

Zeitschrift für

VERGABERECHT

UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber Josef Aicher, Michael Holoubek, Karl Korinek, Johannes Schramm,
Bernt Elsner, Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak
Redaktion und Schriftleitung Johannes Schramm, Josef Aicher

Juni 2011

06

221 – 264

Vergaberecht

Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 2)

Christian Eisner ● 225

Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen (Teil 1)

Kathrin Hornbanger/Georg Rihs ● 229

BVA – Rechtsirrtum eines Rechtskundigen stellt keinen bloß
minderen Grad des Versehens dar Gerhard Prünster ● 236

BVA – Auch bei nicht prioritären Dienstleistungen ist die
Zuschlagsentscheidung zu begründen Thomas Gruber ● 240

VKS Wien – Gleichpreisigkeit im Billigstbieterprinzip
Beatrix Lehner/Albert Oppel ● 244

VwGH – Antragslegitimation und Ablauf der Zuschlagsfrist
Albert Oppel/Beatrix Lehner ● 247

Bauvertragsrecht

Die ÖNORM B 2118, Ausgabe 1. 3. 2011 – das unbekannte (Bauvertrags-)Wesen (Teil 2)

Christian Lang ● 250

OGH – Beginn der Verjährungsfrist von Regressansprüchen
bei Abruf einer Bankgarantie? Astrid Zörer ● 259

MUSTER: Antwort des Auftraggebers auf ein Warnschreiben
des Auftragnehmers Johannes Bousek ● 263

Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen (Teil 1)

Überlegungen zum Umfang der Feststellungskompetenzen des Bundesvergabeamts und zu den Konsequenzen für die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen vor den Zivilgerichten

Für die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen materieller Verstöße gegen das Vergaberecht müssen rechtsuchende Bieter zunächst die verfahrensrechtliche Voraussetzung eines positiven Feststellungsbescheids der Vergabekontrollbehörde schaffen. Gegenstand dieses Beitrags sind die Feststellungsbescheide der Nachprüfungsbehörden als gesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schadenersatzklagen nach Zuschlagserteilung infolge materieller Vergaberechtsverstöße.

Von Kathrin Hornbanger und Georg Rihs

Inhaltsübersicht:

Teil 1:

- A. Einleitung
- B. Allgemeine Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden
- C. Besondere vergaberechtliche Rechtsgrundlagen für Feststellungsbescheide
 - 1. Feststellungsbescheide im BVerG 1993, 1997

- 2. Feststellungsbescheide im BVerG 2002
 - a) Feststellung nach Zuschlagserteilung
 - b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VwGH oder VfGH
 - c) Umfang der Feststellungskompetenz nach Aufhebung durch VwGH oder VfGH →

ZVB 2011/70

§ 312 Abs 3,
§ 331 Abs 1,
§ 341 Abs 2
BVerG 2006;
§ 175 Abs 2,
§ 184 Abs 2
BVerG 2002

VwGH
26. 11. 2010,
2007/04/0162;
OLG Wien
27. 1. 2011,
16 R 104/07 t

Feststellungsverfahren;
Schadenersatz;
Zulässigkeit des Rechtswegs

3. Feststellungsbescheide im BVergG 2006
 - a) Feststellung nach Zuschlagserteilung
 - b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VfGH oder VfGH

Teil 2:

- D. Feststellungsbescheid als Prozessvoraussetzung für Schadenersatzklagen
- E. Schlussfolgerungen

A. Einleitung

Das Vergaberecht dient in erster Linie dem Rechtsschutz der Bieter. Im europäischen Vergaberecht sind subjektive öffentliche Rechte der Bieter gegenüber den Auftraggebern (AG) verankert, die die Bieter mit dem Rechtsschutzinstrumentarium der Rechtsmittelrichtlinie¹⁾ durchsetzen können. Die Mitgliedstaaten haben gem Art 2 Abs 1 lit c Rechtsmittelrichtlinie sicherzustellen, dass Teilnehmern am Vergabeverfahren bzw Bieter, die durch einen Verstoß gegen die materiellen Vorschriften der Vergaberechtsrichtlinien geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann. Nach der stRsp des EuGH dürfen die nationalen Verfahrensmodalitäten von Rechtsbehelfen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende Rechtsbehelfe, die nur innerstaatliches Recht betreffen („Grundsatz der Äquivalenz“). Weiters darf der nationale Gesetzgeber die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren („Grundsatz der Effektivität“).²⁾

