



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Die Ersatzfähigkeit des Verlustes der Chance auf
Teilnahme an einem rechtskonformen
Vergabeverfahren im Europäischen Unionsrecht“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Peter Kraus

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the
degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2016 / Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

o. Univ. Prof. Dr. Dr. hc Peter Fischer

1. Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand	6
1.1. Einführung	6
1.2. Problemstellung	9
1.3. Ausgangsfall	13
1.4. Analyse der Rechtsprechung zum Schadenersatz im Bereich des Vergaberechts ..	19
1.4.1. OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 177 / 03 b	23
1.4.2. Die Entscheidung	24
1.4.3. Die Kernaussagen	24
1.4.4. Keine echte Chance im Sinne des Bundesvergabegesetzes	27
1.4.5. Zusammenfassung	28
1.5. Aufbau der Arbeit	30
2. Der unionsrechtliche Vergaberechtsschutz	33
2.1. Historischer Rückblick	34
2.2. Überblick über die Regelungsebenen	35
2.2.1. Völkerrecht	35
2.2.2. Primärrecht	36
2.2.2.1. Das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 18 AEUV	39
2.2.2.2. Das Verbot von mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34 AEUV	42
2.2.2.3. Die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	43
2.2.2.4. Gleichbehandlung und Transparenz	45
2.2.3. Sekundärrecht	46
2.2.4. Nationales Recht	49
2.3. Zwischenergebnis	51
2.4. Diskriminierende technische, wirtschaftliche und finanzielle Spezifikationen	53
2.4.1. Grundsätze	55
2.4.2. Eignungskriterien	58
2.4.3. Zuschlagskriterien	59
2.4.4. Leistungsbeschreibung	61
2.4.5. Besonderheiten in der Fallkonstellation einer fehlerhaften Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde im Zusammenhang mit diskriminierenden Ausschreibungsinhalten	64

3. Der Schaden.....	67
3.1. Vorüberlegungen zum „Verlust einer Chance“	68
3.2. Übertragung dieser Vorüberlegungen auf den Verlust einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren	74
3.3. Die „echte Chance“ im Vergaberecht.....	78
3.4. Zum Rechtsbegriff des Schadens	80
3.5. Schadensdefinition aus dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht.....	83
3.5.1. Der Effet Utile	83
3.5.2. Bedeutung im gegebenen Kontext	85
3.6. Der Schaden im Unionsrecht:	89
3.6.1. Fälle aus dem Beamtenrecht	90
3.6.2. Die Entscheidung EuGH 6. 2. 1986 verb Rs 173, 157 und 186/84, <i>Castille</i>	91
3.6.3. Die Entscheidung T-195/05R, <i>Deloitte</i>	93
3.6.4. Nachprüfungsverfahren.....	95
3.6.4.1. Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren	96
3.6.5. Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers	98
3.6.6. Der Prüfungsmaßstab der Rechtsmittelrichtlinie.....	100
3.6.6.1. Die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren	103
3.6.7. Kreis der antragslegitimierte Personen	105
3.6.7.1.1.1. Verfahrensbeteiligte	105
3.6.7.1.1.2. Sachverhalt.....	106
3.6.7.1.1.3. Entscheidung des EuGH	106
3.6.7.1.1.4. Rechtliche Analyse der Entscheidung	107
3.6.8. Antragslegitimation für Subunternehmer	108
3.6.9. Das Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag.....	111
3.6.9.1.1.1. Teleologie	111
3.6.10. Das „Interesse an einem bestimmten Auftrag“	112
3.6.11. Der Schaden	115
3.6.11.1.1.1. Zur Antragslegitimation eines ausgeschiedenen Bieters	119
3.6.11.1.1.2. (deutscher) Bundesgerichtshof	120
3.6.11.1.1.3. Bundesvergabeamt	121
3.6.11.1.1.4. Bisherige VwGH-Judikatur (Antragslegitimationsjudikatur)	124
4. Ersatzfähigkeit des Schadens und dessen Voraussetzungen	133

4.1. Funktionen des Schadenersatzes.....	134
4.1.1. Ausgleichsfunktion	136
4.1.2. Präventions- und Sanktionsfunktion	137
4.1.3. Zwischenergebnis	138
4.2. Verschuldenserfordernis.....	139
4.2.1. „Prä-C-314/09-Zeitraum“	143
4.2.2. „Post-C-314/09-Zeitraum“:.....	151
5. Rechtsschutz gegen diskriminierende Spezifikationen in Ausschreibungsunterlagen	157
5.1. Artikel 2 – Die Befugnisse im Nachprüfungsverfahren.....	159
5.1.1. Unwirksamkeit von Verträgen	162
5.1.1.1. Gründe für die Unwirksamkeit von Verträgen im Unionsrecht	164
5.1.2. Rechtswidrige freihändige Vergaben:	164
5.1.3. Verstoß gegen Suspensiveffekt und Stillhaltepflicht	164
5.1.4. Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme.....	167
5.1.4.1. Kritische Würdigung.....	169
5.1.5. Einstweilige Verfügungen	172
5.1.5.1. Der Begriff der „vorläufigen Maßnahme“	172
5.1.6. EuGH C-236/95, Kommission/Griechenland	174
5.1.7. Rechtliche Analyse:	174
5.1.8. Suspensiveffekt eines Nachprüfungsverfahrens	175
5.1.8.1. Interessenabwägung:.....	176
5.1.9. Die „möglicherweise geschädigten Interessen“	178
5.1.10. Das Interesse der Allgemeinheit	178
5.1.11. Kritische Würdigung	179
5.1.12. Zwischenergebnis:	179
6. Anspruchsgrundlage im österreichischen Recht	182
7. Conclusio und Ausblick	185
8. Anhang.....	192
8.1. Abkürzungen:	192
8.2. Literatur:	195

8.3.	Weitere Quellen:	204
8.4.	Internet:.....	206
8.5.	Abstract	208

1. Problemaufriss und Untersuchungsgegenstand

1.1. Einführung

Die ökonomische Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens in Europa ist enorm, und das Vergaberecht hat eine wesentliche Funktion bei der Verwirklichung der Marktfreiheiten in der EU, weil eine transparente, nicht diskriminierende Leistungsvergabe im Wege einer europaweiten Ausschreibung Wettbewerb erzeugt¹. Allein in Österreich beläuft sich das Volumen der Ausgaben für öffentliche Aufträge auf rund € 60 Mrd/Jahr², unionsweit beträgt das Auftragsvolumen öffentlicher Aufträge bereits € 2,2 Bio/Jahr³. Von den Aufträgen im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien handelt es sich jedoch bei nur 1,6 % um direkt grenzüberschreitende Auftragsvergaben⁴.

In manchen Bereichen – man denke etwa an den Straßen- oder Brückenbau – hat der Staat ein Nachfragemonopol. Die Verwirklichung der Marktfreiheiten in der EU, wie oben bereits erwähnt, ebenso die durch die öffentliche Ausschreibung bewirkte Stimulierung des Wettbewerbes und damit eine Sicherstellung eines sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Umganges mit öffentlichen Geldern können nur dann faktisch realisiert werden, wenn den am Vergabeverfahren Beteiligten ein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung gestellt wird⁵.

¹ Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht, 1

² Holoubek ua, Vergaberecht, 9

³ Holoubek ua, Vergaberecht, 10

⁴ Holoubek ua, Vergaberecht, 10

⁵ Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht, 2

Die rechtlichen Grundlagen des Vergaberechtes sind vielschichtig, und die im Einzelfall konkret anwendbaren Normen hängen von unterschiedlichen Faktoren ab.

Der Systematik *Kahl/Rosenkranz* folgend, können die rechtlichen Rahmenbedingungen folgendermaßen charakterisiert werden⁶:

Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen des Vergaberechtes in Regelungen der internationalen Ebene (zB Government Procurement Agreement – GPA), weiters in Regelungen des Unionsrechtes und letztlich in innerstaatliche Regelungen, also nationales Recht, unterteilt.

Das Unionsrecht wird – im gegebenen Zusammenhang – unterteilt in ein „Vergabeprimärrecht“, welches die Grundfreiheiten des Binnenmarktes und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), aus welchem wiederum ein umfassendes Transparenzgebot hergeleitet wird, umfasst, und andererseits in das „Vergabesekundärrecht“. Dabei handelt es sich um die spezifischen Vergaberichtlinien.

Da das unionsrechtliche Vergabeprimärrecht als unzureichend angesehen wurde, kam es zur Schaffung von Vergaberichtlinien⁷, die eine Harmonisierung der Bestimmungen über öffentliche Aufträge zum Ziel haben. Daneben bestehen zwei Rechtsmittelrichtlinien⁸.

