jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2003/3/25 1Ob110/02m

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.03.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. G. *****gesellschaft mbH, ***** 2. Walter R***** Gesellschaft mbH, ***** beide vertreten durch Dr. Rainer Kurbos, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen EUR 436.037,01 sA infolge von Rekursen beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 14. Jänner 2002, GZ 14 R 140/01p-17, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Teil- und Teilzwischenurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 25. April 2001, GZ 31 Cg 14/00g-13, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Keinem der Rekurse wird Folge gegeben.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Das Amt einer Landesregierung schrieb im Oktober 1998 für den Landeshauptmann in mittelbarer Bundesverwaltung die Errichtung eines Sondierstollens mit einer Länge von 3.165 m aus. Unter Punkt 6.4 der Angebotsunterlagen wurden als Kriterien für die Bewertung der Angebote der Preis, die "Umweltgerechtheit" der Leistung, die Qualität, die Arbeitskräftekapazität, die Flexibilität bei kurzfristigen Zwischenterminen sowie die Zweckmäßigkeit angeführt. Eine Reihung und Gewichtung der Kriterien erfolgte nicht.

Im Zeitpunkt der Anbotseröffnung am 2. 12. 1998 lagen dem Auftraggeber unter anderem die Angebote der zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossenen Klägerinnen sowie einer weiteren ARGE vor. Das letztere Angebot belief sich auf ATS 78,714.370,18, das der Klägerinnen auf ATS 77,941.892,69. Mit beiden Anbietern wurden am 17. bzw 18. 12. 1998 Aufklärungsgespräche geführt. Nach diesen Gesprächen rechneten die Klägerinnen mit dem Zuschlag an sie. Sie begannen deshalb mit Vorbereitungsarbeiten für die Baustelle. Als geplanter Bautermin war nach der Ausschreibung der 1. 2. 1999 vorgesehen. Die Klägerinnen wiesen darauf hin, dass eine Tunnelfräse vor Ort auf der Baustelle bereit gehalten werden müsse, um den Bauzeitplan präzise einhalten zu können.

Mit Schreiben vom 15. 1. 1999 teilte das Amt der Landesregierung den Klägerinnen mit, dass eine Zuschlagserteilung noch nicht erfolgt sei. Es erstellte vielmehr mit Amtsvortrag vom 18. 1. 1999 den Vorschlag, den Zuschlag der

erwähnten weiteren ARGE (in der Folge ARGE) zu erteilen. Auf Antrag der Klägerinnen gab die Bundes-Vergabekontrollkommission am 29. 1. 1999 die Empfehlung ab, die Beklagte möge eine nochmalige Bewertung der gelegten Angebote ausschließlich an Hand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und unter Beachtung ihrer durch die Reihenfolge ihrer Nennung zum Ausdruck kommenden Gewichtung vornehmen. Daraufhin änderte das Amt der Landesregierung den Vergabevorschlag und teilte den Klägerinnen mit Schreiben vom 8. 2. 1999 mit, es werde der Landesregierung vorschlagen, den Klägerinnen den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom 11. 2. 1999 gab das Amt der Landesregierung diese Erklärung auch gegenüber dem Bundesvergabeamt ab.

Sowohl die Klägerinnen als auch die ARGE stimmten in der Folge einer Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 2. 6. 1999 zu.

Am 10. 3. 1999 erstattete das Amt der Landesregierung den Amtsvortrag, dass die Zuschlagerteilung an die ARGE beabsichtigt sei. Auf Grund eines Antrags der Klägerinnen wiederholte die Bundes-Vergabekontrollkommission am 25. 3. 1999 ihre Empfehlung vom 29. 1. 1999. Mit einstweiliger Verfügung vom 12. 4. 1999 untersagte das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung über einen Antrag der Klägerinnen auf Nichtigerklärung des Vergabevorschlags, längstens jedoch bis 8. 6. 1999. Mit Bescheid vom 8. 6. 1999 gab das Bundesvergabeamt dem Antrag der Klägerinnen "auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, wie sie im Amtsvortrag vom 10. 3. 1999 zum Ausdruck kommt, nämlich die Lieferungen und Leistungen für das betreffende Bauvorhaben an die ARGE ... als Bestbieterin zu den Einheitspreisen und Bedingungen des Angebots vom 2. Dezember 1998 mit einer korrigierten Auftragssumme von ATS 77,010.370,18 zu übertragen ... gemäß § 113 Abs 2 Z 2 iVm § 117 Abs 1 iVm § 29 Abs 4 Bundesvergabegesetz 1997" statt.Am 10. 3. 1999 erstattete das Amt der Landesregierung den Amtsvortrag, dass die Zuschlagerteilung an die ARGE beabsichtigt sei. Auf Grund eines Antrags der Klägerinnen wiederholte die Bundes-Vergabekontrollkommission am 25. 3. 1999 ihre Empfehlung vom 29. 1. 1999. Mit einstweiliger Verfügung vom 12. 4. 1999 untersagte das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung über einen Antrag der Klägerinnen auf Nichtigerklärung des Vergabevorschlags, längstens jedoch bis 8. 6. 1999. Mit Bescheid vom 8. 6. 1999 gab das Bundesvergabeamt dem Antrag der Klägerinnen "auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, wie sie im Amtsvortrag vom 10. 3. 1999 zum Ausdruck kommt, nämlich die Lieferungen und Leistungen für das betreffende Bauvorhaben an die ARGE ... als Bestbieterin zu den Einheitspreisen und Bedingungen des Angebots vom 2. Dezember 1998 mit einer korrigierten Auftragssumme von ATS 77,010.370,18 zu übertragen ... gemäß § 113 Abs 2 Z 2 in Verbindung mit § 117 Abs 1 in Verbindung mit § 29 Abs 4 Bundesvergabegesetz 1997" statt.

Am 13. 7. 1999 widerrief daraufhin die Landesregierung die Ausschreibung und teilte dies mit Schreiben vom 23. 8. 1999 den Bietern unter Hinweis auf die erfolgte Neuausschreibung mit.

