenienten als Auftragnehmer einen Vertrag über den Neu- und Umbau des Sicherheitszentrums in Klagenfurt, wobei sich der Genannte zu Planungsleistungen, Bauleistungen sowie kaufmännischer und technischer Betreuung verpflichtete und ein Zuschlag grundsätzlich nur mit Zustimmung der beklagten Partei erfolgen durfte. Im Rahmen dieses Bauvorhabens fand hierauf eine Ausschreibung statt; es wurde als "Projekt der Bundesimmobiliengesellschaft" bezeichnet und vom "Ausschreiber: Dipl. Ing. W***** [Nebenintervenient], Bauträger und Projektmanagement" als Leistung ua "die Herstellung, Lieferung und Montage diverser Stahlkonstruktionen sowie die Lieferung und Montage von Trapezblechtragschalen (konstruktiver Stahlbau)" ausgeschrieben. Die eingereichten Angebote (darunter jenes der Klägerin) wurden am 22. 1. 1997 geöffnet, der Zuschlag - mit einer Auftragssumme von S 6,178.565 - am 15. 4. 1997 an ein Konkurrenzunternehmen erteilt. Über Antrag der klagenden Partei stellte das Bundesvergabeamt (im Folgenden: BVA) mit Bescheid vom 17. 9. 1997, GZ F-7/97-17 (jüngst leitsatzmäßig veröffentlicht in Sachs/Hahnl, BVergSlg römisch eins [2004] Rz 13.8 und 17.11) gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 fest, dass dieser Zuschlag "nicht dem Bestbieter erteilt" worden war, wobei in diesem Verfahren (seitens der beklagten Partei als Auftraggeber) kein Antrag gestellt worden war, auch auszusprechen, dass die Klägerin "keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages" gehabt hätte. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde der beklagten Partei wurde vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 12. 6. 2001, GZ B 2600/97-13 (= Slg 16.166), als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom gleichen Tag (B 2620/97-10 = Slg 16.075) wies der Verfassungsgerichtshof eine Beschwerde auch des Nebenintervenienten gegen denselben Bescheid des Bundesvergabeamtes mangels "subjektiven Rechtes, am vergabegesetzlichen Nachprüfungsverfahren teilzunehmen" und damit mangels "Legitimation zur Erhebung der Beschwerde" zurück; nach Auffassung dieses Höchstgerichtes war Auftraggeber der in Rede stehenden Vergabe (ausschließlich) die hier beklagte Partei, der Nebenintervenient und Beschwerdeführer hingegen für die genannte Gesellschaft "bloß als vergebende Stelle iSd Paragraph 9, Ziffer 3, BVergG, BGBl 1993/462, (entspricht inhaltlich dem Paragraph 15, Ziffer 3, BVergG 1997) tätig" geworden.

Tatsächlich hatte die klagende Partei im Rahmen dieser Ausschreibung ein Hauptangebot mit einer Gesamtsumme von S 6,614.662 (exklusive Umsatzsteuer) gelegt und wäre damit nicht Bestbieterin gewesen. Sie führte aber drei Alternativen zu den Positionen "Hubschrauberlandeplatz", "Speisesaal" und "Vorderhaupteingang" an, wobei die Alternative "Hubschrauberlandeplatz" wiederum in vier Untervarianten gegliedert war. Von den angebotenen Alternativen waren die Untervariante I zum Hubschrauberlandeplatz und die Alternative zum Speisesaal dem Ausschreibungsentwurf technisch gleichwertig, nicht aber die Untervariante IV der Alternative zum Hubschrauberlandeplatz. Unter Berücksichtigung der technisch gleichwertigen Alternativangebote ergaben sich Einsparungen gegenüber dem Hauptangebot der Klägerin von S 324.545 beim Hubschrauberlandeplatz und S 280.000 beim Speisesaal, wodurch sich die Angebotssumme der Klägerin insgesamt auf S 6,010.117,40 reduzierte. Damit wäre sie gegenüber dem den Zuschlag erhaltenden Konkurrenzunternehmen Bestbieterin gewesen. Die Alternativangebote der Klägerin wiesen die Einsparungspotenziale nur gegenüber ihrem Hauptangebot ziffernmäßig aus, nicht aber einen

Gesamtpreis. Es wäre allerdings einfach gewesen, die Kosteneinsparung zu berücksichtigen oder einen Gesamtpreis zu errechnen. Ein versierter Ausschreiber konnte auch auf den ersten Blick erkennen, welche Varianten überhaupt in Frage gekommen wären. Der Nebenintervent stellte auch derartige Berechnungen an, informierte die klagende Partei allerdings darüber, dass ihre Anbotsvarianten mangels Ausweisung als Alternativangebot mit einer neuen Angebots(gesamt)summe nicht berücksichtigt werden könnten. Dem Auftraggeber sei es nicht gestattet, aus mehreren Positionsvarianten und Variantenkombinationen selbst eine Angebotssumme zu ermitteln. Auch ein Aufklärungsgespräch sei insoweit gemäß BVergG nicht statthaft. Der Nebenintervent forderte demgemäß die Klägerin auch nicht auf, eine Aufklärung darüber abzugeben, welcher Gesamtangebotspreis sich unter Berücksichtigung der angebotenen Alternativen ergab. Tatsächlich hatte die klagende Partei im Rahmen dieser Ausschreibung ein Hauptangebot mit einer Gesamtsumme von S 6,614.662 (exklusive Umsatzsteuer) gelegt und wäre damit nicht Bestbieterin gewesen. Sie führte aber drei Alternativen zu den Positionen "Hubschrauberlandeplatz", "Speisesaal" und "Vorderhaupteingang" an, wobei die Alternative "Hubschrauberlandeplatz" wiederum in vier Untervarianten gegliedert war. Von den angebotenen Alternativen waren die Untervariante römisch eins zum Hubschrauberlandeplatz und die Alternative zum Speisesaal dem Ausschreibungsentwurf technisch gleichwertig, nicht aber die Untervariante römisch IV der Alternative zum Hubschrauberlandeplatz. Unter Berücksichtigung der technisch gleichwertigen Alternativangebote ergaben sich Einsparungen gegenüber dem Hauptangebot der Klägerin von S 324.545 beim Hubschrauberlandeplatz und S 280.000 beim Speisesaal, wodurch sich die Angebotssumme der Klägerin insgesamt auf S 6,010.117,40 reduzierte. Damit wäre sie gegenüber dem den Zuschlag erhaltenden Konkurrenzunternehmen Bestbieterin gewesen. Die Alternativangebote der Klägerin wiesen die Einsparungspotenziale nur gegenüber ihrem Hauptangebot ziffernmäßig aus, nicht aber einen Gesamtpreis. Es wäre allerdings einfach gewesen, die Kosteneinsparung zu berücksichtigen oder einen Gesamtpreis zu errechnen. Ein versierter Ausschreiber konnte auch auf den ersten Blick erkennen, welche Varianten überhaupt in Frage gekommen wären. Der Nebenintervent stellte auch derartige Berechnungen an, informierte die klagende Partei allerdings darüber, dass ihre Anbotsvarianten mangels Ausweisung als Alternativangebot mit einer neuen Angebots(gesamt)summe nicht berücksichtigt werden könnten. Dem Auftraggeber sei es nicht gestattet, aus mehreren Positionsvarianten und Variantenkombinationen selbst eine Angebotssumme zu ermitteln. Auch ein Aufklärungsgespräch sei insoweit gemäß BVergG nicht statthaft. Der Nebenintervent forderte demgemäß die Klägerin auch nicht auf, eine Aufklärung darüber abzugeben, welcher Gesamtangebotspreis sich unter Berücksichtigung der angebotenen Alternativen ergab.