In Österreich wurde die Rechtsmittelrichtlinie mit den Rechtsschutzvorschriften im BVergG in Form eines Nachprüfungs- und Feststellungsverfahrens vor den Vergabekontrollbehörden umgesetzt.³⁾ Vorrang hat das Nachprüfungsverfahren („Primärrechtsschutz“); das allenfalls folgende gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung der Schadenersatzansprüche („Sekundärrechtsschutz“) kommt erst in zweiter Linie zum Tragen, weil die Bieter „primär um den Auftrag kämpfen“⁴⁾ sollen. Die Möglichkeit der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ist – neben der Möglichkeit der Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen des AG – eine wesentliche Säule des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems.⁵⁾

Ziel des Nachprüfungsverfahrens („Primärrechtsschutz“) im österreichischen Vergaberechtsschutzregime ist die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung des AG vor Zuschlagserteilung. Das Nachprüfungsverfahren mündet in einen Rechtsgestaltungsbescheid. Ziel des Feststellungsverfahrens („Sekundärrechtsschutz“) ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer AG-Entscheidung. Ergebnis des Feststellungsverfahrens ist ein Feststellungsbescheid. Anders als das Nachprüfungsverfahren bietet das Feststellungsverfahren *per se* dem Bieter grundsätzlich keine Möglichkeit, seine durch Rechtsverstöße des AG verletzte Rechtsposition im fortgesetzten Vergabeverfahren zu verbessern und etwa noch den Zu-

schlag zu erhalten. Vielmehr bleibt dem Bieter nach (erfolgreichem) Feststellungsverfahren nur die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den AG.

B. Allgemeine Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden

In der öffentlich-rechtlichen Lehre wird zwischen Feststellungs-, Leistungs- und Rechtsgestaltungsbescheiden unterschieden. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Erlassung von Feststellungsbescheiden nur zulässig ist, wenn der Gesetzgeber diese ausdrücklich vorgesehen hat bzw wenn die Erlassung eines Feststellungsbescheids für die Partei ein „notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung“ ist.⁶⁾ Feststellungsbescheide sind nach der Rsp insb auch dort zulässig, wo sie zur Abwehr zukünftiger Rechtsgefährdung Rechte oder Rechtsverhältnisse klarstellen sollen.⁷⁾ Im BVergG sind vor Zuschlagserteilung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens Zuständigkeiten des BVA (ausschließlich) zur Erlassung von Rechtsgestaltungsbescheiden, nach Zuschlagserteilung (grundsätzlich)⁸⁾ zur Erlassung von Feststellungsbescheiden vorgesehen. Begründet wurde das dem Schadenersatzverfahren vorgeschaltete Feststellungsverfahren vor dem BVA mit der Entlastung der ordentlichen Gerichte und der Gewährleistung einer einheitlichen Spruchpraxis im Vergaberecht.⁹⁾

Die speziellen Schadenersatzregeln des BVergG knüpfen für die Zulässigkeit einer Klage vor den ordentlichen Gerichten an das Vorliegen eines Feststellungsbescheids an. Der Feststellungsbescheid entfaltet insofern Tatbestandswirkung. Die Zuständigkeitsvorschriften des BVergG erheben Feststellungsbescheide mit bestimmten Inhalten zum zuständigkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmal. Rechtsschutzsuchende

- 1) RL 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl L 1989/395, 33 vom 30. 12. 1989, idF RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2007 zur Änderung der RL 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl L 2007/335, 31 vom 20. 12. 2007.
- 2) EuGH 16. 12. 1976, 33/76, *Rewe-Zentral*, Slg 1976, 1989 RN 5; EuGH 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, Slg 2007, I-2271 RN 43; EuGH 15. 4. 2008, C-268/06, *Impact*, Slg 2008, I-2483 RN 46; EuGH 8. 7. 2010, C-246/09, *Bulicke*, RN 25.
- 3) Grundlegend *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), *Bundesvergaberecht*² (Loseblattausgabe) zu § 312 BVergG 2006.
- 4) So prägnant *Keschmann* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), *Handbuch Vergaberecht*³ (2010) 837. Ähnlich *Denk*, *Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts*, ÖZw 2002, 97 (97).
- 5) *Holoubek*, *Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz*, ZfV 1998, 592 (597).
- 6) Vgl statt aller *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ (2009) 212 mwN.
- 7) So die stRsp des VfGH: VfSlg 2376/1952, 2653/1954, 5766/1968 uva sowie des VfGH: VfSlg 1566A/1950, 1932 A/1951, 2297 A/1951 uva.
- 8) Mit der BVergG-Nov 2010 BGBl I 2010/15 wurden in Umsetzung der durch die RL 2007/66/EG geänderten Rechtsmittelrichtlinie mit § 334 Abs 2–5 BVergG 2006 *ex nunc*- und *ex tunc*-Nichtigerklärungskompetenzen, dh Kompetenzen zur Erlassung von Rechtsgestaltungsbescheiden, des BVA nach Zuschlagserteilung in das Rechtsschutzsystem nach dem BVergG 2006 eingefügt; vgl die ErläutRV 327 BlgNR 24. GP.
- 9) Vgl die ErläutRV zum BVergG 1993, ErläutRV 972 BlgNR 18. GP.