Mit Bescheid vom 29. 11. 1999 sprach das Bundesvergabeamt unter anderem aus, dem Antrag der Klägerinnen auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 1997 und die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, werde gemäß § 113 Abs 3 iVm § 29 Abs 4 BVergG 1997 stattgegeben (Punkt 2.), der Antrag der Klägerinnen auf Feststellung, dass den Antragstellern die Stellung des Bestbieters zugekommen sei, gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 als unzulässig zurückgewiesen (Punkt 3.) und der Antrag des Bundes auf Feststellung, dass die Antragsteller auch bei Einhaltung der Vergabevorschriften keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätten, gemäß § 113 Abs 3 iVm § 29 Abs 4 BVergG 1997 abgewiesen (Punkt 4.). Zur Begründung führte das Bundesvergabeamt aus, die unterbliebene Gewichtung der Zuschlagskriterien stelle einen Verstoß gegen § 29 Abs 4 BVergG 1997 dar. Die daraus resultierende Unmöglichkeit einer Bestbieterermittlung führe dazu, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter habe erteilt werden können und tatsächlich nicht erteilt worden sei. Es könne daher nicht festgestellt werden, ob die Klägerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätten.

Während der Zeit, in der die Tunnelfräse auf der Baustelle vorgehalten wurde, hatten die Klägerinnen unter anderem von einer Bau GmbH das Angebot erhalten, die in ihrem Eigentum stehende Tunnelbohrfräse auf einer anderen Baustelle, nämlich für den Vortrieb eines Stollens in Italien zu verwenden. Für diesen Auftrag hätte die Erstklägerin ATS 1.750 je Laufmeter in Rechnung gestellt. Die Maschine hätte dabei einen Tunnel in einer Länge von etwa 2000 m bohren sollen. Da die Fräse bis Ende September 1999 für das ausgeschriebene Bauvorhaben bereitstand, hat sie bis zu diesem Zeitpunkt nicht für andere Aufträge herangezogen werden können. Ohne die Notwendigkeit, die Maschine in "Vorhalteposition" zu halten, hätte die Erstklägerin dieses Angebot angenommen und wäre daraus den Klägerinnen ein

Entgelt von 3,5 Mio ATS zugeflossen.

Mit ihrer am 19. 4. 2000 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrten die Klägerinnen zuletzt, die Beklagte zur Zahlung des Betrags von 6 Mio ATS sA schuldig zu erkennen. Bei der Ausschreibung des Bauvorhabens habe sich das Anbot der Klägerinnen als Bietergemeinschaft als das billigste erwiesen, sodass die Klägerinnen nach dem Aufklärungsgespräch hätten annehmen dürfen, dass ihnen der Zuschlag erteilt werde. Sie hätten daher mit den Arbeitsvorbereitungen begonnen. Bei richtiger vergaberechtlicher Beurteilung hätte den Klägerinnen der Zuschlag erteilt werden müssen, jedenfalls viel eher als der ARGE. Die Klägerinnen seien daher als Bestbieter übergangen worden, und der Widerruf der Ausschreibung sei nicht gerechtfertigt gewesen. Das Klagebegehren werde auf das Erfüllungsinteresse wegen des Vergabeverstoßes, aber auch auf Ersatz des Vertrauensschadens wegen Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses gestützt. Die Tunnelfräse und eine Menge anderer Spezialgeräte seien vom Jänner bis August 1999 vorgehalten worden, weil täglich mit dem Zuschlag und dem Arbeitsbeginn zu rechnen gewesen sei. Die Geräte hätten deshalb nicht auf einer anderen Baustelle eingesetzt werden können, wodurch allein schon die Mieten von 8,5 Mio ATS entgangen seien. Der Schaden setze sich aber auch aus den Kosten für die Angebotsbearbeitung, aus Anwalts- und Besprechungskosten, aus entgangenen Erlösen, aus Zentralregien und aus Gerätekosten sowie aus Bereitstellungsarbeiten für die Tunnelbaumaschine zusammen. Da die Klägerinnen ohne den Vergabeverstoß nach den Ausschreibungskriterien den Zuschlag hätten erhalten müssen, seien sie durch die schwerwiegenden Ausschreibungsmängel um ihren Wettbewerbsvorteil gebracht worden. Den Leuten der Beklagten falle eine vorsatznahe Schuldform zur Last, weil sie die Klägerinnen als Bestbieter hätten "identifizieren" können, ihnen aber den Auftrag nicht hätten erteilen wollen. Der Zuspruch des Erfüllungsinteresses sei daher gerechtfertigt. Das Klagebegehren werde auf sämtliche in der von den Klägerinnen vorgelegten Beilage ./S einzeln angeführten Positionen gestützt, insbesondere auf die dort ausgewiesenen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und die Kosten für die Vorhaltung der Tunnelfräsmaschine.

Die Beklagte wendete ein, in der Ausschreibung sei klar zum Ausdruck gebracht worden, dass der Zuschlag nicht dem niedrigsten, sondern dem wirtschaftlich günstigsten Angebots erteilt werde. Auch beim Aufklärungsgespräch sei den Klägerinnen die Auftragsvergabe an sie nicht zugesagt, sondern es sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass sie Vorbereitungsarbeiten auf ihr Risiko vornähmen. Die Klägerinnen seien auch nicht veranlasst gewesen, ihre Kapazitäten bis zum 23. 8. 1999 zu reservieren. Die Ausschreibung sei keineswegs äußerst mangelhaft gewesen. Erst nach der Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 8. 6. 1999 sei festgestanden, dass eine Bestbieterermittlung nicht möglich sei. Dies habe den Widerruf der Ausschreibung zwingend erfordert. Der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse stehe den Klägerinnen jedenfalls nicht zu. Rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Beklagten liege nicht vor. Selbst wenn man von einer mangelhaften Ausschreibung ausgehen wollte, hätten die Klägerinnen ihre Schadensminderungspflicht verletzt, weil sie auf den Mangel nicht hingewiesen hätten.