⁶ *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht, 4ff

⁷ Nunmehr: RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI L 2015/94, 243 (im Folgenden **Sektoren-RL**); RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 2014/94, 65 (im Folgenden **Vergabe-RL**); RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABI L 2014/94, 1 (im Folgenden **Konzessionsvergabe-RL**)

⁸ RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI L 1989/395, 33 idF der RL 2014/23/EU, ABI L 2014/94, 1 (im folgenden **RMRL**); RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI L 1992/76, 14 idF der RL 2014/23/EU, ABI L 2014/94, 1 (im Folgenden **Sektoren-RMRL**)

Das vergaberechtliche Sekundärrecht wurde in Österreich, aus verfassungsrechtlichen Gründen, zersplittert geregelt. Die Gesetzgebung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ist – mit Ausnahme der Gesetzgebung der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die Landessache sind – Bundessache⁹. Folge dieser Kompetenzregelung ist die Regelung des gesamten materiellen Vergaberechts sowie des Rechtsschutzes im Bereich derjenigen Vergaben, die im Vollziehungsbereich des Bundes liegen¹⁰, im Bundesvergabegesetz 2006 (im Folgenden BVergG)¹¹. Daneben bestehen für den Bereich des Rechtsschutzes im Bereich der Vergaben, die in den Vollziehungsbereich der Länder fallen, in jedem Bundesland eigene Landes-Rechtsschutzgesetze.

Von zentraler Bedeutung im Zusammenhang mit dem Vergaberecht ist die Rechtsprechung des EuGH. Diese trägt wesentlich zur Komplexität und Dynamik des Vergaberechts bei, weil wesentliche seiner Bereiche auf rechtsfortbildenden Judikaturlinien des Gerichtshofes fußen¹². Dieser Judikatur soll daher im Rahmen dieser Arbeit besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Aus gegebenem Anlass, nämlich der Nichteinhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben im Bereich des Vergaberechts¹³, wurde 1989 die RMRL erlassen.

Trotz Anpassung/Änderung/Umgestaltung/Erweiterung der RMRL auf den heutigen Stand gibt es – wie im Rahmen der Arbeit anhand ausgewählter Beispiel- und Problemfälle zu zeigen sein wird – in Österreich nach wie vor Schwierigkeiten in der

⁹ Siehe zu den Details Art 14b B-VG

¹⁰ Vgl dazu die Aufzählung nach Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG

¹¹ Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 2006/17

¹² Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht, 10ff

¹³ Vgl dazu die Erwägungsgründe der RMRL: „Die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene derzeit vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung dieser Regeln sind nicht immer ausreichend, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten [...]“, „Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus [...]“, „[...] Deshalb müssen die Mitgliedstaaten Abhilfe schaffen“, „In allen Mitgliedstaaten müssen geeignete Verfahren geschaffen werden, um die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.“

Durchsetzung des Vergaberechts bzw, im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz im europarechtlich vorgegebenen Rechtsschutzsystem.

In bestimmten Fallkonstellationen schlägt der Primärrechtsschutz fehl und der Bieter erhält – nach derzeitiger Rechtsprechung des OGH – keinen Schadenersatz. Da in einer solchen Fallkonstellation das rechtswidrige Verhalten des öffentlichen Auftraggebers sanktionslos bleibt und der Bieter, trotz höchstgerichtlicher Feststellung dieser Rechtswidrigkeit, keinerlei Handhabe dagegen hat, spricht dies *prima facie* für eine Rechtsschutzlücke.

Namentlich soll daher im Rahmen dieser Arbeit analysiert werden, ob (bereits) der Verlust einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ein ersatzfähiger Schaden ist und unter welchen Voraussetzungen der Geschädigte diesen – mangels alternativer Anspruchsgrundlagen – mit einem Staatshaftungsanspruch durchsetzen kann.

1.2. Problemstellung

Das BVergG räumt dem übergangenen Bewerber oder Bieter – bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz – einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren ein¹⁴.

Alternativ dazu hat derjenige übergangene Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen – bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen das Gesetz –, Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses¹⁵.

¹⁴ § 337 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl 17 I/2006 idF BGBl 2013 II/262

¹⁵ § 337 Abs 3 BVergG

Der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses setzt allerdings nach der Rechtsprechung des OGH voraus, dass der übergangene Bieter den Beweis dafür erbringt, dass er tatsächlich der Bestbieter gewesen wäre, also bei rechtskonformer Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten hätte¹⁶. Eine Ermittlung des Bestbieters ist nach der ständigen Rechtsprechung des OGH nur anhand der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien möglich¹⁷.

Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen die Bestbietereigenschaft des übergangenen Bieters oder Bewerbers mangels Angebot nicht nachweisbar ist. Man denke etwa an den Fall, dass der Bewerber infolge diskriminierender Ausschreibungsbedingungen kein Angebot legt, sondern mittels eines Nachprüfungsverfahrens versucht zu erreichen, dass die diskriminierenden Bestimmungen gestrichen werden¹⁸. Wenn der Primärrechtsschutz fehlschlägt, namentlich etwa durch eine Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde die diskriminierenden Bedingungen nicht gestrichen werden und in der Folge der Auftrag – rechtswidrig – vergeben wird, kann also der Bewerber – mangels Legung eines Angebotes – das Erfüllungsinteresse nicht ersetzt erhalten¹⁹.

Der vergaberechtliche Rechtsschutz unterteilt sich in einen Primär- und einen Sekundärrechtsschutz. Der Primärrechtsschutz, dem der Vorrang gegenüber dem Sekundärrechtsschutz eingeräumt wird, zielt darauf ab, Vergaberechtsverstöße noch zu beseitigen, solange das noch möglich ist. Erst dann, wenn dies nicht mehr möglich ist, steht der Sekundärrechtsschutz, nämlich Schadenersatz, zur Verfügung.

Gemäß Art 2 Abs 1 lit c der RMRL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass denjenigen, die durch einen Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt

¹⁶ M. –S. Kraus, Rechtsschutz, 135

¹⁷ Ebenda mwN; OGH 27. 6. 2001, 7 Ob 200/00 p; 30. 5. 2005, 8 Ob 39/05 a; 24. 1. 2006, 10 Ob 9/05 d;

¹⁸ Welche Vorgangsweise nach der Judikatur des EuGH auch zulässig ist; vgl EuGH 12. 02. 2004, C-230/02, *Grossmann Air*

¹⁹ Siehe zu einer Fallbesprechung sogleich unten 1.3

werden kann²⁰, und zwar nach der Judikatur des EuGH verschuldensunabhängig²¹. Gleichzeitig wird der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren von der Judikatur²² insofern als Schaden gesehen, als er den davon Betroffenen zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens legitimiert, wofür ein Schaden oder ein zumindest drohender Schaden notwendig ist. Dass die Antragslegitimation im Falle eines (drohenden) Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren nach der Judikatur zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens legitimiert, zeigt, dass der Verlust dieser Chance als Schaden anerkannt wird.

Der Schaden des Bewerbers besteht darin, dass er um die Möglichkeit der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren gebracht wurde. Der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren im hier verwendeten Sinn ist mehrdeutig²³. Dabei handelt es sich zum einen um einen immateriellen Schaden, der nach der Judikatur nur dort zu ersetzen ist, wo es eine ausdrückliche diesbezügliche gesetzliche Regelung gibt²⁴ (zB Schmerzensgeld, Verunstaltungsentschädigung bzw Ansprüche bei sexuellem Missbrauch²⁵). Zum anderen ist darunter ein Weg zur Lösung der äußerst schwierigen Kausalitätsproblematik zu sehen, die sich in vergaberechtlichen Schadenersatzkonstellationen stellt. Wenn der Bieter das Erfüllungsinteresse begehrt, muss er behaupten und beweisen, dass er bei rechtskonformer Vorgangsweise den Zuschlag erhalten hätte. Er muss also einen hypothetischen Kausalverlauf „beweisen“. Dieses Problem könnte umgangen werden, wenn bereits der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, als solcher, als kausal dafür angenommen würde, dass er mit Sicherheit nicht den Zuschlag erhält bzw erhalten hat. Auf diese Weise wäre es denkbar, Ersatz des Erfüllungsinteresses, gewichtet mit der –

²⁰ Art 2 Abs 1 lit c RMRL

²¹ Strittig, siehe dazu die Erörterung unten 4.2

²² Siehe unten 3.6.4.2.5

²³ Siehe dazu das Kapitel 3.1

²⁴ OGH 3 Ob 544 / 88 EvBl 1989/128

²⁵ *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis² A.I. Rz 31

bei rechtskonformer Vorgangsweise vorliegenden – Wahrscheinlichkeit der Zuschlagserteilung zu bemessen²⁶.