Die maßgeblichen Angebotsbestimmungen der Ausschreibung hatten ua folgenden Wortlaut:

"6. Der Bieter muss ein Angebot gemäß Abschnitt 3 der Ö-Norm A 2050 idF 1. Jänner 1993 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile... keine anderen Bestimmungen enthalten."6. Der Bieter muss ein Angebot gemäß Abschnitt 3 der Ö-Norm A 2050 in der Fassung 1. Jänner 1993 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile... keine anderen Bestimmungen enthalten.

Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Ausschreibers erstellt wurde... Jedes anders gestellte Angebot wird nach Abschnitt 4.5 der Ö-Norm 2050 ausgeschieden...

7. Etwaige Alternativangebote und Begleitschreiben sind nur neben dem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig, ausschließlich auf Firmenpapier zu verfassen und im Angebotsschreiben an der hiefür vorgesehenen Stelle... als Beilage anzuführen. Bei Alternativangeboten ist die neue Anbotssumme auszuweisen. Der Ausschreiber behält sich vor, bei Ausscheiden des Hauptangebotes auch das Alternativangebot auszuscheiden oder nicht."

Bei Erteilung des Zuschlages mit einer Auftragssumme von S 6,010.117,40 hätte die klagende Partei einen Gewinn von 5 %, zumindest aber EUR 20.764,07, erwirtschaften können.

Mit der am 18. 12. 1997 eingebrachten Klage begehrte die klagende Partei zunächst die Verurteilung der beklagten Partei zur Zahlung von S 476.295,18 samt 8 % Zinsen seit 21. 10. 1997 - zusammengesetzt aus Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten, Kosten des Verfahrens vor dem BVA sowie einem mit 5 % kalkulierten entgangenen Gewinn - und schränkte das Klagebegehren - nachdem das Verfahren knapp drei Jahre bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Beschwerde der beklagten Partei gegen den bereits wiedergegebenen Bescheid des BVA vom 17. 9. 1997 unterbrochen worden war (14 R 207/98h-20 des OLG Wien) - um die Kosten der Angebotsstellung und Teilnahme am Vergabeverfahren auf restlich S 398.295,18 (EUR 28.945,24) an Schadenersatz (entgangener Gewinn) einschließlich der Kosten des Verfahrens

vor dem BVA in Höhe von EUR 8.181,17 sA ein. Sie sei als Bestbieter der Ausschreibung der Stahlbauarbeiten rechtswidrig übergangen worden. Für den Fall der Nichtzuerkennung des entgangenen Gewinnes begehrte sie den Ersatz für die Anbotsstellung und Teilnahme am Vergabeverfahren sowie die Kosten des Verfahrens vor dem BVA in Höhe von EUR 13.849,65.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach. Sie sei nicht passiv legitimiert, habe doch der Nebenintervent die Ausschreibung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und nicht als Stellvertreter der beklagten Partei vorgenommen. An die Entscheidung des BVA bestehe mangels Beteiligung der beklagten Partei am dortigen Verfahren keine Bindung. Das Angebot der klagenden Partei sei nicht ausschreibungsgemäß erfolgt, weil für die Alternativangebote keine Angebotssumme ausgewiesen worden sei; die Berechnung eines Gesamtpreises für 60 Variantenkombinationen sei nicht zumutbar, auch seien die Alternativangebote nicht gleichwertig gewesen und daher vom Nebeninterventen rechtmäßig erweise ausgeschieden worden. Überdies wurde Verjährung eingewendet, weil das Klagebegehren bis zu seiner Einschränkung unschlüssig gewesen sei und nach Wegfall des Unterbrechungsgrundes die Klage nicht gehörig fortgesetzt worden sei. Ein Gewinn von 5 % der Nettoauftragssumme sei jedenfalls überhöht und unrealistisch; die Kosten vor dem BVA stünden ebenfalls nicht zu und seien überhöht.

Die beklagte Partei verkündete überdies bereits in ihrer Klagebeantwortung dem die Ausschreibung vornehmenden Architekten den Streit, welcher sich in der Folge auf ihrer Seite als Nebenintervent dem Verfahren anschloss.