Das Erstgericht erkannte mit Teil- und Teilzwischenurteil die Beklagte zur Zahlung von 3,5 Mio ATS sA schuldig und sprach aus, dass das Klagebegehren, die Beklagte sei schuldig, außerdem noch 2,5 Mio ATS sA zu zahlen, dem Grunde nach zu Recht bestehe. Es führte zur rechtlichen Beurteilung aus, § 122 BVergG 1997 gewähre gegebenenfalls auch den Ersatz des Erfüllungsinteresses. Dies sei aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung zwanglos abzuleiten, weil unter die "durch die Teilnahme am Verfahren entstandenen sonstigen Kosten" jeder positive Schaden, somit auch der Verdienstentgang, nämlich die Vernichtung einer konkreten Gewinnmöglichkeit, subsumiert werden könne. Den Klägerinnen sei daher der durch die Nichtverfügbarkeit der Tunnelfräsmaschine entstandene Schaden von 3,5 Mio ATS als auf Grund der Vernichtung einer objektiv gegebenen Gewinnmöglichkeit entstandener positiver Schaden zu ersetzen. Eine andere Gesetzesauslegung hätte zur Konsequenz, dass bei jeder Ausschreibung, die derart fehlerhaft ist, dass ein Bestbieter nicht ermittelt werden kann, der Ersatz des Erfüllungsinteresses ausgeschlossen sei. "Somit" bestehe die gesamte Klagsforderung dem Grunde nach zu Recht.

Das Gericht zweiter Instanz hob dieses Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig und das Verfahren erst nach Rechtskraft des Beschlusses fortzusetzen sei. Das Verhalten der Auftraggeberin verstoße zwar gegen die Bestimmungen des BVergG 1997 und sei somit rechtswidrig und auch schuldhaft, doch rechtfertige dieser Umstand allein noch nicht den Zuspruch des Erfüllungsinteresses. Ein derartiger Anspruch setze voraus, dass der Vertrag ohne die Pflichtverletzung zustande gekommen wäre, die Klägerinnen also den Zuschlag als Bestbieterinnen erhalten hätten, was sie zu beweisen hätten. Einen solchen Beweis könnten die Klägerinnen nicht

erbringen, weil angesichs der unterlassenen Reihung und Gewichtung der Zuschlagskriterien eine dem BVergG 1997 entsprechende Bestbieterermittlung nicht möglich sei. Allerdings stehe den Klägerinnen grundsätzlich der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu, der neben den Kosten der Angeboterstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren auch den entgangenen Gewinn aus einem versäumten anderen Geschäft umfasse. Der Auftraggeberin fielen zwar die Ausschreibungsmängel nach demMaßstab des § 1299 ABGB als Fahrlässigkeit zur Last, doloses oder schikanöses Vorgehen könne jedoch nicht erkannt werden. Mitverschulden der Klägerinnen sei nicht gegeben, weil sie vor der Entscheidung des Bundesvergabeamts am 8. 6. 1999 die Unzulänglichkeit der Ausschreibung nicht hätten erkennen müssen, sei doch auch die Bundesvergabekontrollkommission bei ihren Empfehlungen von ausreichenden Zuschlagskriterien ausgegangen. Die Klägerinnen hätten auch, weil sie Billigstbieter waren, auf Grund des Schreibens vom 8. 2. 1999 und der Empfehlungen der Bundesvergabekommission erwarten dürfen, dass ihnen der Zuschlag erteilt werde. Da die Klägerinnen in Form einer Bietergemeinschaft an der Ausschreibung teilgenommen hätten, stünden ihnen Ersatzansprüche grundsätzlich gemeinsam zu, es sei denn, es würde erwiesen werden, dass einzelne Kosten oder sonstige Schäden nur einem von ihnen entstanden seien.

Das Klagebegehren von letztlich 6 Mio ATS umfasse einen Pauschalbetrag aus mehreren Anspruchsteilen, die zusammen einen etwas mehr als doppelt so hohen Betrag ergäben, wobei eine Aufteilung des Klagsbetrags auf die einzelnen Ansprüche und Anspruchsteile nicht erfolgt sei. Das Klagebegehren entspreche daher nicht dem Bestimmtheitsgebot des § 226 ZPO, weil die Aufteilung des geltend gemachten Pauschalbetrags auf die einzelnen Ansprüche und Teilansprüche nicht dem Gericht überlassen werden könne. Auch könnten die Klägerinnen nicht gleichzeitig begehren, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag erfüllt und ihnen der Zuschlag erteilt worden wäre, und andererseits auch jene Aufwendungen ersetzt verlangen, die für das Zustandekommen des Vertrages erforderlich waren. Der siegreiche Bieter habe regelmäßig die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren selbst zu tragen. Es stehe den Klägerinnenn also nur die Wahl zu, entweder zu begehren, dass sie wie bei Vertragsabschluss gestellt werden, oder den Ersatz im Sinn des § 122 BVergG 1997 zu verlangen. Auch insoweit, als die Klägerinnen einander teilweise ausschließende Ansprüche geltend machten, sei das Klagebegehren als unbestimmt anzusehen. Den Klägerinnen sei die Möglichkeit zur Verbesserung ihres Begehrens zu bieten.