Bieter sind auf einen Feststellungsbescheid mit entsprechendem Inhalt angewiesen, um ihre Schadenersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend machen zu können. Insofern handelt es sich bei den Feststellungsbescheiden nach dem BVergG, die zwar ausdrücklich gesetzlich verankert sind, gleichzeitig auch um solche, die iSd Rsp des VfGH und VwGH als „Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung notwendig“ sind.

C. Besondere vergaberechtliche Rechtsgrundlagen für Feststellungsbescheide

1. Feststellungsbescheide im BVergG 1993, 1997

Nach dem BVergG 1993 war das BVA zuständig für die Feststellung, „ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde“¹⁰⁾ und – ausschließlich auf Antrag des AG – „ob einem überangegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre“.¹¹⁾ Der Antragsteller (Ast) musste im Feststellungsverfahren bereits damals neben dem Vorliegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht auch die Wesentlichkeit des Vergaberechtsverstoßes in dem Sinn beweisen, dass aufgrund des Verstoßes der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.¹²⁾ Das BVA konnte auf Antrag des AG die Feststellung treffen, dass dem überangegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1993 der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.¹³⁾ Eine gesonderte Feststellung, ob dem Ast im Feststellungsverfahren als Bestbieter der Zuschlag erteilt werden hätte müssen, war gesetzlich nicht vorgesehen und wurde von der Rsp abgelehnt.¹⁴⁾

Die BVergG-Nov 1996¹⁵⁾ enthielt im Zusammenhang mit der Feststellungskompetenz des BVA (geringfügige) Änderungen bzw Erweiterungen gegenüber der ursprünglichen Rechtslage nach dem BVergG 1993: Neben der unveränderten, „allgemeinen“ Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG und die dazu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt wurde, war – wiederum ausschließlich auf Antrag des AG – die Feststellung zulässig, „ob ein überangegangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“. Während nach dem BVergG 1993 im Rahmen des Feststellungsverfahrens noch verbindlich und apodiktisch festgestellt werden musste, ob dem vor dem BVA rechtsschutzsuchenden Bieter auch bei Einhaltung des BVergG der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, war nach dem BVergG 1996 die Feststellung auf die Beurteilung der Rechtsfrage erweitert, ob „der Antragsteller eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“. Neben einer Beurteilung, ob das Angebot des Ast auszuscheiden gewesen wäre, kam damit unter anderem auch eine inhaltliche Beurteilung des Angebots durch die Nachprüfungsbehörde im Sinn einer Bewer-

tung der Zuschlagskriterien in Betracht.¹⁶⁾ Im Ergebnis wurden damit einerseits die Kompetenzen des BVA im Rahmen des Feststellungsverfahrens erweitert, andererseits dem AG der zusätzliche Einwand eröffnet, der Ast habe auch bei inhaltlicher Bewertung seines Angebots „keine echte Chance“ auf Zuschlagserteilung gehabt.¹⁷⁾

Nach der Wiederverlautbarung mit dem BVergG 1996¹⁸⁾ war die beschriebene Feststellungskompetenz idF BVergG-Nov 1996 (inhaltlich unverändert) in § 113 Abs 3 BVergG 1997 vorgesehen.

Eine weitere Feststellungskompetenz für den Fall der Zuschlagserteilung während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens war in § 94 Abs 3 BVergG 1993 bzw § 117 Abs 3 BVergG 1997 vorgesehen. Das BVA hatte nach erfolgtem Zuschlag „bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht“. Das BVergG 1993 und das BVergG 1997 enthielten noch keine Sondervorschriften über das rechtliche Schicksal von Feststellungsbescheiden im Fall der Aufhebung durch den VwGH bzw VfGH, sodass die allgemeine Regel des § 87 Abs 2 VwGG und der einschlägigen Rsp (Bindung des BVA an die Rechtsanschauung des VwGH bzw VfGH unter Berücksichtigung allfälliger Änderungen der Sach- und Rechtslage) ohne Einschränkung zur Anwendung gelangten.¹⁹⁾