Das Erstgericht verurteilte die beklagte Partei zur Zahlung von EUR 20.764,07 samt 4 % Zinsen seit 21. 10. 1997, wies das Zinsenmehrbegehren ab und das restliche Klagebegehren von EUR 8.181,17 sA wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges beschlussmäßig zurück. Es beurteilte den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, dass bereits der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis überzeugend ausgeführt habe, dass die Beklagte Auftraggeberin des Vergabeverfahrens sei, weshalb ihre Passivlegitimation außer Zweifel stehe. Ein öffentlicher Auftraggeber verliere diese Eigenschaft nicht deshalb, weil er sich zur Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens eines Ziviltechnikerbüros bediene. Zum Verjährungseinwand treffe es zwar zu, dass erst einige Zeit nach der Unterbrechung des Verfahrens das Klagebegehren auf das Erfüllungsinteresse eingeschränkt worden und für eine Unterbrechung der Verjährung nur das tatsächlich und eindeutig erhobene Klagebegehren zu berücksichtigen sei, doch sei auch im Anwaltsprozess das Gericht zu einer Anleitung und Aufklärung gegenüber den Parteien verpflichtet (§ 182 ZPO), die erst nach Wiedereröffnung der mündlichen Streitverhandlung stattgefunden und zu einer Einschränkung geführt habe, die dem Bestimmtheitserfordernis jedes Klagebegehrens Rechnung trage. Dadurch sei eine Sanierung der ursprünglich fehlerhaften Klage herbeigeführt worden und die klagende Partei könne sich auf die Unterbrechung nach § 1497 ABGB auch rückwirkend stützen. Darüber hinaus sei für die klagende Partei bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes nicht klar gewesen, ob ihr der Rechtsweg offenstehe. Hätte dieser nämlich den Bescheid des BVA aufgehoben, wäre die prozessuale Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches weggefallen, könne dieser doch erst erhoben werden, wenn zuvor eine Feststellung des BVA nach § 113 Abs 3 BVergG 1997 erfolgt sei. Erst mit dem Vorliegen des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes hätte die Verjährungsfrist zu laufen beginnen können, weil erst zu diesem Zeitpunkt hinreichende Gewissheit bestanden habe, dass eine Klage Aussicht auf Erfolg haben werde. Die Schlüssigstellung sei daher jedenfalls innerhalb der Dreijahresfrist ab Vorliegen des Erkenntnisses erfolgt. Das Erstgericht verurteilte die beklagte Partei zur Zahlung von EUR 20.764,07 samt 4 % Zinsen seit 21. 10. 1997, wies das Zinsenmehrbegehren ab und das restliche Klagebegehren von EUR 8.181,17 sA wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges beschlussmäßig zurück. Es beurteilte den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, dass bereits der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis überzeugend ausgeführt habe, dass die Beklagte Auftraggeberin des Vergabeverfahrens sei, weshalb ihre Passivlegitimation außer Zweifel stehe. Ein öffentlicher Auftraggeber verliere diese Eigenschaft nicht deshalb, weil er sich zur Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens eines Ziviltechnikerbüros bediene. Zum Verjährungseinwand treffe es zwar zu, dass erst einige Zeit nach der Unterbrechung des Verfahrens das Klagebegehren auf das Erfüllungsinteresse eingeschränkt worden und für eine Unterbrechung der Verjährung nur das tatsächlich und eindeutig erhobene Klagebegehren zu berücksichtigen sei, doch sei auch im Anwaltsprozess das Gericht zu einer Anleitung und Aufklärung gegenüber den Parteien verpflichtet (Paragraph 182, ZPO), die erst nach Wiedereröffnung der mündlichen Streitverhandlung stattgefunden und zu einer Einschränkung geführt habe, die dem Bestimmtheitserfordernis jedes Klagebegehrens Rechnung trage. Dadurch sei eine Sanierung der ursprünglich

fehlerhaften Klage herbeigeführt worden und die klagende Partei könne sich auf die Unterbrechung nach Paragraph 1497, ABGB auch rückwirkend stützen. Darüber hinaus sei für die klagende Partei bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes nicht klar gewesen, ob ihr der Rechtsweg offenstehe. Hätte dieser nämlich den Bescheid des BVA aufgehoben, wäre die prozessuale Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches weggefallen, könne dieser doch erst erhoben werden, wenn zuvor eine Feststellung des BVA nach Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 erfolgt sei. Erst mit dem Vorliegen des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes hätte die Verjährungsfrist zu laufen beginnen können, weil erst zu diesem Zeitpunkt hinreichende Gewissheit bestanden habe, dass eine Klage Aussicht auf Erfolg haben werde. Die Schlüssigstellung sei daher jedenfalls innerhalb der Dreijahresfrist ab Vorliegen des Erkenntnisses erfolgt.

Dem übergangenen Bestbieter stehe nach gesicherter Rechtsprechung auch der entgangene Gewinn im Sinne des Erfüllungsinteresses zu, wenn ihm der Zuschlag aufgrund schuldhafter Verletzungen von Vergabebestimmungen verwehrt worden sei und ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen, also die klagende Partei Bestbieterin gewesen wäre. Unter Berücksichtigung des Alternativangebots sei die Klägerin im vorliegenden Fall Bestbieterin gewesen, welcher Umstand den Organen der Beklagten bei Beurteilung der vorliegenden Angebote auch klar gewesen habe sein müssen. Dennoch habe sie das Anbot mangels Ausweisung eines Gesamtpreises nicht berücksichtigt. Auch wenn dies ein Fehler der klagenden Partei gewesen sei, so hätte er die beklagte Partei nicht zur Ausscheidung ihres Anbots berechtigt. Nach § 35 Abs 2 BVergG 1993 sei ein Anbot nicht weiter zu behandeln, wenn es solche Mängel aufweise, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne. Davon sei hier nicht auszugehen, weil schon eine einfache rechnerische Nachprüfung die Bestbieterschaft der klagenden Partei erwiesen hätte, und dieses "Rechenexempel" von den Organen der Beklagten auch tatsächlich durchgeführt worden sei. Nur ein fehlerhaftes und unvollständiges Angebot hätte nach § 39 Z 8 BVergG 1993 (ebenso § 52 Abs 1 Z 8 BVergG 1997) zu einer Ausscheidung führen können. Auch habe § 35 Abs 1 BVergG 1993 ein Verbesserungsverfahren vorgesehen, sodass eine Aufklärung durch die klagende Partei abzuverlangen gewesen wäre, was aber nicht geschehen sei. Die klagende Partei hätte daher als Bestbieterin mit ihrer Angebotssumme von S 6,010.117,40 zum Zug kommen müssen, weshalb ihr wegen schuldhafter Verletzung der Vergabebestimmungen ein Schadenersatzanspruch in Höhe des entgangenen Gewinns von zumindest S 285.719,88 (EUR 20.764,07) zustehe, und zwar zuzüglich der gesetzlichen Verzugszinsen. Dem übergangenen Bestbieter stehe nach gesicherter Rechtsprechung auch der entgangene Gewinn im Sinne des Erfüllungsinteresses zu, wenn ihm der Zuschlag aufgrund schuldhafter Verletzungen von Vergabebestimmungen verwehrt worden sei und ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen, also die klagende Partei Bestbieterin gewesen wäre. Unter Berücksichtigung des Alternativangebots sei die Klägerin im vorliegenden Fall Bestbieterin gewesen, welcher Umstand den Organen der Beklagten bei Beurteilung der vorliegenden Angebote auch klar gewesen habe sein müssen. Dennoch habe sie das Anbot mangels Ausweisung eines Gesamtpreises nicht berücksichtigt. Auch wenn dies ein Fehler der klagenden Partei gewesen sei, so hätte er die beklagte Partei nicht zur Ausscheidung ihres Anbots berechtigt. Nach Paragraph 35, Absatz 2, BVergG 1993 sei ein Anbot nicht weiter zu behandeln, wenn es solche Mängel aufweise, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne. Davon sei hier nicht auszugehen, weil schon eine einfache rechnerische Nachprüfung die Bestbieterschaft der klagenden Partei erwiesen hätte, und dieses "Rechenexempel" von den Organen der Beklagten auch tatsächlich durchgeführt worden sei. Nur ein fehlerhaftes und unvollständiges Angebot hätte nach Paragraph 39, Ziffer 8, BVergG 1993 (ebenso Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 1997) zu einer Ausscheidung führen können. Auch habe Paragraph 35, Absatz eins, BVergG 1993 ein Verbesserungsverfahren vorgesehen, sodass eine Aufklärung durch die klagende Partei abzuverlangen gewesen wäre, was aber nicht geschehen sei. Die klagende Partei hätte daher als Bestbieterin mit ihrer Angebotssumme von S 6,010.117,40 zum Zug kommen müssen, weshalb ihr wegen schuldhafter Verletzung der Vergabebestimmungen ein Schadenersatzanspruch in Höhe des entgangenen Gewinns von zumindest S 285.719,88 (EUR 20.764,07) zustehe, und zwar zuzüglich der gesetzlichen Verzugszinsen.