Zusammengefasst ist der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zwar ein Schaden, der zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens berechtigt, dennoch aber aufgrund der österreichischen Rechtslage bzw infolge der oben erwähnten Judikatur des OGH – im Falle des Fehlschlagens des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes – nicht ersetzt wird. Vor diesem Hintergrund wird die Frage virulent, ob es sich bei dem Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren um einen **ersatzfähigen** Schaden im Sinne des Unionsrechts handelt.

²⁶ Vgl die derartigen Vorschläge bei: *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

1.3. Ausgangsfall

Am 23. Juli 2010 veröffentlichte die Republik Österreich (Bund) und die Bundesbeschaffungs GmbH (BBG) als öffentliche Auftraggeber die Bekanntgabe zur Auftragsvergabe „Lieferung von Hygienepapier 2011“²⁷.

Es handelte sich dabei um ein offenes Verfahren, der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden.

Inhalt der Ausschreibung war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Hygienepapier mit einer Laufzeit von 36 Monaten und einer einmaligen Verlängerungsoption um weitere zwölf Monate.

Die Ausschreibung enthielt vergaberechtswidrige Bestandteile, es wurden beispielsweise Eigenmarken oder spezifische Produkte eines bestimmten Anbieters ausgeschrieben. Ein Interessent an diesem Auftrag leitete daher – zur Behebung der rechtswidrigen Ausschreibung – ein Nachprüfungsverfahren ein.

Die Ausschreibung wurde dann in weiterer Folge insgesamt viermal berichtigt. Damit wurden nicht alle Rechtswidrigkeiten beseitigt, sodass konsequenterweise von eben diesem Interessenten einerseits die Berichtigungen der Ausschreibung sowie auch die Ausschreibung als solche bekämpft wurden und der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung gestellt wurde.

1. ²⁷ Siehe dazu VwGH 27. 10. 2014, 2013/04/0104; sowie die ausführliche Falldarstellung bei *Hofer*, VwGH: Zulässigkeit der Nichtigerklärung einzelner Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen in RPA 2013/3, 146; und *Pointner*, Die Streichung einzelner Anforderungen der Ausschreibung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens kann den Auftraggeber zum Widerruf seiner gesamten Ausschreibung verpflichten in ZVB 2015, 112; sowie auch *Mayer/Berger*, Weiterführung einer teilweise für nichtig erklärten Ausschreibung als unzulässiges Verfahren ohne Bekanntmachung in ZVB 2015, 210; und die von *P. Kraus/Trischler* dazu aufgeworfenen Fragen: Auswirkung einer Nichtigerklärung auf laufende Rahmenvereinbarungen in ZVB 2015, 390

Es muss erwähnt werden, dass der oben genannte Interessent im gesamten Vergabeverfahren kein Angebot gelegt hat. Dies ist damit zu begründen, dass dieser Interessent die ausgeschriebenen Markenprodukte nicht liefern konnte und sein Angebot daher – so er dennoch eines gelegt hätte – auszuscheiden gewesen wäre. Mit seinem anfänglichen Einschreiten wurde versucht, die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung zu erwirken, um den Auftraggeber zu einer vergaberechtskonformen Neuausschreibung zu bringen bzw zumindest die diskriminierenden Anforderungen aus den Ausschreibungsunterlagen streichen zu lassen. Dies alles um letztlich ein Angebot legen zu können und sich damit an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Die oben erwähnten Anträge des Interessenten auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw der Ausschreibungsberichtigungen, in eventu der Streichung der diskriminierenden Anforderungen aus den Ausschreibungsunterlagen wurden abgewiesen bzw zurückgewiesen. Lediglich dem Eventualantrag wurde insoweit stattgegeben, als näher bezeichnete Inhalte der Ausschreibung in der Fassung der zweiten Berichtigung für nichtig erklärt wurden.

An dieser Stelle kann festgehalten werden, dass diese Entscheidung des BVA vom 3. Dezember 2010²⁸ rechtswidrig war. Doch unabhängig davon, dass – rechtskonform – die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären gewesen wäre, drang der Interessent – teilweise – bereits vor dem BVA mit seiner Ansicht durch, dass einzelne Spezifikationen zu streichen wären.

Trotz der Streichung dieser Spezifikationen reagierte der öffentliche Auftraggeber darauf aber nicht; insbesondere forderte er den Interessenten nicht zur Angebotsabgabe auf, sondern führte das Vergabeverfahren mit den ursprünglich, also zeitlich vor den einzelnen Ausschreibungsberichtigungen, eingelangten Angeboten zu Ende.

²⁸ BVA 3. 12. 2010, N/0076-BVA/02/2010-36

Nach Angebotsöffnung und Abschluss der Angebotsbewertung wurde dann am 20. Jänner 2011 die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, allen fünf Bietern bekanntgegeben. Bei diesen fünf Bietern handelte es sich um diejenigen, die bereits ursprünglich ein Angebot gelegt hatten. Diese Entscheidung blieb unangefochten, sodass dann in weiterer Folge am 1. Februar 2011 die Rahmenvereinbarung zwischen einem Unternehmen und den öffentlichen Auftraggebern abgeschlossen wurde. Der Interessent hatte bis zu diesem Zeitpunkt keine Gelegenheit, ein Angebot auf Basis einer rechtskonformen Ausschreibung zu legen.

Der VwGH hat in weiterer Folge diesen Bescheid des Bundesvergabeamtes²⁹ wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Der VwGH gelangte zu der Erkenntnis, dass die gesamte Ausschreibung infolge der Streichung einzelner Spezifikationen in der Ausschreibung und des demzufolge geänderten Bieterkreises für nichtig zu erklären gewesen wäre³⁰.

Zusammenfassend ist der Interessent in obigem Fall letztlich damit konfrontiert, dass er am sprichwörtlichen Ende des Tages – nach Ablauf der gesamten Dauer der Rahmenvereinbarung und Abruf des gesamten Auftragsvolumens beim ursprünglichen Zuschlagsempfänger – nie eine Chance hatte, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen, obwohl ihm vom VwGH Recht gegeben wurde und seine ab ovo vertretene Rechtsmeinung, dass die Ausschreibung für nichtig zu erklären gewesen wäre und eine Neuausschreibung durchgeführt hätte werden müssen, bestätigt wurde.

Der Interessent hat keinen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, da ein solches nach der Rechtsprechung nur dann ersetzt wird, wenn nachgewiesen wird, dass man tatsächlich – bei rechtskonformer Vorgangsweise – Bestbieter gewesen wäre³¹. Eine Bestbieterermittlung ist unter den gegebenen Fallkonstellationen (kein Angebot) nicht

²⁹ BVA 3. 12. 2010, N/0076-BVA/02/2010-36

³⁰ VwGH 6. 3. 2013, 2011/04/0115, 2011/04/0130, 2011/04/0139

³¹ RIS-Justiz RS0030354 (T 5, T 6, T 7 und T 10)

möglich, zumal diese nur im Hinblick auf die in der Ausschreibung festgelegten Kriterien möglich ist³². Wenn aber bereits die Ausschreibung also solche mangelhaft war und der Auftraggeber sie daher zu widerrufen gehabt hätte, kann ein solcher Beweis nicht gelingen³³. Auch ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung oder der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren (§ 337 Abs1 BVergG) scheidet mangels Angebotslegung bzw mangels Teilnahme am Vergabeverfahren aus. Der Interessent könnte allenfalls die Kosten des Nachprüfungsverfahrens ersetzt verlangen. Dies würde aber an der verlorenen Chance nichts ändern und wäre insofern ein Nullsummenspiel³⁴.

Wie *P. Kraus/Trischler* wörtlich formulieren: „*Da der ASt niemals ein Angebot legen konnte, hätte er folglich auch keinen Anspruch auf Schadenersatz; dies wiederum wäre im Hinblick auf die unionsrechtliche Vorgabe eines effektiven Rechtsschutzes bedenklich.*“³⁵

Letzten Endes bleibt also die Anfechtung – trotz Obsiegens vor dem VwGH – für den Interessenten mangels Schadenersatz völlig ineffektlos. Er befindet sich in einer Situation, die sich durch nichts von derjenigen Situation unterscheidet, in der er stünde, hätte er gegen die rechtswidrige Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers keinerlei Schritte eingeleitet, sondern dessen Verhalten einfach hingenommen.