Die dagegen erhobenen Rekurse beider Parteien sind zwar zulässig, aber nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Vorweg ist auf den im Rekurs an den Obersten Gerichtshof von der Beklagten erhobenen Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Zweitklägerin einzugehen. Die Beklagte meint, ausschließlich die Erstklägerin als Maschineneigentümerin habe das Risiko im Zusammenhang mit der Tunnelfräsmaschine zu tragen, weshalb auch nur sie Ersatzansprüche geltend machen könne. Ähnliches Vorbringen hat die Beklagte zwar auch in ihrer Berufung erstattet, nicht jedoch im Verfahren erster Instanz, obwohl die Klägerinnen bereits in der Klage vorgebracht hatten, der Schaden aus entgangenen Gerätemieten sei ihnen gemeinsam entstanden. In der Verhandlungstagsatzung vom 22. 2. 2001 (AS 79) trugen sie zudem - von der Beklagten nicht bestritten - vor, sie hätten sich in Form einer ARGE, also einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der "internen Vereinbarung" zusammengeschlossen, im Falle der Auftragserteilung Risiko und Gewinn im Verhältnis 50 : 50 aufzuteilen. Eine zur gemeinsamen Herstellung eines Bauprojekts gegründete Arbeitsgemeinschaft wird nach ständiger Rechtsprechung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinn der §§ 1175 ff ABGB qualifiziert (SZ 53/152; SZ 55/117; 1 Ob 669/90 ua). Deren Forderungen werden regelmäßig als Gesamthandforderungen beurteilt, die nur durch alle Gesellschafter gemeinsam geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0017326; RS0017330; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB2 § 1203 Rz 3; Grillberger in Rummel, ABGB3 §§ 1202, 1203 Rz 9). Dass besondere Umstände vorlägen, die eine andere Beurteilung geböten, so etwa, dass einzelne Teile des Gesellschaftsvermögens nach bereits durchgeführter Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern der Erstklägerin überlassen worden wären (vgl dazu SZ 50/151), hat die Beklagte im Verfahren nicht behauptet.Vorweg ist auf den im Rekurs an den Obersten Gerichtshof von der Beklagten erhobenen Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Zweitklägerin einzugehen. Die Beklagte meint, ausschließlich die Erstklägerin als Maschineneigentümerin habe das Risiko im Zusammenhang mit der Tunnelfräsmaschine zu tragen, weshalb auch nur sie Ersatzansprüche geltend machen könne. Ähnliches Vorbringen hat die Beklagte zwar auch in ihrer Berufung erstattet, nicht jedoch im Verfahren erster Instanz, obwohl die Klägerinnen bereits in der Klage vorgebracht hatten, der Schaden aus entgangenen Gerätemieten sei ihnen gemeinsam entstanden. In der Verhandlungstagsatzung vom 22. 2. 2001 (AS 79) trugen sie zudem - von der Beklagten nicht bestritten - vor, sie hätten sich in Form einer ARGE, also

einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der "internen Vereinbarung" zusammengeschlossen, im Falle der Auftragserteilung Risiko und Gewinn im Verhältnis 50 : 50 aufzuteilen. Eine zur gemeinsamen Herstellung eines Bauprojekts gegründete Arbeitsgemeinschaft wird nach ständiger Rechtsprechung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinn der §§ 1175 ff ABGB qualifiziert (SZ 53/152; SZ 55/117; 1 Ob 669/90 ua). Deren Forderungen werden regelmäßig als Gesamthandforderungen beurteilt, die nur durch alle Gesellschafter gemeinsam geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0017326; RS0017330; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB2 § 1203 Rz 3; Grillberger in Rummel, ABGB3 §§ 1202, 1203 Rz 9). Dass besondere Umstände vorlägen, die eine andere Beurteilung geböten, so etwa, dass einzelne Teile des Gesellschaftsvermögens nach bereits durchgeführter Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern der Erstklägerin überlassen worden wären vergleiche dazu SZ 50/151), hat die Beklagte im Verfahren nicht behauptet.

Gemäß § 113 Abs 3 des hier noch anzuwendenden BVergG 1997 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. In einem solchen Verfahren ist das Bundesvergabeamt ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Gemäß § 125 Abs 2 BVergG 1997 ist eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamts gemäß § 113 Abs 3 erfolgt ist. Das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind an eine solche Feststellung gebunden, sofern das Gericht nicht gemäß § 125 Abs 3 BVergG 1997 den Verwaltungsgerichtshof anruft. Danach hat das Gericht, wenn es einen für die Entscheidung präjudiziellen Bescheid für rechtswidrig hält, das Verfahren zu unterbrechen und beim Verwaltungsgerichtshof mit Beschwerde gemäß Art 131 Abs 2 B-VG die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides zu begehren. Nach Einlangen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs hat das Gericht das Verfahren fortzusetzen und den Rechtsstreit unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofs zu entscheiden.

Ein derartiges Vorgehen gemäß § 125 Abs 3 BVergG 1997 regt die Beklagte in ihrem Rekurs an: Der Bescheid des Bundesvergabeamts vom 29. 11. 1999 sei in sich widersprüchlich und daher rechtswidrig, weil einerseits ausgeführt werde, in Ermangelung einer Gewichtung der Zuschlagskriterien könne keine Bestbieterermittlung erfolgen, aber andererseits festgestellt wird, der Zuschlag sei nicht dem Bestbieter erteilt worden.

Bereits in seinem Bescheid vom 8. 6. 1999 hat das Bundesvergabeamt dargelegt, der Auftraggeber hätte in der Ausschreibung eine Reihung bzw Gewichtung der Zuschlagskriterien vornehmen müssen, um in Wahrung des im § 16 Abs 1 BVergG 1997 festgeschriebenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter eine objektiven Maßstäben unterliegende Ermittlung des Bestbieters durchführen zu können. Gründe, derentwegen von der Reihung bzw der Gewichtung abgesehen werden konnte, seien für den Senat nicht ersichtlich. Angesichts der sachlich nicht gerechtfertigten Unterlassung der Reihung bzw Gewichtung von Zuschlagskriterien sei eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich. Aus diesen Überlegungen zog das Bundesvergabeamt in seinem Bescheid vom 29. 11. 1999 den Schluss, dass einerseits der Zuschlag nicht an den Bestbieter erteilt worden sein konnte, dass andererseits aber auch keine Aussage darüber getrroffen werden könne, die Klägerinnen hätten auch bei Einhaltung der Vergabevorschriften keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt. Diese Argumentationslinie ist schlüssig und in sich widerspruchsfrei, weil die Unmöglichkeit der Ermittlung eines Bestbieters zwingend nach sich zieht, dass die Positionierung der einzelnen Anbotleger im Verfahren nicht feststellbar ist. Der erkennende Senat hält daher den Bescheid unter dem von der Beklagten relevierten Gesichtspunkt nicht für rechtswidrig.