Zum Schadenersatzanspruch für die Kosten der Teilnahme am Verfahren vor dem BVA erwog das Erstgericht, dass jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenen Kosten zwar selbst zu bestreiten habe, keine Bestimmungen des BVergG einen Kostenersatz vorsehen, davon aber die zivilrechtlichen Kostenersatzbestimmungen unberührt blieben. Da die Feststellung der Verletzung von Vergaberegelungen durch das BVA prozessuale Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches vor den Zivilgerichten sei, seien die Kosten

des Verfahrens vor dem BVA zweckentsprechende Aufwendungen im Sinne der Kostenersatzbestimmungen der ZPO. Vorprozessuale Kosten könnten aber grundsätzlich nicht gesondert mit Klage geltend gemacht werden - auch nicht aus dem Titel des Schadenersatzes -, weshalb das Begehr auf Ersatz der Kosten vor dem BVA zurückzuweisen sei.

Gegen den zurückweisenden Teil dieser Entscheidung erhab die klagende Partei Rekurs, gegen den stattgebenden Teil des Urteils die beklagte Partei und der Nebenintervent Berufung. Lediglich die Abweisung des Zinsenmehrbegehrens blieb unbekämpft. Das Berufungsgericht gab sämtlichen Rechtsmitteln keine Folge und sprach aus, dass gegen die Bestätigung der Zurückweisung der ordentliche Revisionsrekurs zulässig, die ordentliche Revision hingegen gegen das bestätigende Urteil nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und eines mängelfreien Verfahrens und führte in rechtlicher Hinsicht - zusammengefasst - aus:

Da die Varianten des Angebots der Klägerin schon wegen ihrer leichten Berechenbarkeit - wie bereits das "Vergabeamt" erkannt habe - zu keiner rechtmäßigen Ausscheidung desselben führen hätte dürfen, wäre der klagenden Partei auch der Zuschlag zugestanden; es hätte daraufhin zu einem Vertrag kommen müssen, dessen Nichtabschluss der beklagten Partei schon deshalb zuzurechnen sei, weil sie sich zur Beschaffung der von ihr benötigten Güter des ausschreibenden Nebeninterventen bedient habe, der damit jedenfalls als Gehilfe in einem vertragsähnlichen Verhältnis anzusehen und dessen Verhalten ihr daher nach § 1313a ABGB zuzurechnen sei. Damit werde auch der Einwand der mangelnden Passivlegitimation nicht schlagend und reiche hiezu ein Verweis auf culpa in contrahendo. Auch die Verjährungseinrede sei nicht zutreffend, weil das Begehr in der Klage keineswegs derart unbestimmt gewesen sei, dass der beklagten Partei habe unklar bleiben müssen, aus welchem Sachverhaltskomplex welche Ansprüche (höchstens) geltend gemacht würden. Ob aus der erst verspäteten Schlüssigstellung ein Kostenseparationsanspruch abgeleitet werden könnte, könne auf sich beruhen, weil ein solcher Antrag in erster Instanz nicht gestellt worden sei. Den Berufungen der beklagten Partei und des Nebeninterventen sei daher keine Folge zu geben, wobei die Prüfung eines Vergabeverstoßes eine Einzelfallbeurteilung ohne darüber hinausreichende erhebliche Rechtsfrage darstelle. Da die Varianten des Angebots der Klägerin schon wegen ihrer leichten Berechenbarkeit - wie bereits das "Vergabeamt" erkannt habe - zu keiner rechtmäßigen Ausscheidung desselben führen hätte dürfen, wäre der klagenden Partei auch der Zuschlag zugestanden; es hätte daraufhin zu einem Vertrag kommen müssen, dessen Nichtabschluss der beklagten Partei schon deshalb zuzurechnen sei, weil sie sich zur Beschaffung der von ihr benötigten Güter des ausschreibenden Nebeninterventen bedient habe, der damit jedenfalls als Gehilfe in einem vertragsähnlichen Verhältnis anzusehen und dessen Verhalten ihr daher nach Paragraph 1313 a, ABGB zuzurechnen sei. Damit werde auch der Einwand der mangelnden Passivlegitimation nicht schlagend und reiche hiezu ein Verweis auf culpa in contrahendo. Auch die Verjährungseinrede sei nicht zutreffend, weil das Begehr in der Klage keineswegs derart unbestimmt gewesen sei, dass der beklagten Partei habe unklar bleiben müssen, aus welchem Sachverhaltskomplex welche Ansprüche (höchstens) geltend gemacht würden. Ob aus der erst verspäteten Schlüssigstellung ein Kostenseparationsanspruch abgeleitet werden könnte, könne auf sich beruhen, weil ein solcher Antrag in erster Instanz nicht gestellt worden sei. Den Berufungen der beklagten Partei und des Nebeninterventen sei daher keine Folge zu geben, wobei die Prüfung eines Vergabeverstoßes eine Einzelfallbeurteilung ohne darüber hinausreichende erhebliche Rechtsfrage darstelle.