Dass diese Situation mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes, insbesondere mit der in Art 2 Abs 1 lit c RMRL getroffenen Anordnung, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass den durch einen Verstoß der

³² *M.-S. Kraus*, Rechtsschutz (2012), 135 mwN; *Hoffer/Schmölz*, Praxiskommentar zu den Neuerungen des Bundesvergabegesetzes 2002 in RPA 2002, 333; wobei die Legung eines fiktiven Angebotes nicht in Betracht gezogen werden kann, siehe *Hoffer/Schmölz*, Nichtigkeit von freihändigen Vergaben in *ecolex* 2002, 67

³³ *Keschman* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), Rz 2370

³⁴ Vgl zum Problem des fehlenden Schadens in diesem Sinne: *Aicher* in FS ÖGEBAU, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht 349 (354); *Resch* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 137ff

³⁵ *P. Kraus/Trischler*, Auswirkung einer Nichtigerklärung auf laufende Rahmenvereinbarungen in ZVB 2015, 390ff

vergaberechtlichen Vorschriften Geschädigten Schadenersatz zuerkannt werden kann, in einem Spannungsverhältnis steht, ist offensichtlich.

Ausgehend von den Ausführungen zum Ausgangsfall ist zunächst eine abstrakte Fragestellung zu formulieren:

Jemandem, der Interesse an einem öffentlichen Auftrag hat, wird durch rechtswidrige Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers die Möglichkeit genommen, sich an diesem Vergabeverfahren zu beteiligen.

Es soll die Frage untersucht werden, ob dieser Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren – als solcher – ein ersatzfähiger Schaden ist.

Wohingegen es im Falle eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen im späten Stadium eines Vergabeverfahrens unter Umständen einfach für den Bieter ist, seine Bestbietereigenschaft zu beweisen, ist dies bei Vergaberechtsverstößen am Anfang des Vergabeverfahrens schwierig bis unmöglich.

Genauer: Es soll nicht untersucht werden, ob der Unternehmer Bestbieter gewesen wäre und er daher seinen entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen kann, er also die Argumentationslinie verfolgt, dass er bei rechtskonformer Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag **zwingend** hätte erhalten müssen, und daher qua Schadenersatz so zu stellen sei, als ob er tatsächlich den Auftrag erhalten hätte. Es soll die Frage untersucht werden, ob der Unternehmer Bestbieter gewesen hätte sein **können** und deshalb Anspruch auf Schadenersatz hat.

Nach dem Recht mancher Mitgliedstaaten³⁶ genügt hinsichtlich des Ersatzes des entgangenen Gewinnes bereits ein bestimmter Grad an Wahrscheinlichkeit, den Zuschlag zu erhalten bzw erhalten zu haben³⁷.

Die Sektorenrechtsmittel-RL³⁸ (im Folgenden Sektoren-RMRL) sieht in ihrem Art 2 Abs 7 hinsichtlich des Ersatzes eines Vertrauensschadens (für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsverfahren) vor, dass die Schadenersatz fordernde Person – neben der Rechtswidrigkeit – lediglich nachweisen muss, eine echte Chance gehabt zu haben, den Zuschlag zu erhalten.

Eine ausdrückliche Regelung, welche vorsähe, dass auch das Erfüllungsinteresse zu ersetzen wäre, wenn nachgewiesen wird, eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt zu haben, fehlt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass dies nicht geboten wäre, denn die Regelung des Art 2 Abs 7 Sektoren-RMRL ist nicht eine Vorschrift, die den Mitgliedstaaten eine ausdrückliche Regelungsbefugnis einräumen will, sondern die ihnen vielmehr auferlegt, die Anforderungen an die Kausalität herabzusetzen³⁹.

Gemäß Art 2 Abs 1 lit c RMRL **ist** den Geschädigten Schadenersatz zuzuerkennen. Vor dem obigen Hintergrund ist daher zu untersuchen, ob nicht infolge des Umstandes, dass dem Geschädigten der Beweis für seinen Schaden faktisch nicht gelingen kann, bereits der Verlust der Chance abgegolten werden muss, da ja ansonsten ein Schaden (wenn man den Verlust der Chance als einen solchen akzeptiert) eingetreten wäre, der nicht ersetzt würde.

³⁶ Etwa Frankreich, Irland, Schweden und das Vereinigte Königreich

³⁷ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 1607

³⁸ RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor ABl L 1992/76, 14 idF RL 2014/23/EU, ABl L 2014/94, 1

³⁹ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 1608

1.4. Analyse der Rechtsprechung zum Schadenersatz im Bereich des Vergaberechts

Im Folgenden wird eine Analyse der vorliegenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu Fragen des Schadenersatzes im Bereich des Vergaberechts in Österreich durchgeführt.

Voranzustellen ist dieser Analyse eine tabellarische Darstellung der Geltungsdauer der bezughabenden vergaberechtlichen Schadenersatznormen. Aufgrund der hohen Dynamik des Vergaberechts und der starken Einflussnahme der europäischen Rechtsprechung darauf ist das BVergG ständigen Veränderungen unterworfen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird bei der folgenden Skizzierung der Rechtsprechung vorab eine Tabelle mit der jeweiligen Geltungsdauer der bezughabenden Normen eingefügt.

Der wesentliche Inhalt der untersuchten Norm ist, dass der durch Verletzung vergaberechtlicher Normen Geschädigte einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens bzw des Erfüllungsinteresses hat. Darüber hinaus – also neben dieser schadenersatzrechtlichen *lex specialis* – bleiben Ansprüche aufgrund anderer Normen unberührt. Die genauen Voraussetzungen und Zurechnungssubjekte haben sich zwar durch die Anpassungen des BVergG geändert, die eben erwähnte Quintessenz ist aber gleichgeblieben.

Gesetz	Norm	Geltung ab	Geltung bis
BVergG	§ 98	1. 1. 1994	1. 1. 1997
BVergG	§ 98	1. 1. 1997	28. 5. 1997
BVergG 1997	§ 122	28. 5. 1997	1. 9. 2002
BVergG 2002	§ 181	1. 9. 2002	1. 2. 2006
BVergG 2006	§ 338	1. 2. 2006	1. 4. 2012
BVergG 2006	§ 337	1. 4. 2012	laufend

Im Folgenden sollen die Veränderungen der haftungsrechtlichen Bestimmungen im BVergG genauer analysiert und dargestellt werden.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die erstmalige gesetzliche vergaberechtliche Regelung in Österreich⁴⁰, nämlich das Bundesvergabegesetz⁴¹ aus dem Jahr 1993.

Zeitlich vor dieser gesetzlichen Regelung⁴² war das Wesen der öffentlichen Auftragsvergabe von ÖNormen beherrscht⁴³. Zentrale Rechtsgrundlage war die ÖNorm A 2050. Nach dem OGH handelte es sich dabei um:

„Selbstbindungsnormen [...] aus denen potentielle Bieter mangels ausdrücklicher oder konkludenter vertraglicher Vereinbarung keine Rechtsansprüche auf vergaberechtskonformes Verhalten ableiten können. Nach außen liefern sie nur Anhaltspunkte für die Bieter, wie sich die Vergeber verhalten werden.“

⁴⁰ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁴ (2014), 35; trat in dessen Kernbereich am 1. 1. 1994, dem Zeitpunkt des österreichischen EWR-Beitritts, in Kraft

⁴¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BVergG) BGBl 1993/462 im Folgenden: BVergG 1993

⁴² Nach Aicher „vorgesetzliche Zeit“, siehe Aicher in S/A/F/T, BVergG 2006, § 337 Rz 15;

⁴³ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁴ (2014), 35; Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht² (2014), 2

und, so der OGH weiter,

„Die Verletzung dieser Selbstbindungsnormen und die Nichtbeachtung des sich aus Art. 7 B-VG sowie Art. 2 StGG ergebenden Gleichbehandlungsgebotes durch Vergeber kann daher nur im vorvertraglichen Schuldverhältnis nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo zu Schadenersatzverpflichtungen des Vergebers führen“⁴⁴.

Hauptproblem dieser Regelung, weshalb diese von *Wilhelm* auch als „schwerhörige und altersblinde Großmutter“⁴⁵ aller Vergabevorschriften bezeichnet wurde, war, dass die Bieter kein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergaberechtsvorschriften hatten.

Die Regelung etwaiger Schadenersatzansprüche des BVergG 1993 war in dessen § 98 enthalten. Der Ersatz eines entgangenen Gewinnes war nach dieser Regelung ausgeschlossen⁴⁶. Der völlige Ausschluss von entgangenem Gewinn ist aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zulässig, worauf *Fruhmann* hingewiesen hat⁴⁷. Zu diesem Ergebnis gelangte auch die EFTA-Überprüfungsbehörde, die im Jahr 1994 das österreichische BVergG auf seine Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht überprüft hat⁴⁸.