2. Feststellungsbescheide im BVergG 2002

a) Feststellung nach Zuschlagserteilung

Das BVergG 2002 brachte in § 164 eine neuerliche Veränderung der Feststellungskompetenzen des BVA mit sich: Bezüglich einer unzulässigen Zuschlagsentscheidung wurde als neuer Gegenstand des Feststellungsverfahrens nach Zuschlagserteilung die Feststellung durch das BVA vorgesehen, ob wegen eines Verstoßes gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen „der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technischen oder wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“. Die korrespondierende organisationsrechtliche Kompetenzbestimmung war § 162 Abs 3 Satz 1 BVergG 2002.²⁰⁾ Feststellungsanträge mit anderem Gegenstand als den drei in § 164 BVergG 2002 ausdrücklich genannten waren nach der Rsp unzulässig.²¹⁾ →

10) § 91 Abs 3 Satz 1 BVergG 1993.

11) § 91 Abs 3 Satz 2 BVergG 1993.

12) So auch die ErläutRV zu § 91 Abs 3 BVergG 1993, RV 972 BlgNR 18. GP.

13) § 91 Abs 3 BVergG 1993.

14) BVA 21. 3. 1996, F-13/95–15 wbl 1996, 418 (Grussmann).

15) BGBl 1996/776.

16) Diese Erweiterung der Feststellungskompetenz war ausdrücklich erwünscht. Der Gesetzgeber begründete dies mit einer Anpassung an das richtlinienrechtlich gebotene Rechtsmittelregime im Sektorenbereich gem Art 2 Abs 7 RL 92/13/EWG im Sinn einer „einheitlichen Gestaltung des Rechtsschutzsystems“: ErläutRV zur BVergG-Nov 1996 BGBl 1996/776, RV 323 BlgNR 20. GP zu § 91 Abs 3 BVergG.

17) Dies erscheint aus Sicht des AG ein *plus* gegenüber der zuvor einzig zulässigen Feststellung, dass der Ast den Zuschlag nicht erhalten hätte.

18) BVergG 1997 BGBl I 1997/56.

19) Möslinger-Gehmayr/Schidlof, Der Verwaltungsgerichtshof und das Bundesvergabeamt, in *Bundesvergabeamt* (Hrsg), Standpunkte zum Vergaberecht (2003) 201 (208).

20) Vgl auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabeamt § 163 BVergG 2002 Rz 3.

21) Thienel (FN 20) § 163 BVergG 2002 Rz 3 mwN.

Im Übrigen hatte der AG auch nach dem BVergG 2002 die Möglichkeit, als Einwendung bzw Gegenantrag zum Feststellungsantrag die Feststellung zu beantragen, dass der ASt auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 bzw der dazu ergangenen Verordnungen keine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.²²⁾

b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VwGH oder VfGH

Besondere Beachtung verdient angesichts der Spruchpraxis des BVA bzw der jüngeren Rsp des VwGH die Bestimmung des § 175 BVergG 2002, wonach das BVA nach erfolgtem Zuschlag auf Antrag²³⁾ „unter den Voraussetzungen des § 164 Abs 1 BVergG“ bzw im Fall der Aufhebung eines Bescheids einer Vergabekontrollbehörde vom VfGH und VwGH und Zuschlagserteilung vor der Entscheidung des VfGH oder VwGH (von Amts wegen)²⁴⁾ „unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung“²⁵⁾ jeweils „bloß festzustellen“ hatte, „ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war“. Im Unterschied zur „Vorgängerbestimmung“ des § 117 Abs 3 BVergG 1997 war im Fall der Zuschlagserteilung während des Nachprüfungsverfahrens nunmehr keine amtswegige bzw *ex lege*-„Umwandlung“ des Nachprüfungs- in ein Feststellungsverfahren vorgesehen; vielmehr war die Fortführung des Feststellungsverfahrens (mit Ausnahme der Fortsetzung des Verfahrens nach Entscheidung des VwGH oder VfGH, s oben) antragsbedürftig.²⁶⁾ Diese Verfahrensvorschriften beziehen sich auf kassatorische Entscheidungen des VwGH (oder VwGH), nicht jedoch auf rein feststellende Erkenntnisse des VwGH, wie sie auf Antrag eines Zivilgerichts²⁷⁾ gefällt werden.