Dem Rekurs der klagenden Partei wurde hingegen Folgendes entgegengehalten: Da die Frage, ob für die Kosten der Rechtsweg zulässig sei, im Sinne der Erörterungsvorschriften des § 182a ZPO als "Nebenanspruch" zu qualifizieren sei, habe das Erstgericht insoweit keine Erörterungspflicht verletzt. Schon zu 14 R 115/03i habe das Berufungsgericht ausgesprochen, dass die Kosten des Nachprüfungsverfahrens gemäß BVergG 1997 vorprozessuale Kosten seien. Die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs auf Ersatz der Kosten des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens sei bisher nicht eingehend vom Obersten Gerichtshof behandelt worden. Die Bestimmungen des § 98 BVergG 1993 und des § 122 BVergG 1997 deckten die durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten, doch bliebe zweifelhaft, ob damit auch solche gemeint sein könnten, die erst durch die Nachprüfung des Ergebnisses eines bereits abgeschlossenen Vergabeverfahrens entstünden. § 181 Abs 1 BVergG 2002 habe insoweit auch nur klarstellende Funktion, indem die Diktion dahin geändert worden sei, dass ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren anerkannt werde. Diese Gesetzesstelle eigne sich als Interpretationshilfe für die früheren Bestimmungen und stelle klar, dass sich der direkt aus dem Vergabegesetz abgeleitete Ersatzanspruch bloß auf die Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren, mit

anderen Worten auf den "Vertrauensschaden" beziehe. Nach der Systematik des BVerG 2002 sei unter Vergabeverfahren das Vorgehen der ausschreibenden Stelle von der Ausschreibung bis zum Zuschlag bzw zum Widerruf der Ausschreibung zu verstehen, nicht jedoch ein anschließendes Nachprüfungsverfahren. Die Vertretungskosten vor der Nachprüfungsbehörde dienten hingegen zur Vorbereitung der Geltendmachung des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruches des übergangenen Bieters. Das Nachprüfungsverfahren sei nicht etwa ein Rechtsmittelverfahren, mit dem Abhilfe gegen einen rechtswidrig erteilten Zuschlag geschaffen werden könnte und dessen Kosten daher als Kosten der Schadensabwendung zu verstehen wären, sondern ein dem gerichtlichen Schadenersatzprozess vorgelagertes Feststellungsverfahren, das in erster Linie die Entlastung der Gerichte von der Prüfung vergaberechtlicher Vorfragen bezwecke. Der Bescheid des BVA, mit dem ein Vergabeverstoß festgestellt werde, sei für den übergangenen Bieter solange wertlos, als er nicht die ihm erst dadurch eröffnete Möglichkeit ergreife, seine Schadenersatzansprüche vor Gericht geltend zu machen. Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens diene somit nicht der Vermeidung, sondern der Vorbereitung einer Prozessführung. Die in diesem Zusammenhang auflaufenden Kosten seien daher - vergleichbar mit einem Beweissicherungsantrag oder einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung der Klage - als vorprozessuale Kosten zu qualifizieren. Das Erstgericht habe daher zu Recht die Zulässigkeit des Rechtsweges für diese Kosten verneint. Die herrschende Ansicht verweigere auch im Sinne des § 40a JN eine Umdeutung der Klage in eine Geltendmachung im Rahmen des Kostenverzeichnisses, weshalb der Rekurs erfolglos bleiben müsse. Dem Rekurs der klagenden Partei wurde hingegen Folgendes entgegengehalten: Da die Frage, ob für die Kosten der Rechtsweg zulässig sei, im Sinne der Erörterungsvorschriften des Paragraph 182 a, ZPO als "Nebenanspruch" zu qualifizieren sei, habe das Erstgericht insoweit keine Erörterungspflicht verletzt. Schon zu 14 R 115/03i habe das Berufungsgericht ausgesprochen, dass die Kosten des Nachprüfungsverfahrens gemäß BVerG 1997 vorprozessuale Kosten seien. Die Frage nach der Rechtsnatur des Anspruchs auf Ersatz der Kosten des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens sei bisher nicht eingehend vom Obersten Gerichtshof behandelt worden. Die Bestimmungen des Paragraph 98, BVerG 1993 und des Paragraph 122, BVerG 1997 deckten die durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten, doch bliebe zweifelhaft, ob damit auch solche gemeint sein könnten, die erst durch die Nachprüfung des Ergebnisses eines bereits abgeschlossenen Vergabeverfahrens entstünden. Paragraph 181, Absatz eins, BVerG 2002 habe insoweit auch nur klarstellende Funktion, indem die Diktion dahin geändert worden sei, dass ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren anerkannt werde. Diese Gesetzesstelle eigne sich als Interpretationshilfe für die früheren Bestimmungen und stelle klar, dass sich der direkt aus dem Vergabegesetz abgeleitete Ersatzanspruch bloß auf die Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren, mit anderen Worten auf den "Vertrauensschaden" beziehe. Nach der Systematik des BVerG 2002 sei unter Vergabeverfahren das Vorgehen der ausschreibenden Stelle von der Ausschreibung bis zum Zuschlag bzw zum Widerruf der Ausschreibung zu verstehen, nicht jedoch ein anschließendes Nachprüfungsverfahren. Die Vertretungskosten vor der Nachprüfungsbehörde dienten hingegen zur Vorbereitung der Geltendmachung des vergaberechtlichen Schadenersatzanspruches des übergangenen Bieters. Das Nachprüfungsverfahren sei nicht etwa ein Rechtsmittelverfahren, mit dem Abhilfe gegen einen rechtswidrig erteilten Zuschlag geschaffen werden könnte und dessen Kosten daher als Kosten der Schadensabwendung zu verstehen wären, sondern ein dem gerichtlichen Schadenersatzprozess vorgelagertes Feststellungsverfahren, das in erster Linie die Entlastung der Gerichte von der Prüfung vergaberechtlicher Vorfragen bezwecke. Der Bescheid des BVA, mit dem ein Vergabeverstoß festgestellt werde, sei für den übergangenen Bieter solange wertlos, als er nicht die ihm erst dadurch eröffnete Möglichkeit ergreife, seine Schadenersatzansprüche vor Gericht geltend zu machen. Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens diene somit nicht der Vermeidung, sondern der Vorbereitung einer Prozessführung. Die in diesem Zusammenhang auflaufenden Kosten seien daher - vergleichbar mit einem Beweissicherungsantrag oder einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung der Klage - als vorprozessuale Kosten zu qualifizieren. Das Erstgericht habe daher zu Recht die Zulässigkeit des Rechtsweges für diese Kosten verneint. Die herrschende Ansicht verweigere auch im Sinne des Paragraph 40 a, JN eine Umdeutung der Klage in eine Geltendmachung im Rahmen des Kostenverzeichnisses, weshalb der Rekurs erfolglos bleiben müsse.