Um einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen, ist der 2. Satz des § 98 BVergG 1993 entfallen. Damit war (und ist) der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes rechtlich möglich. In den hier untersuchten Fallkonstellationen ist der Ersatz des entgangenen Gewinnes aber **faktisch** ausgeschlossen, weil der Bieter seine Bestbieter Eigenschaft – mangels Angebot – nicht beweisen kann.

⁴⁴ OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87

⁴⁵ Zit nach *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht² (2014), 3

⁴⁶ BVergG 1993 § 98 Abs 1 2. Satz

⁴⁷ *Fruhmann*, Aus der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union, ÖJZ 1996, 401

⁴⁸ Vgl 323 der BlgNR 20. GP, 71

In weiterer Folge erfolgte durch das Bundesvergabegesetz 1997⁴⁹ eine Umnummerierung. Der Schadenersatzanspruch war nunmehr – bei gleichem Wortlaut – in § 122 BVergG 1997 geregelt. Später war der Schadenersatzanspruch in § 181 und dann in § 338, derzeit ist er in § 337 geregelt.

Eine wesentliche Änderung, welche auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhte, bestand darin, dass zunächst eine schuldhafte Verletzung des BVergG oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen Voraussetzung zur Erlangung von Schadenersatz war. Erst durch die Änderung des BVergG durch das BGBl I 10/2012 wurde geregelt, dass nicht ein „schuldhafter“, sondern ein „hinreichend qualifizierter“ Verstoß zur Erlangung von Schadenersatz notwendig sei.

Anlass für diese Änderung war die Entscheidung *Stadt Graz* des EuGH⁵⁰, mit welcher judiziert wurde, dass die RMRL einer nationalen Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann. In den ErläutRV⁵¹ wird die Änderung des BVergG mit der Entscheidung des EuGH in der Sache *Stadt Graz* begründet und hinsichtlich der Auslegung des Begriffes „hinreichend qualifizierter Verstoß“ auf die Judikatur zur Staatshaftung verwiesen.

Wiewohl also grundsätzlich nach geltendem österreichischem Recht Schadenersatz – auch für den entgangenen Gewinn – ersatzfähig ist, scheidet ein Ersatz in den hier untersuchten Fallkonstellationen faktisch deshalb aus, da der Bieter eben – mangels

⁴⁹ BGBl I 1997/56

⁵⁰ EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz*

⁵¹ ErläutRV 1513 BlgNR 24. GP 138

Angebot – seine Bestbietereigenschaft nicht beweisen kann, was er aber nach der Judikatur des OGH müsste.

Bereits *Öhler* hat in seiner Glosse zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b, auf die problematische Beweislast hingewiesen⁵². In gegenständlicher Entscheidung war der OGH mit einem Fall befasst, bei dem bereits die Ausschreibung rechtswidrig war. Wegen der Bedeutung dieser Entscheidung für gegenständliche Untersuchung soll diese genauer wiedergegeben werden:

1.4.1. OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 177 / 03 b

Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt war, dass das Bundesministerium für Landesverteidigung im Jahr 1998 ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Verschütteten-Suchgeräten durchführte. In der diesem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung waren allerdings Bestimmungen enthalten, deren Einhaltung technisch nicht möglich war.

Die von beiden Bewerbern angebotenen Geräte waren – technisch gesehen – etwa gleichwertig, wobei das Angebot des Bieters A billiger war als das Angebot des Bieters B. Der Auftraggeber kam nach Prüfung der Angebote zum Entschluss, dass das (teurere) Angebot des Bieters B seinen geforderten technischen Leistungsmerkmalen mehr entsprach als jenes des Bieters A, und teilte A daraufhin mit, dass dessen Angebot ausgeschieden wurde, weil es die oben erwähnten – technisch unmöglichen – Charakteristika nicht erfüllte.

⁵² *Öhler*, ZVB 2004, 333

In einem daraufhin angestregten Nachprüfungsverfahren wurde entschieden, dass das technisch unerfüllbare Kriterium nicht zur Beurteilung herangezogen werden durfte und folglich das Angebot des A – infolge des niedrigeren Preises – das Bestbieterangebot gewesen wäre. A klagte daraufhin auf Schadenersatz.

1.4.2. Die Entscheidung

Der OGH sprach aus, dass das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers nicht darin bestand, den Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt zu haben. Die Rechtswidrigkeit bestand vielmehr darin, dass trotz der fehlerhaften Ausschreibung überhaupt ein Zuschlag erteilt wurde. Er kam folglich zum Schluss, dass eine Neuausschreibung durchgeführt hätte werden müssen. Weiters folgert er, dass das Verhalten des Auftraggebers nicht kausal für den Schaden des Erfüllungsinteresses war, zumal Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses nur dann zusteht, wenn der Bieter A tatsächlich der Bestbieter gewesen wäre oder zumindest nach Widerruf und Neuausschreibung Bestbieter gewesen wäre. In gegenständlichem Fall konnte die Frage, ob der Bieter A bei Widerruf und Neuausschreibung Bestbieter gewesen wäre, dahingestellt bleiben, weil er Derartiges nicht behauptet hat. Wesentlich ist aber die Feststellung, dass ihm – hätte er behauptet bei Widerruf und anschließender Neuausschreibung Bestbieter gewesen zu sein – die Beweislast für die Kausalität obläge, zumal eine Beweislastverschiebung nur im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsfehlern anerkannt werde.

1.4.3. Die Kernaussagen

1. Der Zuspruch des Erfüllungsinteresses setzt voraus, dass der klagenden Partei der Zuschlag erteilt hätte werden müssen.

2. Die Beweislast hierfür trägt die klagende Partei, eine Beweislastverschiebung, wie diese etwa im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsfehlern anerkannt wird, kommt nicht in Betracht.

3. Der Schaden, der allenfalls dadurch entstünde, dass jemand behauptet und beweist, im Falle des Widerrufs und anschließender Neuausschreibung Bestbieter zu sein, ist als entgangener Gewinn zu qualifizieren.

4. Nicht thematisiert wurde in der Entscheidung die Frage, ob dem Bieter der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu ersetzen ist. Durch die – rechtswidrige – Zuschlagserteilung ist der Auftrag faktisch abgeschlossen, der Auftraggeber hat seinen Bedarf gedeckt. Rechtskonform wäre es allerdings gewesen, die Vergabeverfahren zu widerrufen und eine Neuausschreibung durchzuführen. Die Möglichkeit, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen und in diesem als Bestbieter hervorzugehen, ist dem Bieter A genommen. Ist dies ein ersatzfähiger Schaden?

Die Aussage des OGH, wonach eine Beweislastverschiebung wie eine solche im Zusammenhang mit ärztlichen Behandlungsfehlern nicht in Betracht komme, darf nach Ansicht des Autors nicht verabsolutiert werden⁵³. Aufgrund der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten obliegt ihnen zwar die genaue Regelung des Verfahrens zur Erlangung von Schadenersatz. Diese Regelungsbefugnis ist allerdings nicht unbegrenzt, sondern hat sich in den Schranken des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes zu halten. Der Effektivitätsgrundsatz scheint allerdings verletzt zu sein, wenn der Bieter durch

⁵³ So wird die vom OGH abgelehnte Beweislasteileichterung auch von *Öhler* in ZVB 2004/94 kritisch hinterfragt, der allerdings vermeint, dass eine nähere Analyse der Gründe, welche für eine Beweiserleichterung sprächen, einer tiefer schürfenden Untersuchung vorbehalten bleiben müsse

Vergaberechtsverstöße an der Abgabe eines Angebotes und Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert wird und in der Folge die Erlangung von Schadenersatz faktisch ausgeschlossen ist, weil die geforderte Erbringung des Beweises nahezu unmöglich ist.