Insb die Einschränkung auf die „bloße“ Feststellung eines Vergaberechtsverstößes und die damit (möglicherweise) verbundene Unzulässigkeit einer Schadenersatzklage trotz Feststellung eines Verstößes hat für Kritik am Gesetzgeber gesorgt.²⁸⁾ In der Lehre wurde die Frage, ob mit § 175 BVergG 2002 ein eigener Feststellungstatbestand vorliegt, uneinheitlich beantwortet.²⁹⁾ In einer Entscheidung hat das BVA in § 175 BVergG 2002 eine eigene Feststellungskompetenz erkannt, mit der Konsequenz, dass in dem Feststellungsbescheid wörtlich ein „bloßer Verstoß“ festgestellt wurde.³⁰⁾ Die überwiegende Spruchpraxis hingegen verneinte (mit Hinweis auf die klare und abschließende Formulierung des § 162 Abs 3 BVergG 2002 sowie die ErläutRV zu dieser Bestimmung)³¹⁾ eine eigene Feststellungskompetenz nach § 175 BVergG 2002 – mit der Konsequenz, dass der Spruch auf eine der in § 164 Abs 1 BVergG 2002 aufgezählten Voraussetzungen abstellte.³²⁾ In den Entscheidungen, in denen bei der Definition des Verfahrensgegenstands auf die in § 164 Abs 1 BVergG 2002 angeführten Feststellungsvarianten Bezug genommen wurde, bejahte das BVA konsequenterweise auch für Feststellungsverfahren auf Grundlage des § 175 BVergG 2002 die Zulässigkeit der in § 162 Abs 3 Satz 2 und § 162 Abs 5 Satz 2 BVergG 2002 angesprochenen Einwendungen bzw Gegenanträge des AG.³³⁾

c) Umfang der Feststellungskompetenz nach Aufhebung durch VwGH oder VfGH

In einer jüngeren E³⁴⁾ hat der 4. Senat des VwGH aufgrund einer Bescheidbeschwerde³⁵⁾ des OLG Wien gegen einen Feststellungsbescheid des BVA in einem Schadenersatzprozess ausgesprochen, dass im Rahmen eines Feststellungsverfahrens gem § 175 BVergG 2002 im Zusammenhang mit einem Nachprüfungsverfahren gegen bestimmte *Festlegungen in Teilnahmeunterlagen* nach einem aufhebenden höchstgerichtlichen Erkenntnis der Ausspruch, dass „*der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt*“ wurde, nicht richtig – und in Hinblick auf die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen auch gar nicht erforderlich – sei. Mit diesem Judikat wird eine neue, soweit ersichtlich von Rsp und Lehre bislang noch nicht behandelte Frage thematisiert, nämlich ob im Zuge eines Feststellungsverfahrens nach Zuschlagserteilung die Feststellung von Vergabeverstößen durch Entscheidungen des AG vor Zuschlagsentscheidung der Schluss – und damit der Ausspruch durch die Nachprüfungsbehörde – zulässig ist, dass „*der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt*“ wurde. Der 4. Senat des VwGH verneint diese Frage und anerkennt damit implizit § 175 BVergG 2002 als eigenständige Feststellungskompetenz unabhängig von den in § 162 bzw § 164 BVergG 2002 formulierten zulässigen Feststellungen. Die bisher in Rsp und Lehre geäußerten Argumente – abschließende Regelung der Kompetenzen des BVA in § 162 BVergG 2002, Auslegung der „bloßen“ Feststellung als Gegenüberstellung zum rechtsgestaltenden Nichtigerklärungsverfahren – greift der 4. Senat des VwGH in dieser Entscheidung nicht auf. Der Wortlaut der Kompetenzen des BVA gem § 162 BVergG 2002 spricht eher gegen eine eigene Feststellungskompetenz gem § 175 BVergG 2002.

22) § 162 Abs 3 Satz 2 BVergG 2002.

23) § 175 Abs 1 BVergG 2002.

24) Thienel (FN 20) § 175 BVergG 2002 Rz 2.

25) § 175 Abs 2 BVergG 2002.

26) Dazu ausführlich Thienel, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002, ÖZW 2004, 45 (46ff). So auch VwGH 29. 10. 2008, 2005/04/0229.

27) Die entsprechende Rechtsgrundlage für derartige Anträge bildeten § 102 Abs 3 BVergG 1993, § 125 Abs 3 BVergG 1997, § 184 Abs 4 BVergG 2002 bzw der geltende § 381 Abs 4 BVergG 2006.

28) Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel § 175 BVergG 2002 Rz 7.

29) Gegen eine Auslegung des § 175 BVergG 2002 als eigene Feststellungskompetenz, insb mH auf gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Argumente, Elsner/Keisler/Hahn, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 204; Thienel, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002, ÖZW 2004, 45 (47f). Dafür (implizit) König/Reicher-Holzer, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) 423; Mecenovic/Ozmic, Praxiskommentar zu den Neuerungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (Teil V und Teil VI), RPA 2003, 183. Vgl weiters Reisner (FN 28) Rz 19.