Da sich der Oberste Gerichtshof mit der Qualifikation dieser Ansprüche als vorprozessuale Kosten soweit ersichtlich noch nicht beschäftigt habe und der Revisionsrekurs gemäß § 528 Abs 2 Z 2 letzter Halbsatz nicht absolut unzulässig sei, wurde gemäß § 528 Abs 1 ZPO die Zulässigkeit des Revisionsrekurses ausgesprochen. Da sich der Oberste

Gerichtshof mit der Qualifikation dieser Ansprüche als vorprozessuale Kosten soweit ersichtlich noch nicht beschäftigt habe und der Revisionsrekurs gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, letzter Halbsatz nicht absolut unzulässig sei, wurde gemäß Paragraph 528, Absatz eins, ZPO die Zulässigkeit des Revisionsrekurses ausgesprochen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die auf die Revisionsgründe der Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit, Aktenwidrigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützte außerordentliche Revision der beklagten Partei mit dem Antrag, in Stattgebung des Rechtsmittels das bekämpfte Urteil im Sinne einer vollständigen Klageabweisung abzuändern (hilfweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt), sowie der ordentliche Revisionsrekurs der klagenden Partei aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, dem Klagebegehren auch hinsichtlich des Betrages von EUR 8.181,17 sA stattzugeben (hilfweise die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Rechtssache insoweit zurückzuverweisen).

Die beklagte Partei hat hiegegen auch eine Revisionsrekursbeantwortung erstattet, in der der Antrag gestellt wird, das gegnerische Rechtsmittel kostenpflichtig abzuweisen.

Die (außerordentliche) Revision der beklagten Partei ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO unzulässig, der Revisionsrekurs der klagenden Partei zwar zulässig, jedoch nicht berechtigt. Die (außerordentliche) Revision der beklagten Partei ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO unzulässig, der Revisionsrekurs der klagenden Partei zwar zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Zur Revision der beklagten Partei:

Als Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO (und gleichzeitig auch als Mangelhaftigkeit im Sinne des § 503 Abs 1 Z 2 ZPO bzw Aktenwidrigkeit nach § 503 Abs 1 Z 3 ZPO) rügt die beklagte Partei weitwendig die "an sich widersprüchliche und nicht nachvollziehbare" Verwerfung sowohl ihrer Beweis- als auch ihrer Rechtsrüge, wobei diese "mangelhafte Befassung einer völligen Nichterledigung" gleichkomme; die Bezeichnung einer bekämpften Feststellung bloß als "unbedenklich" sei keine "Würdigung widerstreitender Streitergebnisse". Hiezu kann (gemäß § 508a Abs 2 iVm § 510 Abs 3 ZPO) der Hinweis genügen, dass bloße Begründungsmängel keinen der drei Tatbestände des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO erfüllen (Kodek in Rechberger, ZPO² Rz 12 zu § 477; RIS-Justiz RS0642133; SZ 52/196 im Zusammenhang mit einer - wie hier - Beweisrügenbehandlung durch das Berufungsgericht). Die Entscheidung des Berufungsgerichtes über eine Beweisrüge ist demnach mängelfrei, wenn es sich mit dieser überhaupt befasst, die Beweiswürdigung des Erstgerichtes überprüft und nachvollziehbare Überlegungen über die Beweiswürdigung anstellt und in seinem Urteil festhält (RIS-Justiz RS0043150) - wie dies vorliegendenfalls in den Seiten 15 und 16 des zweitinstanzlichen Urteils (AS 449 f) ausreichend geschehen ist. Aufgabe des Revisionsgerichtes ist es hingegen nicht, zu überprüfen, ob eine vom Berufungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung gezogene Schlussfolgerung richtig oder fehlerhaft ist (10 ObS 320/01h); soweit die Ausführungen im Rechtsmittel aber eine Bekämpfung der Beweiswürdigung "aus Gründen anwaltlicher Vorsicht" enthalten, kann der Hinweis genügen, dass diese Aufgabe dem Obersten Gerichtshof zufolge erschöpfer Aufzählung der Revisionsgründe in § 503 ZPO zur Gänze entzogen ist (Kodek aaO, Rz 1 zu § 503). Auch eine unvollständige mangelhafte oder gar fehlerhafte Beweiswürdigung des Erstgerichtes bildet keine Nichtigkeit im Sinne des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO, sondern kann nur mit dem Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung angefochten werden (RIS-Justiz RS0106079, RS0040180, RS0042206; 10 Ob 81/98d; 10 Ob 298/00x). Als Nichtigkeitsgrund nach Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO (und gleichzeitig auch als Mangelhaftigkeit im Sinne des Paragraph 503, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO bzw Aktenwidrigkeit nach Paragraph 503, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO) rügt die beklagte Partei weitwendig die "an sich widersprüchliche und nicht nachvollziehbare" Verwerfung sowohl ihrer Beweis- als auch ihrer Rechtsrüge, wobei diese "mangelhafte Befassung einer völligen Nichterledigung" gleichkomme; die Bezeichnung einer bekämpften Feststellung bloß als "unbedenklich" sei keine "Würdigung widerstreitender Streitergebnisse". Hiezu kann (gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO) der Hinweis genügen, dass bloße Begründungsmängel keinen der drei Tatbestände des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO erfüllen (Kodek in Rechberger, ZPO² Rz 12 zu Paragraph 477 ;, RIS-Justiz RS0642133; SZ 52/196 im Zusammenhang mit einer - wie hier - Beweisrügenbehandlung durch das Berufungsgericht). Die Entscheidung des Berufungsgerichtes über eine Beweisrüge ist demnach mängelfrei, wenn es sich mit dieser überhaupt befasst, die Beweiswürdigung des Erstgerichtes überprüft und nachvollziehbare Überlegungen über die

Beweiswürdigung anstellt und in seinem Urteil festhält (RIS-Justiz RS0043150) - wie dies vorliegendenfalls in den Seiten 15 und 16 des zweitinstanzlichen Urteils (AS 449 f) ausreichend geschehen ist. Aufgabe des Revisionsgerichtes ist es hingegen nicht, zu überprüfen, ob eine vom Berufungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung gezogene Schlussfolgerung richtig oder fehlerhaft ist (10 Obs 320/01h); soweit die Ausführungen im Rechtsmittel aber eine Bekämpfung der Beweiswürdigung "aus Gründen anwaltlicher Vorsicht" enthalten, kann der Hinweis genügen, dass diese Aufgabe dem Obersten Gerichtshof zufolge erschöpfender Aufzählung der Revisionsgründe in Paragraph 503, ZPO zur Gänze entzogen ist (Kodek aaO, Rz 1 zu Paragraph 503,). Auch eine unvollständige mangelhafte oder gar fehlerhafte Beweiswürdigung des Erstgerichtes bildet keine Nichtigkeit im Sinne des Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO, sondern kann nur mit dem Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung angefochten werden (RIS-Justiz RS0106079, RS0040180, RS0042206; 10 Ob 81/98d; 10 Ob 298/00x).