Dies trifft auch auf die Kernaussage beider Bescheide zu, dass die Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung zu gewichten seien. Der Europäische Gerichtshof sprach bereits zur Richtlinie 71/305 EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge aus, dass der öffentliche Auftraggeber die für jede Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekannt machen müsse. Das Kriterium des "günstigsten Angebots" könne mit der Richtlinie vereinbar sein, wenn es das Beurteilungsermessen zum Ausdruck bringe, über das die öffentlichen Auftraggeber verfügen, um nach objektiven Gesichtspunkten das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu ermitteln und somit kein willkürliches Auswahlelement enthalte (EuGHSlg 1988, 4635, "Beentjes"). In seinem offenbar unter anderem auch die Erstklägerin betreffenden Erkenntnis vom 12. 12. 2002, C-470/99, sprach der Europäische Gerichtshof zur Nachfolgerichtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge unter Bezugnahme auf das vorher genannte

Erkenntnis aus, die öffentlichen Auftraggeber müssten die für jede Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekannt machen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, der den Vergaberichtlinien zu Grunde liege, schließe eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen solle, die Beachtung dieses Grundsatzes zu überprüfen. Erfolge der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Gebot, so habe der öffentliche Auftraggeber nach Art 30 Abs 2 der Richtlinie in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Aus diesem Artikel gehe somit hervor, dass sich der öffentliche Auftraggeber, wenn er eine Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Zuschlagskriterien vorgenommen hat, nicht darauf beschränken könne, diese Kriterien lediglich in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung zu benennen, sondern dass er den Bietern außerdem die vorgesehene Gewichtung mitteilen müsse. Die dem öffentlichen Auftraggeber auferlegte Verpflichtung bezwecke, den potentiellen Bietern vor der Vorbereitung ihrer Angebote die Zuschlagskriterien, denen diese Angebote entsprechen müssen, und die relative Bedeutung dieser Kriterien bekannt zu machen, um so die Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zu gewährleisten. In gleichem Sinne argumentierte der Gerichtshof in den Rechtssachen C-513/99 und C-19/00 und führte namentlich aus, ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, sei mit der Richtlinie unvereinbar. Die Kriterien müssten, wenn möglich, in absteigender Reihenfolge der ihnen zugemessenen Bedeutung im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, damit die Unternehmer in der Lage seien, vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen. Die Zuschlagskriterien seien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so zu fassen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können.

§ 29 Abs 4 BVergG 1997 sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung die als erforderlich erachteten Nachweise sowie alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben habe. Im Lichte der dargestellten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der von diesem geforderten Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Kriterien für durchschnittlich fachkundige Bieter kann der zitierten Gesetzesstelle nur die - schon aus dem Wortsinn hervorleuchtende - Bedeutung beigemessen werden, die sich aus dem Bescheid des Bundesvergabeamts ergibt. Es bedarf somit einer Gewichtung der Zuschlagskriterien, aus denen im hier zu beurteilenden Fall etwa auch zu entnehmen gewesen sein müsste, welche Bedeutung einer Überschreitung des ausgeschriebenen Mindestdurchmessers der Bohrung bei den Wirtschaftlichkeitsüberlegungen zukomme.

Eine Rechtswidrigkeit der beiden Bescheide des Bundesvergabeamts ist daher auch in Beziehung auf § 29 Abs 4 BVergG unter europarechtlichen Implikationen nicht zu erkennen.

Die Einhaltung der Vergabebestimmungen dient auch dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise bei der Vergabe. Diese Bestimmungen geben den Organen der öffentlichen Hand Verhaltenspflichten auf, auf deren Beachtung die Bieter vertrauen dürfen. Die Verletzung der Vergabevorschriften kann daher im vorvertraglichen Raum nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo - ein Verschulden des Organs vorausgesetzt, das indes gemäß § 1298 ABGB vermutet wird, sodass der Rechtsträger insofern den Entlastungsbeweis antreten müsste - die Verpflichtung des Rechtsträgers zum Schadenersatz zur Folge haben (SZ 61/134; SZ 61/90; JBl 1990, 520; SZ 73/55 = JBl 2000, 519; 7 Ob 200/00p = JBl 2002, 117 [Rummel] ua).

Zur Frage des Verschuldens bringt die Beklagte vor, die Auftraggeberin habe in "vertretbarer Rechtsansicht" gehandelt, weil sich "seit dem Jahre 1995 eine Präzisierung des Gesetzestextes durch erst zu schaffende Rechtsprechung entwickeln musste" und im Zeitpunkt der Ausschreibung höchstgerichtliche Judikatur noch nicht vorlag. Diesem Vorbringen ist zu erwidern, dass - wie bereits erörtert - allein dem Text des § 29 Abs 4 BVergG 1997 die völlig klare Aufforderung an den Auftraggeber, "alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben", zu entnehmen ist. Beachtet man weiters die bereits dargestellte, bis in die Achtzigerjahre zurückreichende Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zur Transparenz der Zuschlagskriterien und zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, so kann davon, dass die Ausschreibung in vertretbarer Auslegung des Gesetzes erfolgt sei, keine Rede sein.

Seit der Entscheidung 7 Ob 568/94 = SZ 67/182 = ecolex 1995, 95 = WBl 1995, 77 ist es ständige Rechtsprechung, dass auch das positive Vertragsinteresse, also das Erfüllungsinteresse, zuerkannt werden könne, wenn der Vertrag ohne die