30) BVA 23. 4. 2004, 17F-13/03-23.

31) BVA 14. 7. 2006, N-127/01-73 mH auf AB 1118 BigNR 21. GP.

32) BVA 26. 11. 2003, 16N-109/03-30; 25. 6. 2004, 14F-11/03-39; 3. 8. 2005, 17N-61/02-17; 14. 7. 2006, N-127/01-73; 25. 10. 2006, N-132/01-35.

33) BVA 3. 8. 2005, 17N-61/02-17; 14. 7. 2006, N-127/01-73.

34) VwGH 26. 11. 2010, 2007/04/0162. Verfahrensgegenstand war die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde gem § 381 Abs 4 BVergG 2006.

35) Zur Rechtsgrundlage s FN 27.

Im Übrigen könnte wohl auch der Wortlaut des § 162 Abs 2 Satz 1 BVergG 2002 („Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt“ [Hervorhebung durch die Autoren]) nur vordergründig gegen eine Feststellungskompetenz im Zusammenhang mit einem Nachprüfungsverfahren gegen eine Festlegung in Teilnahmeunterlagen ins Treffen geführt werden, weil die Zuschlagserteilung logisch zeitlich erst nach der (bekämpften) Festlegung in den Teilnahmeunterlagen erfolgt und damit eine Beurteilung der Festlegung anhand der Ausschreibung, wie von Art 162 Abs 2 Satz 1 BVergG 2002 scheinbar gefordert, nicht möglich ist. Dieses Wortlautargument des VwGH geht allerdings ins Leere: Die in § 162 Abs 3 Satz 1 bzw § 164 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 vorgesehene Feststellung darüber, ob der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, besagt lediglich, dass infolge des festgestellten Vergabeverstößes nicht der – je nach Festlegung in der Ausschreibung, dh im Teilnahmeantrag bzw in den Angebotsbedingungen – Best- oder Billigstbieter zum Zuge kam und der Vergabeverstoß damit für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich war.

Die vom 4. Senat vorgenommene Deutung, dass durch diesen Ausspruch der Verfahrensgegenstand des Feststellungsverfahrens auf den Zuschlag ausgeweitet würde,³⁶⁾ erscheint nicht zwingend: Der Zuschlag kann unter der Prämisse einer (nachträglich infolge der durch das Erkenntnis des VfGH oder VwGH rechtswidrig erkannten) Aufforderung zur Angebotsabgabe, nachträglich als rechtswidrig festgestellter Teilnahmeunterlagen oder einer nachträglich als rechtswidrig festgestellten Ausschreibung durchaus zulässig und rechtsrichtig, aber *ex post* trotzdem nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt worden sein (dokumentiert durch die nachträgliche Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit durch die zuständige Vergabekontrollinstanz). Erst durch ein Erkenntnis des VfGH oder VwGH mag sich herausstellen, dass der – grundsätzlich aufgrund einer *ex ante*-Betrachtung rechtsrichtige – Zuschlag nicht dem günstigsten bzw besten Angebot erteilt wurde. Die Feststellung, dass „der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“, muss demnach auch dann möglich sein, wenn Gegenstand des Feststellungsverfahrens eine Entscheidung des AG vor Zuschlagserteilung ist, die im Vergabeverfahren zeitlich vor der eigentlichen Ausschreibung liegt, zB die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags. Eine andere Sichtweise schränkt den sekundären Rechtsschutz gegen Entscheidungen des AG, die vor der Zuschlagserteilung liegen, uE *contra legem* unverhältnismäßig ein.

Der Hinweis des 4. Senats auf die Vorjudikatur, nach der die Vergabekontrollbehörde im Fall der Aufhebung eines Bescheids durch den VwGH nach Zuschlagserteilung unter Bindung an die Rechtsansicht des VwGH – als Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen – festzustellen hat, ob die angefochtene E des AG rechtswidrig war,³⁷⁾ hätte uE vor allem in Hinblick auf die Formulie-