Den Rechtsausführungen in der Revision ist hingegen Folgendes zu erwidern:

Auf den noch im Berufungsverfahren verfochtenen Einwand der mangelnden Passivlegitimation kommt die Rechtsmittelwerberin nicht mehr zurück.

Die vorliegende Rechtssache ist noch nach den Bestimmungen des BVergG 1993BGBI 1993/462 zu beurteilen (§ 128 Abs 1 BVergG 1997 BGBI I 1997/56; vgl auch VfGHB 2600/97-13, P. 2. b Abs 3 in der vorliegenden Vergabestreitsache). Alternativangebote sind nach geltendem österreichischem Vergaberecht ausdrücklich zulässig, soll doch hiedurch die spezifische Fachkenntnis und die Kreativität der Bieter zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers nutzbar gemacht werden (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] Anm 2 zu § 20 unter Hinweis auf die Mat AB 1118 BlgNR 21. GP, 23; vgl auch die im Stichwortverzeichnis in Sachs/Hahnl, aaO 589 aufgelisteten insgesamt 12 Entscheidungsnachweise des BVA; weiters Brinker/Roniger/Punz/Fock, Österr Vergaberecht [1999] Rz 288 unter Hinweis auf § 9 Z 13, § 22 Abs 6, § 29 Abs 4 BVergG 1993 = § 15 Z 14, § 30, § 42 Abs 4 BVergG 1997 = § 20 Z 1, § 69, § 81 Abs 4 BVergG 2002 BGBI I 2002/99; Draxler/Petsche/Fuhrmann, ABC der Auftragsvergabe - Was der Unternehmer wissen muss [1998] 71 f; jüngst Elsner, Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP, Tagungsband [2004, ZVB-Spezial, 53]). Ein solches kann wiederum - zulässigerweise - aus mehreren selbständigen Teilalternativangeboten bestehen (Schwartz, aaO Anm 3 zu § 81), jedenfalls soweit sich anhand der Aufstellungen in den einzelnen Teilvarianten die Anbotssummen (trotz wie hier nicht ausdrücklich rechenoperativer Summenbildung) leicht errechnen lassen (BVA F-1/95-14 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 13.1). Gleichwertige - also nicht völlig andere (BVA N-13/98-6 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 17.18) - Alternativen sind daher bei der Ermittlung des Bestbieters zu berücksichtigen (BVA F-7/97-17 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 13.8 und 17.11: Entscheidungen in der vorliegenden Klagssache). Sie dürfen nur und insoweit ausgeschlossen werden, als hiefür ein zwingender Grund vorliegt; bloß übermäßiger Prüfaufwand wäre nicht ausreichend (BVA N-46/00-25 = Sachs/Hahnl aaO Rz 13.11; Elsner, Vergaberecht [1999] Rz A 90, 105). Auch wenn aus dem Bescheid des BVA, dass der verfahrensgegenständliche Zuschlag "nicht dem Bestbieter" erteilt worden ist, nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes keine inhaltliche Bindung (gemäß § 102 Abs 2 letzter Satz BVergG 1993 = § 125 Abs 2 letzter Satz BVergG 1997 = § 184 Abs 2 letzter Satz BVergG 2002) auch zur Frage abgeleitet werden kann, wer (insbesondere die hier klagende Partei) "positiv" als Bestbieter anzusehen ist (ausführlich 7 Ob 200/00p = SZ 74/115; jüngst 6 Ob 177/03b; RIS-Justiz RS0115782), so ergibt sich die Beantwortung dieser Frage doch für den erkennenden Senat hier aus den maßgeblichen (und insoweit den Obersten Gerichtshof, der nur Rechtsinstanz ist, bindenden) Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen; soweit also die beklagte Partei unter Missachtung dieser verfahrensmäßigen Gegebenheiten weiterhin in Abrede stellt, den Zuschlag nicht der klagenden Partei als Bestbieter erteilt haben zu müssen, bringt sie (auch) ihre Rechtsrüge nicht zur gesetzmäßigen Darstellung. Von einer - als unzulässig monierten - Gleichstellung von "Best-" und "Billigstbieter" kann damit keine Rede sein, zumal nach den Feststellungen des Erstgerichtes die zur Ersparnisrechnung herangezogenen Alternativangebote auch "technisch gleichwertig" waren. Auf die in der Revision ebenfalls weitwendig zur Darstellung gebrachten Varianten-, Rechen- und "Einsparungskombinationen" ist damit ebenfalls nicht weiter einzugehen. Die vorliegende Rechtssache ist noch nach den Bestimmungen des BVergG 1993 BGBI 1993/462 zu beurteilen (Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 1997 BGBI römisch eins 1997/56; vergleiche auch VfGHB 2600/97-13, P. 2. b Absatz 3, in der vorliegenden Vergabestreitsache). Alternativangebote sind nach geltendem österreichischem Vergaberecht ausdrücklich zulässig, soll doch hiedurch die spezifische Fachkenntnis und die Kreativität der Bieter zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers nutzbar gemacht werden (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] Anmerkung 2 zu Paragraph 20, unter Hinweis auf die Mat AB 1118 BlgNR 21. GP, 23; vergleiche auch die im Stichwortverzeichnis in