Hierzu ist zu sagen, dass die Entscheidung des OGH lediglich für einen Teilbereich der Fallkonstellationen nachvollziehbar ist. Grundsätzlich ist es einleuchtend, dass in dem Fall, dass die Ausschreibung zu widerrufen wäre, kein Bieter den Zuschlag erhalten hätte. In diesem Sinne ist also das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers nicht kausal für den Schaden des übergangenen Bieters, abgesehen natürlich von den frustrierten Kosten. Bei rechtskonformer Vorgangsweise wäre die Ausschreibung zu widerrufen gewesen, also hätte – bei rechtskonformer Vorgangsweise – auch der übergangene Bieter keinen Schaden erlitten. Dies gilt aber – strenggenommen – nur in jenen Fallkonstellationen, in denen nach Widerruf eine weitere Ausschreibung auch tatsächlich erfolgt. In dieser könnte sich dann auch der Geschädigte – nach Ersatz seiner frustrierten Kosten für die Teilnahme am vorhergehenden rechtswidrigen Vergabeverfahren – beteiligen und auch den Zuschlag erhalten. Wenn aber eine Ausschreibung, die diskriminierende Bedingungen beinhaltet, aufgrund einer Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde nicht für nichtig erklärt wird und der Auftrag in der Folge – auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung – vergeben wird, ist die Möglichkeit der Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren endgültig verloren.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass nach ständiger Rechtsprechung des OGH dem übergangenen Bieter der Ersatz des Erfüllungsinteresses gebührt, wenn ihm bei rechtmäßiger Vorgangsweise der Zuschlag hätte erteilt werden müssen⁵⁴, wobei eben den

⁵⁴ OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88; OGH 19. 10. 1994, 7 Ob 568/94; beide Urteile basieren noch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses infolge Verletzung vorvertraglicher Pflichten; zentral: OGH 8. 7. 2008, 4 Ob 98/08b; OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 177/03b; OGH 17. 8. 2006, 10 Ob 37/06y;

Geschädigten die Behauptungs- und Beweislast für die Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden trifft.

Bei Fallkonstellationen, bei denen bereits die Ausschreibung mangelhaft war und sie der Auftraggeber daher zu widerrufen gehabt hätte, oder sie überhaupt unzulässig gewesen wäre, so ist nach der Rechtsprechung des OGH grundsätzlich nicht das Erfüllungsinteresse, sondern nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen⁵⁵.

1.4.4. Keine echte Chance im Sinne des Bundesvergabegesetzes

§ 337 Abs 1 BVergG regelt den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, also das negative Vertragsinteresse. Nach Abs 2 leg cit ist dieser Anspruch ausgeschlossen, wenn die Vergabekontrollbehörde feststellt, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen *keine echte Chance* auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Diese Regelung schafft eine Haftungserleichterung durch Verzicht auf die Kausalität der Rechtsverletzung⁵⁶. Wie den Materialien zu entnehmen ist, stand Art 2 Abs 7 Sektoren-RMRL dieser Bestimmung, zur Erhöhung des unionsrechtlich gebotenen Schutzes der Geschädigten, Pate⁵⁷.

⁵⁵ OGH 29.04.2004 6 Ob 177/03b; OGH 30.05.2005 8 Ob 39/05a; OGH 14.03.2006 4 Ob 198/05d

⁵⁶ Aicher in S/A/F/T, §337 Rz 46ff

⁵⁷ Siehe 1171 BlgNR 22. GP 134: „Art. 2 Abs. 7 der Sektorenrechtsmittelrichtlinie enthält eine Regelung über die Voraussetzungen einer Klage auf Schadenersatz, die in der klassischen Rechtsmittelrichtlinie nicht enthalten war. Dadurch wird die nähere Determinierung der Prüfungsbefugnis des Bundesvergabeamtes erforderlich. Auf Grund der einheitlichen Gestaltung des Rechtsschutzsystems gilt dies auch für den Bereich der „klassischen“ Vergaberichtlinie. Das Vorliegen einer „echten Chance“ wird vom Bundesvergabeamt danach zu beurteilen sein, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären. Auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalles wird zu entscheiden sein, ob eine echte Chance, d.h. eine konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung vorgelegen ist. In der Praxis hat es sich erwiesen, dass eine negative Feststellung (zB ob jemand den Zuschlag keinesfalls erhalten hätte) einfacher zu treffen ist als eine positive Feststellung, die oft aufwendige Sachverständigengutachten erfordert. **Im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes soll daher das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Feststellung zuständig sein, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages hatte. Der Terminus „echte Chance“**

§ 337 Abs 3 BVergG regelt den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses; Abs 4 legt cit regelt, wenngleich lediglich vermeintlich, gleich wie Abs 2 den Ausschluss des Ersatzanspruches, wenn festgestellt wird, dass der übergangene Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses trägt der Geschädigte dennoch die Beweislast dafür, dass er bei korrekter Vorgangsweise den Zuschlag erhalten hätte⁵⁸. Nach der Rechtsprechung des OGH soll das vom Unionsrecht vorgegebene Reglement, den Bieter hinsichtlich des Beweises darüber zu befreien, dass er ohne Vergaberechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte, lediglich im Zusammenhang mit dem negativen Interesse, nicht jedoch auch im Zusammenhang mit dem positiven Interesse⁵⁹ gelten.

1.4.5. Zusammenfassung

Nach der Rechtsprechung scheidet ein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in den hier untersuchten Fallkonstellationen aus. Zum einen kann der Geschädigte faktisch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den vom OGH geforderten Beweis nicht erbringen. Zum anderen kommen ihm aber im Zusammenhang mit dem begehrten Ersatz des Erfüllungsinteresses auch keinerlei Haftungserleichterungen im Zusammenhang mit der „echten Chance“ bzw deren Verlust zugute. Gleichzeitig hat er – mangels Legung eines Angebotes – auch keine Kosten der Angebotserstellung bzw Teilnahme am Vergabeverfahren und kann daher auch solche klarerweise nicht ersetzt verlangen. Allenfalls könnte er die Kosten des Nachprüfungsverfahrens ersetzt verlangen. Wie oben bereits erwähnt, wäre das aber letztlich ein Nullsummenspiel.

entstammt der Terminologie der Sektorenrechtsmittelrichtlinie und wird im Lichte einer allfälligen zukünftigen Judikatur des EuGH auszulegen sein.“

⁵⁸ Aicher in S/A/F/T § 337 Rz 55

⁵⁹ OGH 25. 3. 2003, 1 Ob 110/02m; OGH 27. 6. 2001, 7 Ob 200/00p;

Faktisch erhält der Bieter also keinen Ersatz für den Verlust seiner Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren. Im Hinblick darauf, dass nach Art 2 Abs 1 lit c RMRL denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden muss, ist daher zu fragen, ob es sich bei dem Verlust einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren um einen Schaden handelt, und wenn ja, ob dieser ersatzfähig ist bzw unter welchen Voraussetzungen.

Für den Fall, dass sich zeigen sollte, dass es sich beim Chancenverlust um einen zu ersetzenden Schaden handelt, wird dieser in Österreich – infolge der erwähnten Beweisschwierigkeiten zumindest faktisch – nicht ersetzt. Wiewohl gegebenenfalls die österreichische Rechtslage einen solchen Ersatz prinzipiell vorsähe, ist dieser, infolge erwähnter Rechtsprechung des OGH, faktisch ausgeschlossen. Dies ändert aber nichts an einer (mutmaßlich) vorliegenden Unionsrechtswidrigkeit. Faktischer und rechtlicher Rechtswegausschluss sind als gleichwertig zu betrachten⁶⁰.

⁶⁰ So auch *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs*, Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005), 335 Fn 242

1.5. Aufbau der Arbeit

Das Vergaberecht stellt ein Rechtsschutzsystem zur Verfügung. Dieses ist allerdings – so die Arbeitshypothese – unzureichend, sodass in gewissen Fallkonstellationen der Geschädigte mit dem Primärrechtsschutz, im Besonderen im Falle einer Fehlentscheidung der Nachprüfungsstelle, nicht mehr das Auslangen finden kann.

Um den „Rechtsschutz gegen diskriminierende Spezifikationen in Ausschreibungsunterlagen“ erörtern zu können, soll zunächst dargestellt werden, was überhaupt unter „diskriminierenden Spezifikationen“ zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang werden auch die europäischen Grundfreiheiten, in deren Konkretisierung die vergaberechtlichen Sekundärrechtsnormen ergangen sind und die eine wesentliche Auslegungsmaxime derselben bilden, dargestellt. Dies wird auch gleich zum Anlass genommen, um das Verhältnis der spezifischen vergaberechtlichen Regelungen im Kontext Primärrecht – Sekundärrecht – Nationales Recht zu erörtern sowie eine Themeneingrenzung vorzunehmen.