Pflichtverletzung zustande gekommen wäre. Ähnlich wie bei "Vorhandverträgen", die eine dem Vorvertrag vergleichbare vertragliche Bindung schaffen, könne auch bei Ausschreibungen die Annahme einer solchen Bindung gerechtfertigt sein. Diese Bindung könne die tragfähige Grundlage für den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses jenes Bieters bieten, der bei Eröffnung der Anbote Bestbieter gewesen sei. Werde er übergangen, so stehe ihm der Ersatz des Erfüllungsinteresses zu, wenn der Ausschreibung das Bestbieterprinzip zu Grunde gelegt worden sei (SZ 73/62; RIS-Justiz RS00113629). Entgegen der von den Klägerinnen vertretenen Rechtsansicht trifft - wie schon das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat - sie die Beweislast dafür, dass sie als Bestbieter tatsächlich zum Zuge gekommen wären, obliegt doch der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden grundsätzlich dem Geschädigten (NZ 1987, 42; JBl 1993, 316; JBl 1997, 587; JBl 2002, 115). Anders als bei ärztlichen Behandlungsfehlern, bei denen wegen der in ganz besonderem Maß vorhandenen Beweisschwierigkeiten des Patienten die Kausalität nachzuweisen nur dem zur Haftung herangezogenen Arzt die Mittel und Sachkunde zum Nachweis zur Verfügung stehen (SZ 63/90; JBl 1992, 522), ist hier dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zumutbar (vgl RIS-Justiz RS0106890): Der jeweilige Bieter ist im Allgemeinen fachkundig, und es stehen ihm nicht nur die eigenen Kalkulationsunterlagen zur Verfügung, sondern er kennt auch die Angebote der Mitbewerber. Die bloße Tatsache allein, dass der erforderliche Beweis bei der gegebenen Sachlage überhaupt nicht geführt werden kann, rechtfertigt noch keinesfalls die Umkehrung der Beweislast. Andernfalls wäre in jedem Fall des Beweisnotstands die Beweislast umzukehren. Nicht die Beweisschwierigkeiten im einzelnen Fall, sondern lediglich strukturelle Beweislagen, die es aus typischen Haftungsgrundlagen Geschädigten ganz allgemein verwehrten, Ersatzansprüche durchzusetzen, wie bei ärztlichen Behandlungsfehlern, können eine solche Beweislastverschiebung rechtfertigen. Gerade in einem Fall, in dem - wie hier - die Preisdifferenz zwischen den beiden Bietern nur knapp 1 % beträgt, kann indes auch nicht unterstellt werden, dass der Billigstbieter nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in geradezu typischer formelhafter Verknüpfung (vgl Fasching LB2 Rz 893 ff) auch immer der Bestbieter sein muss. Somit kommt auch die von den Klägerinnen angestrebte Reduzierung des Beweismaßes im Sinne des Anscheinsbeweises, dessen Entkräftung der Beklagten obläge, nicht in Betracht.Seit der Entscheidung 7 Ob 568/94 = SZ 67/182 = ecolex 1995, 95 = WBl 1995, 77 ist es ständige Rechtsprechung, dass auch das positive Vertragsinteresse, also das Erfüllungsinteresse, zuerkannt werden könne, wenn der Vertrag ohne die Pflichtverletzung zustande gekommen wäre. Ähnlich wie bei "Vorhandverträgen", die eine dem Vorvertrag vergleichbare vertragliche Bindung schaffen, könne auch bei Ausschreibungen die Annahme einer solchen Bindung gerechtfertigt sein. Diese Bindung könne die tragfähige Grundlage für den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses jenes Bieters bieten, der bei Eröffnung der Anbote Bestbieter gewesen sei. Werde er übergangen, so stehe ihm der Ersatz des Erfüllungsinteresses zu, wenn der Ausschreibung das Bestbieterprinzip zu Grunde gelegt worden sei (SZ 73/62; RIS-Justiz RS00113629). Entgegen der von den Klägerinnen vertretenen Rechtsansicht trifft - wie schon das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat - sie die Beweislast dafür, dass sie als Bestbieter tatsächlich zum Zuge gekommen wären, obliegt doch der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden grundsätzlich dem Geschädigten (NZ 1987, 42; JBl 1993, 316; JBl 1997, 587; JBl 2002, 115). Anders als bei ärztlichen Behandlungsfehlern, bei denen wegen der in ganz besonderem Maß vorhandenen Beweisschwierigkeiten des Patienten die Kausalität nachzuweisen nur dem zur Haftung herangezogenen Arzt die Mittel und Sachkunde zum Nachweis zur Verfügung stehen (SZ 63/90; JBl 1992, 522), ist hier dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zumutbar vergleiche RIS-Justiz RS0106890): Der jeweilige Bieter ist im Allgemeinen fachkundig, und es stehen ihm nicht nur die eigenen Kalkulationsunterlagen zur Verfügung, sondern er kennt auch die Angebote der Mitbewerber. Die bloße Tatsache allein, dass der erforderliche Beweis bei der gegebenen Sachlage überhaupt nicht geführt werden kann, rechtfertigt noch keinesfalls die Umkehrung der Beweislast. Andernfalls wäre in jedem Fall des Beweisnotstands die Beweislast umzukehren. Nicht die Beweisschwierigkeiten im einzelnen Fall, sondern lediglich strukturelle Beweislagen, die es aus typischen Haftungsgrundlagen Geschädigten ganz allgemein verwehrten, Ersatzansprüche durchzusetzen, wie bei ärztlichen Behandlungsfehlern, können eine solche Beweislastverschiebung rechtfertigen. Gerade in einem Fall, in dem - wie hier - die Preisdifferenz zwischen den beiden Bietern nur knapp 1 % beträgt, kann indes auch nicht unterstellt werden, dass der Billigstbieter nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in geradezu typischer formelhafter Verknüpfung vergleiche Fasching LB2 Rz 893 ff) auch immer der Bestbieter sein muss. Somit kommt auch die von den Klägerinnen angestrebte Reduzierung des Beweismaßes im Sinne des Anscheinsbeweises, dessen Entkräftung der Beklagten obläge, nicht in Betracht.