rung des § 184 Abs 2 BVergG 2002 (bzw § 341 Abs 2 BVergG 2006) auch die Rechtsansicht getragen, dass die Nachprüfungsbehörde die Feststellung zu treffen hat, dass der Zuschlag nicht dem besten bzw billigsten Angebot erteilt wurde. Insb die vom 4. Senat selbst ins Treffen geführten Rechtsschutzgründe sprechen für die hier vertretene Deutung, weil ansonsten eine enge, europarechtlich möglicherweise bedenkliche Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen durch die Zivilgerichte³⁸⁾ dem europarechtlich gebotenen Rechtsschutz nicht entsprechend Rechnung trägt. Die mit dem zitierten Erkenntnis des 4. Senats erfolgte Feststellung der Rechtswidrigkeit des Feststellungsbescheids des BVA in dem Ausmaß, in dem festgestellt wurde, „dass der Zuschlag nicht dem günstigsten Angebot erteilt wurde“, ist insofern problematisch, als er den Rechtsschutzinteressen des Bieters zuwiderläuft. Durch dieses Feststellungserkenntnis nahm der VwGH im Ergebnis eine – im Hinblick auf den Rechtsschutz gravierende, weil diesen möglicherweise ausschließende – die Zulässigkeit von Schadenersatzansprüchen bei einer europarechtlich bedenklichen engen Auslegung durch die Zivilgerichte einschränkende Feststellung vor.³⁹⁾

Festzuhalten ist, dass ein Spannungsverhältnis zwischen der organisationsrechtlichen Bestimmung des § 162 BVergG 2002, der verfahrensrechtlichen Bestimmung des § 164 und jener des § 175 BVergG 2002 besteht, das Unklarheiten über den Verfahrensgegenstand und damit den Spruch von Feststellungsbescheiden, die die Grundlage für Schadenersatzansprüche bilden, nach sich zog. Die Formulierung des Spruchs des Feststellungsbescheids ist keine rein akademische Frage, sondern nach der Rsp der Zivilgerichte für die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen vor den Zivilgerichten wesentlich. Glücklicherweise wurde die Rechtslage vom Gesetzgeber des BVergG 2006 eindeutig geklärt.

3. Feststellungsbescheide im BVergG 2006

a) Feststellung nach Zuschlagserteilung

Mit dem BVergG 2006⁴⁰⁾ wurden die Kompetenzen des BVA nach Zuschlagserteilung in § 312 Abs 3 neu und umfassend geregelt.⁴¹⁾ Die Kompetenz zur Feststellung, dass „der Zuschlag wegen eines Verstoßes [...] nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirt-

36) So jedoch offenbar VwGH 26. 11. 2010, 2007/04/0162.

37) VwGH 1. 3. 2005, 2003/04/0199.

38) Nach der stRsp des OGH bildet der Bescheid mit der expliziten Feststellung, „dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde“, seit dem BVergG 1997 eine Prozessvoraussetzung für Schadenersatzansprüche; RIS-Justiz RS0118435. Zuletzt wies das OLG Wien als Berufungsgericht eine Schadenersatzklage mit der Begründung zurück, dass die „bloße Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes“ nicht ausreiche, um die besonderen vergaberechtlichen Prozessvoraussetzungen für eine Schadenersatzklage zu erfüllen: OLG Wien, 27. 1. 2011, 16 R 104/07t.

39) Vgl zur fehlenden Ermächtigung des VwGH zur Abänderung von Bescheiden durch Aufhebung unselbständiger Bescheidbestandteile Gruber, Gegenstand und Begrenzung der Prüfungsbefugnis des BVA, in Griller/Haloubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 431 (444f) mwN in der Rsp des VwGH.

40) Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 2006/17.

41) Insb wurden mit § 312 Abs 3 Z 6 und Z 7 iVm § 334 BVergG 2006 in Entsprechung des Art 2 d Rechtsmittelrichtlinie Kompetenzen zur Nichtigerklärung oder Aufhebung eines bestehenden Vertrags infolge der Feststellung von Vergaberechtsverstößen eingefügt.

schäftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“, blieb inhaltlich unverändert. Für die gegenständlichen Überlegungen ist dabei weiters die Kompetenz zur Feststellung, *„ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“*, von Interesse.⁴²⁾

b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VwGH oder VfGH

Wie schon im BVergG 2002 wird ein Nachprüfungsverfahren nach Zuschlagserteilung – nunmehr: ausschließlich auf Antrag – als Feststellungsverfahren weitergeführt. Auch im Fall eines aufhebenden Erkenntnisses des VfGH und VwGH ist ein Nachprüfungsverfahren auf Antrag – nicht wie nach dem BVergG 2002: amtswegig – vom BVA als Feststellungsverfahren weiterzuführen.⁴³⁾

Durch die unmissverständliche Formulierung des § 331 Abs 4 BVergG 2006 ist klar, dass auch Feststel-

lungsverfahren wegen Zuschlagserteilung während des laufenden Nachprüfungsverfahrens bzw infolge eines aufhebenden Erkenntnisses des VwGH oder VfGH als Feststellungsverfahren gem § 331 Abs 1 BVergG 2006 zu führen sind. Andere als die dort abschließend formulierten Feststellungen sind damit wohl nicht (mehr) zulässig.⁴⁴⁾ Da es nach der neuen Rechtslage eine „bloße Feststellung“ von Vergaberechtsverstößen auch infolge eines aufhebenden Erkenntnisses des VwGH oder VfGH nicht mehr gibt, dürften Auslegungsschwierigkeiten wie nach dem BVergG 2002 nun nicht mehr auftreten.