Sachs/Hahnl, aaO 589 aufgelisteten insgesamt 12 Entscheidungsnachweise des BVA; weiters Brinker/Roniger/Punz/Fock, Österr Vergaberecht [1999] Rz 288 unter Hinweis auf Paragraph 9, Ziffer 13., Paragraph 22, Absatz 6., Paragraph 29, Absatz 4, BVergG 1993 = Paragraph 15, Ziffer 14., Paragraph 30., Paragraph 42, Absatz 4, BVergG 1997 = Paragraph 20, Ziffer eins., Paragraph 69., Paragraph 81, Absatz 4, BVergG 2002 BGBI römisch eins 2002/99; Draxler/Petsche/Fuhrmann, ABC der Auftragsvergabe - Was der Unternehmer wissen muss [1998] 71 f; jüngst Elsner, Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP, Tagungsband [2004, ZVB-Spezial, 53]). Ein solches kann wiederum - zulässigerweise - aus mehreren selbständigen Teilalternativangeboten bestehen (Schwartz, aaO Anmerkung 3 zu Paragraph 81.), jedenfalls soweit sich anhand der Aufstellungen in den einzelnen Teilvarianten die Anbotssummen (trotz wie hier nicht ausdrücklich rechenoperativer Summenbildung) leicht errechnen lassen (BVA F-1/95-14 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 13.1). Gleichwertige - also nicht völlig andere (BVA N-13/98-6 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 17.18) - Alternativen sind daher bei der Ermittlung des Bestbieters zu berücksichtigen (BVA F-7/97-17 = Sachs/Hahnl, aaO Rz 13.8 und 17.11: Entscheidungen in der vorliegenden Klagssache). Sie dürfen nur und insoweit ausgeschlossen werden, als hiefür ein zwingender Grund vorliegt; bloß übermäßiger Prüfaufwand wäre nicht ausreichend (BVA N-46/00-25 = Sachs/Hahnl aaO Rz 13.11; Elsner, Vergaberecht [1999] Rz A 90, 105). Auch wenn aus dem Bescheid des BVA, dass der verfahrensgegenständliche Zuschlag "nicht dem Bestbieter" erteilt worden ist, nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes keine inhaltliche Bindung (gemäß Paragraph 102, Absatz 2, letzter Satz BVergG 1993 = Paragraph 125, Absatz 2, letzter Satz BVergG 1997 = Paragraph 184, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2002) auch zur Frage abgeleitet werden kann, wer (insbesondere die hier klagende Partei) "positiv" als Bestbieter anzusehen ist (ausführlich 7 Ob 200/00p = SZ 74/115; jüngst 6 Ob 177/03b; RIS-Justiz RS0115782), so ergibt sich die Beantwortung dieser Frage doch für den erkennenden Senat hier aus den maßgeblichen (und insoweit den Obersten Gerichtshof, der nur Rechtsinstanz ist, bindenden) Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen; soweit also die beklagte Partei unter Missachtung dieser verfahrensmäßigen Gegebenheiten weiterhin in Abrede stellt, den Zuschlag nicht der klagenden Partei als Bestbieter erteilt haben zu müssen, bringt sie (auch) ihre Rechtsrüge nicht zur gesetzmäßigen Darstellung. Von einer - als unzulässig monierten - Gleichstellung von "Best-" und "Billigstbieter" kann damit keine Rede sein, zumal nach den Feststellungen des Erstgerichtes die zur Ersparnisrechnung herangezogenen Alternativangebote auch "technisch gleichwertig" waren. Auf die in der Revision ebenfalls weitwendig zur Darstellung gebrachten Varianten-, Rechen- und "Einsparungskombinationen" ist damit ebenfalls nicht weiter einzugehen.

Abgesehen von den bereits weiter oben als unzulässige Bekämpfung der Beweiswürdigung der Vorinstanzen behandelten Punkten wird gegen die Höhe des klägerisch begehrten und zugesprochenen Gewinnentgangs nichts substantiell Stichhaltiges vorgebracht. Danach steht aber fest (S 8 des Ersturteils = AS 331), dass die Klägerin bei Zuschlag an sie als Bestbieterin einen Gewinn von EUR 20.764,07 erwirtschaftet hätte. Es handelt sich hiebei um das Erfüllungsinteresse, das nach ständiger Rechtsprechung dem übergangenen Bestbieter zu ersetzen ist (RIS-Justiz RS0030354; RS0113629, jeweils mwN; 7 Ob 568/94 = SZ 67/182).

Auch dem abschließenden (und insoweit ihren Standpunkt vor den unterinstanzlichen Gerichten wiederholenden) Vorwurf der Revisionswerberin, das Klagebegehren wäre - zufolge Unschlüssigkeit der zunächst eingebrachten Klage und erstmaliger Schlüssigstellung derselben in der Tagsatzung vom 4. 4. 2002 - verjährt, kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn der Vorwurf der Unschlüssigkeit auf den Klageschriftsatz vom 18. 12. 1997 zuträfe - wobei sich der Rechtsgrund der von der klagenden Partei geltend gemachten (Gesamt-)Forderung (Schadenersatz zufolge rechtswidriger Übergehung als Bestbieter) bereits aus dem Klagevorbringen eindeutig ableiten ließ (vgl. zur Schlüssigkeit allgemein etwa jüngst 1 Ob 73/03x = JBI 2003, 653 sowie 7 Ob 149/03t mwN) -, entspricht es nämlich der (ebenfalls) ständigen Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0034836; zuletzt 8 Ob 135/03s), dass die Verbesserung eines solchen (etwa unbestimmten, aber bezifferten) Klagebegehrens die ursprüngliche, sich aus § 1497 ABGB ergebende Unterbrechungswirkung der Klage nicht beseitigt. Im vorliegenden Fall hat der Klage jedoch ohnedies ihr gesetzlich vorgeschriebener Inhalt nicht gefehlt (§§ 75, 226 ZPO), sodass der damals vorhandene (wie auch der nach Einschränkung verbleibende) Inhalt - die beklagte Partei moniert insoweit den Umstand, dass gleichzeitig sowohl negativer Vertrauenschaden als auch das positive Interesse gefordert wäre - einer sachlichen (urteilsmaßigen) Erledigung (allenfalls bloß teilweise stattgebend und teilweise abweisend) in keiner Weise entgegengestanden wäre. Entgegen dem Erwiderungsvorbringen in der bezeichneten Tagsatzung (AS 159) hatte die klagende Partei in ihrem Klageschriftsatz auch nie "bloß alternative" Forderungen (etwa im Sinne eines Alternativ- oder Eventualbegehrens) geltend gemacht. Auch dem abschließenden (und insoweit ihren Standpunkt vor den unterinstanzlichen Gerichten

wiederholenden) Vorwurf der Revisionswerberin, das Klagebegehren wäre - zufolge Unschlüssigkeit der zunächst eingebrochenen Klage und erstmaliger Schlüssigstellung derselben in der Tagsatzung vom 4. 4. 2002 - verjährt, kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn der Vorwurf der Unschlüssigkeit auf den Klageschriftsatz vom 18. 12. 1997 zuträfe - wobei sich der Rechtsgrund der von der klagenden Partei geltend gemachten (Gesamt-)Forderung (Schadenersatz zufolge rechtswidriger Übergehung als Bestbieter) bereits aus dem Klagevorbringen eindeutig ableiten ließ vergleiche zur Schlüssigkeit allgemein etwa jüngst

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

© 2026 JUSLINE

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