Das Begehren auf Zuspruch des Erfüllungsinteresses kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die Auftraggeberin die Ausschreibung zu Unrecht widerrufen habe und dass der Zuschlag nach Nichtigerklärung der Entscheidung, den Auftrag an die ARGE zu vergeben, mit dem Bescheid des Bundesvergabeamts vom 8. 6. 1999 ohne weiteres der von den Klägerinnen gebildeten Arbeitsgemeinschaft zu erteilen gewesen wäre. Gemäß § 55 Abs 1 BVergG 1997 ist die Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es somit nicht auf eine dem Auftraggeber zurechenbare Fahrlässigkeit an. Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung 1 Ob 284/01y = JBl 2002, 385 = RdW 2002, 590 = ecolex 2002, 349 = ZVB 2002, 138 unter Berufung auf König (Vergaberecht in der Praxis [2000] 68) zu den vergleichbaren Widerrufsbestimmungen der Ö-Norm A 2050 ausführte, ist die Frage, ob ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist vorliegt, nur nach objektiven Kriterien zu lösen und nicht von der Beantwortung der weiteren Frage abhängig, ob der Auftraggeber den Widerruf verschuldete und von den bisherigen Bietern auf Ersatz des jeweiligen negativen Vertragsinteresses in Anspruch genommen werden kann. Würde man nämlich den Widerruf der Ausschreibung aus Gründen, die der vergebenden Stelle anzulasten sind, nicht als zulässig ansehen, so wäre das ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter als Kernanliegen des Vergaberechts. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber verschuldeten Ausschreibungsmangels erlangte Position als Bestbieter rechtfertigt nämlich nicht die Ungleichbehandlung aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten, als auch jener, die im Rahmen der unvollständigen oder verfehlten Ausschreibung keine Angebote legten, sich jedoch an einer allfälligen Neuausschreibung beteiligen wollten. Die Ungleichbehandlung der in Betracht kommenden Bietinteressenten läge darin, dass es ihnen unter nunmehr anderen Leistungsvoraussetzungen verwehrt wäre, sich im Rahmen einer neuen Ausschreibung an einem fairen Angebotswettbewerb zu beteiligen. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, dass die den Widerruf einer Ausschreibung regelnden Grundsätze nicht nur dem Schutz der Interessen der einzelnen Bieter, sondern auch dem des Auftraggebers dienen (vgl BGHZ 120, 281, 286). Der Auftraggeber muss eine Ausschreibung auch dann widerrufen können, wenn nach deren Beginn schwerwiegende, schon vor Beginn von ihm fahrlässig verursachte Fehler hervorkommen, deren mangelnde Korrektur dem Grundsatz der sparsamsten Verwendung öffentlicher Mittel zuwiderlaufen könnte. Das in einer Nachlässigkeit bestehende Verschulden des Auftraggebers an einem wesentlichen Mangel der Ausschreibung ist somit nicht geeignet, einem der Bieter zu Lasten eines schutzwürdigen Interesses des Auftraggebers, insbesondere aber auch zu Lasten der Interessen aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten eine gesicherte Rechtsposition als Bestbieter zu verschaffen und damit die nach rein objektiven Kriterien gebotene Neuausschreibung zu verwehren, bei der sich durch den erneuten Angebotswettbewerb zum einen eine für die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel günstige Änderung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ergeben könnte, zum anderen aber auch jeder Unternehmer, der sich nunmehr am Angebotswettbewerb beteiligen will, die Chance hätte, die Position des Bestbieters zu erlangen.Das Begehren auf Zuspruch des Erfüllungsinteresses kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die Auftraggeberin die Ausschreibung zu Unrecht widerrufen habe und dass der Zuschlag nach Nichtigerklärung der Entscheidung, den Auftrag an die ARGE zu vergeben, mit dem Bescheid des Bundesvergabeamts vom 8. 6. 1999 ohne weiteres der von den Klägerinnen gebildeten Arbeitsgemeinschaft zu erteilen gewesen wäre. Gemäß § 55 Abs 1 BVergG 1997 ist die Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es somit nicht auf eine dem Auftraggeber zurechenbare Fahrlässigkeit an. Wie der erkennende Senat in seiner Entscheidung 1 Ob 284/01y = JBl 2002, 385 = RdW 2002, 590 = ecolex 2002, 349 = ZVB 2002, 138 unter Berufung auf König (Vergaberecht in der Praxis [2000] 68) zu den vergleichbaren Widerrufsbestimmungen der Ö-Norm A 2050 ausführte, ist die Frage, ob ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist vorliegt, nur nach objektiven Kriterien zu lösen und nicht von der Beantwortung der weiteren Frage abhängig, ob der Auftraggeber den Widerruf verschuldete und von den bisherigen Bietern auf Ersatz des jeweiligen negativen Vertragsinteresses in Anspruch genommen werden kann. Würde man nämlich den Widerruf der Ausschreibung aus Gründen, die der vergebenden Stelle anzulasten sind, nicht als zulässig ansehen, so wäre das ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter als Kernanliegen des Vergaberechts. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber verschuldeten Ausschreibungsmangels erlangte Position als Bestbieter rechtfertigt nämlich nicht die Ungleichbehandlung aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten, als auch jener, die im Rahmen der unvollständigen oder verfehlten Ausschreibung keine Angebote legten, sich jedoch an einer allfälligen Neuausschreibung beteiligen wollten. Die Ungleichbehandlung der in Betracht kommenden Bietinteressenten läge darin, dass es ihnen unter nunmehr anderen Leistungsvoraussetzungen verwehrt wäre, sich im Rahmen einer neuen

Ausschreibung an einem fairen Angebotswettbewerb zu beteiligen. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, dass die den Widerruf einer Ausschreibung regelnden Grundsätze nicht nur dem Schutz der Interessen der einzelnen Bieter, sondern auch dem des Auftraggebers dienen vergleiche BGHZ 120, 281, 286). Der Auftraggeber muss eine Ausschreibung auch dann widerrufen können, wenn nach deren Beginn schwerwiegende, schon vor Beginn von ihm fahrlässig verursachte Fehler hervorkommen, deren mangelnde Korrektur dem Grundsatz der sparsamsten Verwendung öffentlicher Mittel zuwiderlaufen könnte. Das in einer Nachlässigkeit bestehende Verschulden des Auftraggebers an einem wesentlichen Mangel der Ausschreibung ist somit nicht geeignet, einem der Bieter zu Lasten eines schutzwürdigen Interesses des Auftraggebers, insbesondere aber auch zu Lasten der Interessen aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten eine gesicherte Rechtsposition als Bestbieter zu verschaffen und damit die nach rein objektiven Kriterien gebotene Neuausschreibung zu verwehren, bei der sich durch den erneuten Angebotswettbewerb zum einen eine für die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel günstige Änderung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ergeben könnte, zum anderen aber auch jeder Unternehmer, der sich nunmehr am Angebotswettbewerb beteiligen will, die Chance hätte, die Position des Bestbieters zu erlangen.

