

Das Mitverschulden des Bieters bei einem erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren

Wann muss sich ein Bieter, der sich an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt, ein Mitverschulden bei Schadenersatzforderungen zurechnen lassen?

Der Sachverhalt (vereinfacht)

Die Bundesimmobiliengesellschaft schrieb 1999 im Zuge einer Renovierung Elektroinstallationsarbeiten aus. Die Einladung zur Angebotsabgabe enthielt folgende Bestimmung: „Als Kriterien für die Auftragserteilung gelten in nachstehender Reihenfolge (Bestbieterprinzip): Leistungsfähigkeit, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Preis, Kundendienst, Bonität, Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß den Ausschreibungsunterlagen.“ Die Kriterien waren im Text untereinander angeführt.

Einer Bietergemeinschaft aus zwei Elektroinstallationsunternehmen wurde von der Bundesimmobiliengesellschaft mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei, worauf die Bietergemeinschaft ein Schlichtungsverfahren vor der Bundesvergabe-Kontrollkommission veranlasste. Nach einer besonderen technischen Prüfung mit positiven Ergebnissen musste die Ausscheidung zurückgenommen werden. Das Angebot wurde in der Folge jedoch neuerlich ausgeschieden und der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt.

Die Bietergemeinschaft rief das Bundesvergabeamt an. Dieses entschied zwar, dass das Ausscheiden des Angebotes rechtswidrig war, die weiters beantragte Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung selbst wurde jedoch als unzulässig zurückgewiesen. Dem ebenfalls von der Bietergemeinschaft gestellten Eventualantrag auf Feststellung, dass ein Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz vorlag und der Zuschlag nicht an die Bietergemeinschaft als Bestbieter erteilt wurde, gab das Bundesvergabeamt insoweit statt, als es feststellte, dass der Zuschlag wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes in Form gesetzwidriger Zuschlagskriterien nicht an den Bestbieter erfolgte. Die begehrte Feststellung, die Bietergemeinschaft sei Bestbieter gewesen, wurde als unzulässig zurückgewiesen.

In der Folge klagte die Bietergemeinschaft die Bundesimmobiliengesellschaft auf Bezahlung ihres im Fall der Zuschlagserteilung erwarteten Gewinns von € 17.700,- mit der Behauptung, Billigst- und Bestbieter gewesen zu sein. Außerdem verlangte sie € 2.800,- als Kostenersatz für die Angebotserstellung.

Das Erstgericht wies die Klage auf € 17.700,- als sog. Nichterfüllungsschaden ab, sprach aber aus, dass der Anspruch auf den sog. Vertrauensschaden von € 2.800,- dem Grunde nach zu Recht besteht und begründete dies folgendermaßen: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes muss eine relative Bedeutung der Zuschlagskriterien klar ersichtlich sein – die bloße Angabe einer Rangordnung genügt nicht. Die im konkreten Fall fehlende Gewichtung der Zuschlagskriterien verhinderte die Ermittlung des Bestbieters und stellt einen Ausschreibungsfehler dar (und die Ausschreibung hätte aufgehoben werden müssen). Deshalb steht der klagenden Bietergemeinschaft (nur) der Kostenersatz für die Angebotserstellung (Vertrauensschaden) zu. Der Argumentation der Bundesimmobiliengesellschaft, die Bietergemeinschaft treffe ein (Mit)verschulden, weil sie sich an einem erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt hätte, folgte das Erstgericht nicht.

Beide Parteien beriefen gegen diese Entscheidung, jedoch erfolglos: Zur Berufung der Bietergemeinschaft, sie sei Bestbieter gewesen und deshalb stehe ihr der entgangene Gewinn von € 17.700,- zu, stellte das Berufungsgericht fest, dass die Ermittlung des Bestbieters wegen der nicht vorhandenen Gewichtung der Zuschlagskriterien gar nicht möglich gewesen ist. Daher könnte der Bietergemeinschaft der Beweis ihrer Bestbietereneigenschaft nicht gelingen, womit ein Ersatz des entgangenen Gewinns (Erfüllungsinteresse) nicht in Frage kommt. Auch die Argumentation der Bundesimmobiliengesellschaft, dass die Bietergemeinschaft ein (Mit)verschulden an ihrem Vertrauensschaden von € 2.800,- für die Angebotserstellung trifft, da sie die Gesetzwidrigkeit der Ausschreibung erkennen hätte müssen, wurde vom Berufungsgericht abgelehnt: Die Bieter sind nicht verpflichtet, die Ausschreibung dahingehend zu prüfen, insbesondere müssen sie die (diesbezügliche) Judikatur des Bundesvergabeamtes nicht genau kennen.

Aus der Begründung des OGH

Was die Ablehnung der Forderung der Bietergemeinschaft nach Ersatz des entgangenen



EINE SERIE VON
NIKOLAUS A. THALLER

Gewinns von € 17.700,- (Erfüllungsinteresse) betrifft, folgte der OGH der Meinung des Erstgerichtes und des Berufungsgerichtes und bestätigte deren ablehnende Entscheidung.

Bezüglich eines Mitverschuldens der Bietergemeinschaft hielt der OGH fest, dass ein solches zwar grundsätzlich möglich, jedoch von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängig ist. In der konkreten – 1999 erfolgten – Ausschreibung war die Kenntnis von der notwendigen Gewichtung der Zuschlagskriterien noch nicht soweit Allgemeingut, dass sie bei einem Durchschnittsbietern schon vorausgesetzt werden durfte. Auch hat die Bundesimmobiliengesellschaft durch das untereinander Anführen in ihrer Ausschreibung zumindest eine Rangordnung der Zuschlagskriterien angegeben; dies konnte den Eindruck einer gewissen Wertigkeit vermitteln. Daher war die Verneinung eines Mitverschuldens der Bietergemeinschaft durch die Vorinstanzen gerechtfertigt.

Praktische Folgen

Die aktuelle Judikatur des OGH zeigt, dass einen Bieter, der sich an einem für ihn erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt, ein Mitverschulden treffen kann, das seine Schadenersatzansprüche verringert.

Im konkreten Fall musste sich die Bietergemeinschaft aber deshalb kein Mitverschulden anrechnen lassen, weil im Jahr 1999 die Kenntnis der notwendigen Gewichtung von Zuschlagskriterien noch nicht als allgemein bekannt angenommen wurde. Der OGH hat zwar keinen Zeitpunkt definiert, ab wann diese Kenntnis unterstellt werden wird (dies wird wohl die zukünftige Judikatur zeigen); bei aktuellen Ausschreibungen ist jedoch davon auszugehen, dass auch von Bieterseite auf erkennbare Rechtswidrigkeiten reagiert werden muss, um mögliche negative Folgen für sich schon im Vorfeld auszuschließen.

OGH 5 Ob 49/05z vom 24.05.2005