Im nächsten Teil wird der rechtliche Rahmen des Vergaberechts bzw dessen Rechtsschutz aufbereitet. Gemäß Art 2 Abs 6 RMRL steht es den Mitgliedstaaten frei vorzusehen, dass Schadenersatzansprüche, welche auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers gestützt werden, zunächst von einer dafür zuständigen Stelle aufgehoben worden sein müssen. Österreich hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, zumal in § 341 Abs 2 BVergG vorgesehen ist, dass eine Feststellung über die in Z 1 bis 6 leg cit genannten Umstände Zulässigkeitsvoraussetzung einer Schadenersatzklage ist, welche auf den §§ 337 bis 339 BVergG fußt. Nach § 332 Abs 5 BVergG ist ein solcher Feststellungsantrag nur zulässig, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht wurde. Aus der Zusammenschau dieser Regeln ergibt sich, dass der Bieter – bei sonstigem Verlust eines Schadenersatzanspruches – den Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen muss, um eine Beseitigung der Rechtswidrigkeit zu erreichen. Da die RMRL nur rudimentäre Regelungen enthält, stellt sich die Frage nach dem (zulässigen) Gestaltungsspielraum der

Mitgliedstaaten⁶¹. Aus dem Gestaltungsspielraum resultieren Unterschiede in der Umsetzung der RMRL, was naturgemäß einer einheitlichen Handhabung in den Mitgliedstaaten entgegensteht und auch von der Kommission beklagt⁶². Eine Erörterung des vergaberechtlichen Schadenersatzregimes kann also nur unter Beachtung des spezifisch mitgliedstaatlichen Rechts erfolgen⁶³.

Es ist daher zu untersuchen, welche Vorgehensweise im Falle rechtswidriger Ausschreibungsbedingungen notwendig/möglich/geboten ist. Nur unter der Voraussetzung dieser Bedingungen ist nämlich ein Schadenersatzanspruch des Bieters möglich.

Zur Analyse dieses Problems wird der unionsrechtliche Rechtsschutz – im Hinblick auf den Schadenersatz –, wie er sich aus der Rechtsmittelrichtlinie ergibt, dargestellt. Es wird der klassischen Rechtsmittelrichtlinie⁶⁴ besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Diese wird ihrem unionsrechtlichen Gehalt nach dargestellt, wobei immer auch gleich Querverweise zum österreichischen nationalen Recht eingearbeitet werden. Auf diese Weise wird untersucht, welche Rechtsbehelfe in Österreich vorhanden sind, und wird ein etwaig bestehendes Rechtsschutzdefizit aufgespürt. Das Schwergewicht wird auf die Frage gelegt, wie der Schadenersatz unionsrechtlich geregelt ist und ob Österreich die RMRL – unter diesem Blickwinkel – korrekt umgesetzt hat, bzw ob das österreichische Recht von der Judikatur unionsrechtskonform interpretiert wird.

Zu klären ist zunächst, was unter dem „Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ zu verstehen ist. Es wird erörtert, ob es sich dabei um einen Schaden im Rechtssinn handelt. Der Antwort auf diese Frage voranzustellen ist

⁶¹ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 1569

⁶² Grünbuch, KOM(96) 583, endg 24

⁶³ Egger, Euroäisches Vergaberecht (2008), Rz 1571

⁶⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG

eine Beurteilung der Frage, ob zur Qualifikation dieses Schadens von einem unionsrechtlichen oder nationalen Begriff auszugehen ist.

Im Anschluss an die Frage, ob ein Schaden im Rechtssinn vorliegt, ist zu analysieren, ob ein solcher – insbesondere vor dem unionsrechtlichen Hintergrund – auch ersatzfähig ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist auch zu klären, welche Möglichkeiten dem Bieter zur Verfügung stehen, um im Rahmen des Primärrechtsschutzes das Entstehen des Schadens zu verhindern.

Dies ist insofern von Bedeutung, als eine nicht vorhandene Möglichkeit des Bieters, den Schaden abzuwehren, sehr stark für eine Ersatzfähigkeit des Schadens spräche, da andernfalls der Rechtsschutz völlig bedeutungslos wäre. Deutlich wird dies daran, dass der Bieter dann weder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren erreicht hätte und auch keinen Schadenersatz dafür erlangen könnte.

Für eine (etwaige) Lücke im Primärrechtsschutz wäre nämlich hilfsweise der Sekundärrechtsschutz, also die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass dem Geschädigten Schadenersatz zuerkannt werden kann, heranzuziehen. Sollte die RMRL nicht korrekt umgesetzt sein, käme zur Lösung dieses Problems gegebenenfalls ein Staatshaftungsanspruch in Betracht.

Letztlich wird zur Beantwortung dieser Frage im letzten Teil eine mögliche Anspruchsgrundlage zur Erlangung von Schadenersatz dargestellt.

2. Der unionsrechtliche Vergaberechtsschutz

In diesem Abschnitt soll der Rechtsrahmen des Vergaberechts, sohin die einschlägigen Rechtsgrundlagen, welche das öffentliche Beschaffungswesen regulieren, dargestellt werden. Festzuhalten ist, dass zum Rechtsbestand des unionsrechtlichen Sekundärrechts einerseits materiellrechtliche vergaberechtliche Normen gehören, darüber hinaus aber auch spezifische Normen, die die Einhaltung der materiellrechtlichen Vorschriften sicherstellen sollen (Rechtsschutz).

In diesem Abschnitt wird aus Gründen der Vollständigkeit auch kurz die völkerrechtliche Regelungsebene erwähnt (Kapitel „Völkerrecht“)⁶⁵.

In weiterer Folge werden die einzelnen Regelungsbereiche in der Reihenfolge zunehmenden Konkretisierungsgrades dargestellt. Ausgangspunkt ist das unionsrechtliche Primärrecht, wovon für das Vergabercht insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), das Verbot von Einfuhrbeschränkungen (Art 34 AEUV), die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art 45ff AEUV) und die daraus entwickelten Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz von Bedeutung sind (Kapitel „Primärrecht“)⁶⁶.

Auf der nächsten Regelungsebene finden sich – auch in Konkretisierung der primärrechtlichen Vorgaben – im Sekundärrecht mehrere Richtlinien. Dem Inhalt nach können diese einerseits in materiellrechtliche Vergaberechts-RL einerseits und in Regelungen des Rechtsschutzes andererseits unterteilt werden (Kapitel „Sekundärrecht“)⁶⁷.

⁶⁵ Siehe unten 2.2.1

⁶⁶ Siehe unten 2.2.2

⁶⁷ Siehe unten 2.2.3

Weiter wird im Anschluss daran ausgeführt, wie die Richtlinien im österreichischen Recht umgesetzt wurden (Kapitel „nationales Recht“)⁶⁸.

Geklärt wird letztlich noch in welchem (rechtlichen) Verhältnis die Normen der einzelnen Regelungsbereiche zueinander stehen (Kapitel „Zwischenergebnis“)⁶⁹.

2.1. Historischer Rückblick

In Österreich war es durch den EU-Beitritt im Jahre 1995 erforderlich, die vergaberechtlichen Vorgaben der EU umzusetzen. Dies ist als die „Geburtsstunde“ des österreichischen Vergaberechts zu betrachten⁷⁰.

Davor war die öffentliche Auftragsvergabe (in Österreich) weitgehend frei von rechtlichen Vorgaben. Das Vergabeverfahren war in ÖNORMEN geregelt. Diese ÖNORMEN waren aber lediglich „Verhaltensempfehlungen“ bzw interne Anweisungen für die öffentlichen Auftraggeber. Wesentlicher Punkt war derjenige, dass die Bieter keine Gewähr für die Einhaltung dieser Normen hatten. Sie hatten also keine subjektiven Rechte darauf, dass sich die öffentlichen Auftraggeber an diese Selbstbindungsnormen halten⁷¹.

Dies änderte sich durch den österreichischen EU-Beitritt schlagartig. In der EU gab es bereits sowohl ein materielles Vergaberecht als auch ein Rechtsmittelrecht⁷².

⁶⁸ Siehe unten 2.2.4

⁶⁹ Siehe unten 2.3

⁷⁰ Wenngleich festgehalten werden muss, dass das BVergG 1993, BFBI 1993/462 in seinen Kernbereichen am 1. 1. 1994, dem österreichischen EWR-Beitritt, in Kraft trat (*Holoubek ua*, Vergaberecht, 35)

⁷¹ OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87

⁷² Siehe dazu sogleich unten

2.2. Überblick über die Regelungsebenen

Die Regelung des öffentlichen Auftragswesens wird in unterschiedlichen Ebenen durchgeführt⁷³:

- Auf völkerrechtlicher Regelungsebene finden sich internationale Abkommen/Verträge, etwa das Government Procurement Agreement (GPA).
- Auf Unionsebene sind die primärrechtlichen Regelungen, insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), sowie die Grundfreiheiten beachtlich.
- Auf Unionsebene im Bereich des Sekundärrechts wurden Vergaberichtlinien und -verordnungen erlassen.
- Schließlich erfolgt – auf nationaler Ebene – die Umsetzung der unionsrechtlichen Normen.

Die einzelnen Regelungen bzw Regelungsbereiche sind im Folgenden näher zu erörtern.