Gegenüber diesen aus dem Gleichbehandlungsgebot abgeleiteten Überlegungen muss das Partikularinteresse der Klägerinnen, die sich durch die im Ergebnis frustrierte Angebotseröffnung um ihren Wettbewerbsvorteil gebracht sehen, zurücktreten; bei der gegebenen Fallkonstellation müsste der von den Klägerinnen ins Treffen geführte Gesichtspunkt in letzter Konseqenz dazu führen, dass der Auftraggeber von mehreren Bietern auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch genommen werden könnte, sind doch von der mangelnden Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht selten alle oder jedenfalls mehrere Angebote betroffen, namentlich dann, wenn diese rein zahlenmäßig eng nebeneinander liegen. Den Beweis, dass sie bei normgerechter Ausschreibung aus dem Wettbewerb als Bestbieterinnen hervorgegangen wären, können die Klägerinnen nach der gegebenen Sachlage nicht erbringen, weil es - wie bereits dargestellt - an der dazu erforderlichen Gewichtung der Kriterien mangelt. Gemäß § 53 BVergG 1997 ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien (Bestbieterprinzip) zu erteilen. Sind diese Kriterien von der ausschreibenden Stelle nicht gewichtet worden, so kann gerade bei sehr eng nebeneinander liegenden Angeboten mangels Kenntnis der Präferenzen des Ausschreibenden der Beweis, als Bestbieter übergangen worden zu sein, auch durch einen Sachverständigen nicht erbracht werden. Die Erforschung dieser Präferenzen durch Vernehmung der für die vergebende Stelle tätig gewesenen Personen würde allen bereits dargestellten Grundsätzen einer objektivierbaren und fairen Ausschreibung in krasser Weise zuwiderlaufen. Die Klägerinnen sind daher auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt.

Prozessuale Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage ist nach § 125 Abs 2 BVergG 1997, dass zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamtes nach § 113 Abs 3 BVergG 1997 erfolgt ist. Dieser für das Gericht bindenden Feststellung kommt jedoch schon nach dem systematischen Aufbau des Gesetzes nur im Zusammenhang mit einem begehrten Kostenersatz entscheidende Bedeutung zu. Entgegen der vom Erstgericht offenkundig vertretenen Ansicht regelt das BVergG 1997 im § 122 Abs 1 nur den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotstellung sowie der unmittelbaren Teilnahme am Vergabeverfahren. Nur insoweit soll der Bieter von dem Nachweis, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte, befreit werden (Öhler, Rechtsschutz bei Vergabe von öffentlichen Aufträgen in der Europäischen Union, 206; 7 Ob 200/00p = JBl 2002, 117 [zust. Rummel] = RdW 2001, 731 = ecolex 2001, 902 = ZVB 202, 10 [zust. Öhler/Schramm]).

Kein Anspruch auf Kostenersatz gemäß § 122 Abs 1 BVergG 1997 besteht im Fall dessen Abs 2, wenn das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 festgestellt hat, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Unterlässt der Auftraggeber die für einen derartigen Ausspruch erforderliche (§ 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997) Antragstellung, hat auch ein tatsächlich chancenloser Bewerber den Kostenersatzanspruch (7 Ob 148/01t = JBl 2002, 115 = ecolex 2001, 901 = RdW 2001, 731 = RPA 2001, 145). Gleiches muss auch gelten, wenn - wie hier - ein entsprechender Antrag mangels vorhandener Beurteilungsgrundlagen abgewiesen wurde.

Über den Ersatz der Kosten der Angebotstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren hinaus bleiben gemäß § 124 BVergG 1997 die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche gewahrt. Der Bieter, der während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist (§ 41 Abs 2 BVergG 1997), kann, muss er entsprechende Kapazitäten

bereithalten ("Vorsorgekosten"), den Ersatz des entgangenen Gewinns aus einer versäumten Erwerbsgelegenheit begehren (1 Ob 201/99m = EvBl 2000/166 = JBl 2000, 519 = ecolex 2000, 646 = RdW 2000, 603; Elsner, Vergaberecht Rz A 174 mwH). Gemäß Art 8 Nr 2 EVHGB, der auch auf einseitige Handelsgeschäfte anwendbar ist, umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn, der somit auch bei bloß leichter Fahrlässigkeit zusteht (Kramer in Straube, HGB2 Art 8 Nr 2 Rz 1 f mwN). Das gilt auch für den entgangenen Gewinn als Vertrauensschaden infolge versäumter Abschlussgelegenheit, sofern das unwirksame oder nicht zustande gekommene Geschäft wenigstens ein einseitiges Handelsgeschäft gewesen wäre (SZ 48/8; EvBl 1991/101). Es bedarf daher auch nicht der näheren Prüfung der Frage, ob der Vorteil aus der versäumten Vermietung als positiver Schaden (Verdienstentgang) oder als entgangener Gewinn zu beurteilen wäre.

Die Klägerinnen haben im Verfahren zuletzt einen Pauschalbetrag von 6 Mio ATS geltend gemacht und sich dabei auf eine Aufstellung berufen, die einen rund doppelt so hohen Betrag ausweist. Nach der Klagserzählung in Verbindung mit dieser Aufstellung enthalten die eingeklagten Ersatzansprüche zum Teil Positionen, die die Klägerinnen damit begründen, sie seien, da sie trotz Bestangebots übergangen worden seien, so zu stellen, wie wenn der Vertrag mit ihnen zustande gekommen sei, und zum Teil Positionen, die zu den Kosten der Angebotslegung und der Teilnahme am Vergabeverfahren zu rechnen sind, sowie schließlich den Entgang des Gewinns aus der versäumten anderweitigen Vermietung der Tunnelfräse. Abgesehen davon, dass diese Ansprüche (Erfüllungsinteresse und Vertrauensschaden) einander zumindest teilweise ausschließen (7 Ob 200/00p mwN), widerspricht das bloß pauschale Begehren eines allein aus der Summe all dieser Ansprüche abgeleiteten Teilbetrags dem Bestimmtheitserfordernis des § 226 ZPO. Jeder von mehreren in einer Klage geltend gemachten Schadenersatzansprüche muss ziffernmäßig bestimmt und individualsiert sein. Ohne eine solche Aufschlüsselung wäre es nicht möglich, den Umfang der Rechtskraft einer Teilabweisung des Zahlungsbegehrens zu bestimmen und damit die Frage zu beantworten, über welche der eingeklagten Forderungen bzw in welchem Ausmaß über diese nun endgültig negativ abgesprochen wurde (RIS-Justiz RS0114624; RS0031014).

Das Berufungsgericht hat daher zutreffend die Klage als verbesserungsbedürftig erachtet, weshalb beiden gegen den Aufhebungsbeschluss gerichteten Rekursen der Erfolg zu versagen ist.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Textnummer

E68974

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2003:0010OB00110.02M.0325.000

Im RIS seit

24.04.2003

Zuletzt aktualisiert am

14.02.2011

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