42) § 312 Abs 3 Z 2 BVergG 2006.

43) § 331 Abs 4 BVergG 2006. Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass das Nachprüfungsverfahren nunmehr in keiner Konstellation, (dh auch nicht nach einer Entscheidung durch den VwGH oder VfGH) „automatisch in ein Feststellungsverfahren kippt“, sondern in jedem Fall ein fristgebundener Antrag beim BVA einzubringen ist: vgl die Erläuterung RV 1171 BldNR 22. GP 143 zu § 331 BVergG 2006.

44) Siehe dazu auch oben C.2.b) und die dort angeführte Rechtsprechung.

→ In Kürze

Art 2 lit c Rechtsmittelrichtlinie schreibt einen wirklichen Rechtsschutz und Schadenersatz im Fall von Verstößen gegen das Vergaberecht vor. Schadenersatzansprüche bestehen iSd „Vorrangs“ des Wettbewerbs um den Vertrag erst ab Zuschlagserteilung.

Im BVergG wurde diese Forderung durch die Kompetenz des BVA zur Erlassung von Feststellungsbescheiden umgesetzt. So bildet ein „positiver“ Feststellungsbescheid eine Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzansprüche von Bietern. Die Rechtsgrundlagen für die Erlassung von Feststellungsbescheiden nach dem BVergG durch das BVA wurden vom Gesetzgeber im Laufe der Zeit geändert.

Eine jüngere E des OLG Wien (OLG Wien 27. 1. 2011, 16 R 104/07t) zur Zulässigkeit von Schadenersatzansprüchen aus gem BVergG 2002 festgestellten Verstößen steht in einem Spannungsverhältnis zur Judikatur des VwGH und zieht die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen trotz (nach früherer Rechtslage) festgestellter Verstöße gegen das Vergaberecht in Zweifel.

Nach der nunmehr geltenden Rechtslage im BVergG 2006 scheinen die Unklarheiten bezüglich der notwendigen Formulierung des Spruchs des Feststellungsbescheids durch die Angleichung der Formulierung der Kompetenzen des BVA in § 312 BVergG 2006, die Regelung des Gegenstands von Feststellungsverfahren in § 331 Abs 1 BVergG 2006 und der Zulässigkeit von Schadenersatzklagen in § 341 Abs 2 BVergG 2006 ausgeräumt.

Nach den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie muss ein Feststellungsbescheid, mit dem Verstöße gegen das Vergaberecht („bloß“) festgestellt wurden, für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage ausreichen. Die engen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schaden-

ersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das Vergaberecht, die insb nach der alten Rechtslage Zweifel an der Zulässigkeit von Schadenersatzklagen hervorgerufen haben, sind europarechtskonform entsprechend weit zu interpretieren.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Kathrin Hornbanger ist Rechtsanwältin und Eigentümerin der Kanzlei Hornbanger Rechtsanwälte in Wien mit Schwerpunkt Vergaberecht, Wettbewerbs-, Kartell- und Europarecht.

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt und Mitarbeiter in der Kanzlei Hornbanger Rechtsanwälte. Er befasst sich schwerpunktmäßig mit Vergaberecht, Energie- und Umweltrecht.

Kontaktadresse: Hornbanger Rechtsanwälte, Dr.-Karl-Lueger-Ring 10/5, 1010 Wien. Tel: (01) 60 612 60, Fax: (01) 60 612 60 20, E-Mail: office@hornbanger.com, Internet: www.hornbanger.com

Von denselben Autoren ua erschienen (Auszug):

Hornbanger, Die klassischen Vergabeverfahren, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2003) 111;

Hornbanger, Kann man dem BVergGGeber 2006 noch vergeben? *ecolex* 2006, 95;

Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6;

Hornbanger, Vergabe von Restaurierungsarbeiten. Formstrenge versus Flexibilität, ZVB 2009, 238;

Hornbanger, Abschlussprüfer und Vergaberecht – Pech und Schwefel? RPA 2009, 173;

Hornbanger/Rihs, Entscheidungsbesprechung zu VwGH 25. 1. 2011, 2008/04/0082 RPA 2011 (im Druck).