2.2.1. Völkerrecht

Wie in obiger Aufzählung bereits exemplarisch erwähnt, gehört zu den spezifischen, für das Vergaberecht einschlägigen Regelungen das im Rahmen der Uruguay-Runde der WTO abgeschlossene Agreement on Government Procurement (GPA)⁷⁴, dessen Inhalt für die EU-Mitgliedstaaten sowie für die Union selbst verbindlich ist⁷⁵. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Bedeutung des GPA infolge der einschränkenden Rechtsprechung des

⁷³Vgl etwa *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht², 2014, S 4ff; *Berger* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 5

⁷⁴ ABI L 1994/336, 273

⁷⁵*Eder*, Der öffentliche Auftrag, 186; derzeit beinhaltet das GPA 17 Vertragsparteien, darunter die EU samt den 28 Mitgliedstaaten, die in dieser Aufzählung aber nur als 1 Vertragspartner gezählt werden Quelle: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm

EuGH zur (fehlenden) unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht als gering einzustufen ist⁷⁶.

Darüber hinaus hat die EU weitere bilaterale Abkommen bezüglich Vergaberecht abgeschlossen⁷⁷.

2.2.2. Primärrecht

Durch den Vertrag von Lissabon⁷⁸ wurde – mit dessen Inkrafttreten – die EU sowie deren juristische Grundlagen strukturell umgestaltet. Grundlage der EU sind nunmehr der EU-Vertrag (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)⁷⁹. Der EU-Vertrag enthält seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon (2007) primär die allgemeinen und grundlegenden Bestimmungen über Werte, Ziele, Aufbau und Funktionsweise der Union⁸⁰. Der Vertrag über die Arbeitsweise der EU enthält in erster Linie Detailregelungen, die sich insbesondere auf die Zuständigkeiten, die Verfahren und die einzelnen Politikbereiche der Union beziehen⁸¹. Gemäß Art 1 Abs 3 EUV tritt die Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.

Nach Art 3 Abs 3 EUV errichtet die Union einen Binnenmarkt. Dies ist als ein zentrales Ziel der Union zu begreifen.

Eine Definition dessen, was unter Binnenmarkt zu verstehen ist, findet sich in Art 26 Abs 2 AEUV. Gemäß dieser Bestimmung umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und

⁷⁶ Eder, Der öffentliche Auftrag, 186

⁷⁷ zB Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, ABl 2002 L 114/430; genauer zu den internationalen Abkommen siehe *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht (2007);

⁷⁸ ABl C 2007/306, 1

⁷⁹ *Walter Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon, *ecolex* 2008, 285 (285); Art 1 Abs 3 EUV; Art 1 Abs 2 AEUV;

⁸⁰ *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 1 EUV (Stand: Juli 2011, rdb.at) Rz 94

⁸¹ *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 1 EUV (Stand: Juli 2011, rdb.at) Rz 96

Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Der Binnenmarkt umfasst daher die Grundfreiheiten.

Bei der Bestimmung des Art 26 Abs 2 AEUV handelt es sich um eine Konkretisierung des nach Art 3 Abs 3 EUV normierten Zieles der Union, einen Binnenmarkt zu errichten⁸². Dass die Grundfreiheiten sehr wohl auch vom öffentlichen Beschaffungswesen berührt sind, ist offensichtlich.

Primärrechtliche Grundlage im Bereich des Vergaberechts ist daher der AEUV, welcher jedoch bis heute keine ausdrücklichen Regelungen hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge enthält⁸³.

Gemäß Art 179 AEUV fördert die Union die Zusammenarbeitsbestrebungen der Unternehmen, der Forschungszentren und der Hochschulen bei ihren Bemühungen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung, damit die Unternehmen die Möglichkeiten des Binnenmarktes in vollem Umfang nutzen können, und zwar insbesondere durch Öffnen des einzelstaatlichen öffentlichen Auftragswesens, die Festlegung gemeinsamer Normen und Beseitigung der dieser Zusammenarbeit entgegenstehenden rechtlichen und steuerlichen Hindernisse.

In dieser Bestimmung ist also das „öffentliche Auftragswesen“ genannt, jedoch ohne weitergehende, konkrete Regelungen.

Auch der frühere EG-Vertrag enthielt keine ausdrücklichen Regelungen hinsichtlich des öffentlichen Auftragswesens. Wiewohl zwar die Diskriminierungsverbote und die Wettbewerbsvorschriften der Entstehung eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs auch auf den mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkten dienten, fehlten positive Normierungen

⁸² *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 26 AEUV Rz 5 (2012) (Stand: April 2012, rdb.at)

⁸³ *Berger/Zleptnig* in *Heid/Presmlayer*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 7

hinsichtlich Transparenz, Chancengleichheit und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge⁸⁴.

Von Bedeutung sind jedoch nach wie vor das Allgemeine Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) sowie die Grundfreiheiten, wobei anzumerken ist, dass die – für das Vergaberecht relevanten – materiellen Bestimmungen des EGV (also insbesondere Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten) durch den AEUV kaum geändert wurden⁸⁵, weshalb auch die diesbezügliche Rechtsprechung nach wie vor maßgeblich ist.

Art 114 AEUV sieht für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vor.

Zur Konkretisierung der primärrechtlichen Vorgaben wurden in weiterer Folge die Vergaberichtlinien erlassen, deren Ziel es war – und immer noch ist – die Transparenz, die Chancengleichheit und den Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen zu gewährleisten⁸⁶.

Die Grundfreiheiten bilden gewissermaßen jeweils spezielle Ausformulierungen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes nach Art 18 AEUV⁸⁷. Abgesehen vom lediglich subsidiär zu den speziellen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten anwendbaren Allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) sind insbesondere bei Lieferaufträgen die Warenverkehrsfreiheit, bei Bau- und Dienstleistungsverträgen die Dienstleistungsfreiheit sowie die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen⁸⁸.

⁸⁴ Schenk, Das neue Vergaberecht (2001), S 31

⁸⁵ Berger/Zleptnig in Heid/Presmlayer, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 2

⁸⁶ Schenk, Das neue Vergaberecht (2001), S 31; P. Fischer/H.F. Köck, Europarecht² (1995), 525

⁸⁷ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten Rz 3901

⁸⁸ Vgl auch Eder, Der öffentliche Auftrag, 187 mwN

Festzuhalten ist, dass sich die aus den Grundfreiheiten ergebende Verbotswirkung nicht als für die Verwirklichung des Binnenmarktes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ausreichend erwiesen hat, weshalb die Schaffung eines sekundärrechtlichen Rechtsrahmens als notwendig erachtet und umgesetzt wurde⁸⁹.

2.2.2.1. *Das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 18 AEUV*

Nach Art 18 AEUV ist im Anwendungsbereich der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

Zunächst ist auf den Begriff der Diskriminierung näher einzugehen. Unter einer Diskriminierung versteht der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Umstand, dass gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden bzw, als Kehrseite dessen, dass ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden⁹⁰. Das heißt, dass – im Anwendungsbereich der Verträge – alle Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten, vorbehaltlich der ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen hiervon, den Anspruch auf gleiche Behandlung, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, haben⁹¹. Vom Begriff der Diskriminierung erfasst werden sowohl die unmittelbare Diskriminierung, also diejenige, bei der die Staatsangehörigkeit offen als Kriterium für die unterschiedliche Behandlung herangezogen wird, als auch die mittelbare Diskriminierung, die dadurch charakterisiert ist, dass sich das diskriminierende Kriterium zwar unterschiedslos an alle richtet, sich jedoch von Personen mit anderer Staatsangehörigkeit wesentlich schwieriger oder überhaupt nicht erfüllen lässt⁹². Ein Beispiel für eine offene Diskriminierung ist etwa die Verweigerung der Nutzung von Deutsch als Verfahrenssprache vor bestimmten italienischen Gerichten für Personen, die nicht italienische Staatsbürger sind⁹³. Als

⁸⁹ Holoubek ua, Vergaberecht⁴ (2014), S 16

⁹⁰ EuGH 2. 10. 2003, C-148/02, García Avello; EuGH 17. 7. 1997, C-354/95, National Farmers Union u.a.; EuGH 20. 9. 2001, C-184/99, Grzelczyk; EuGH 11. 7. 2002, C-224/98, D’Hoop;

⁹¹ EuGH 2. 10. 2003, C-148/02, García Avello, Rz 23

⁹² Kucsko-Stadlmayer in Mayer/Stöger, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 18 AEUV (2013) Rz 38 (Stand: März 2013, rdb.at); Berger in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 9

⁹³ EuGH 27. 3. 2014, C-322/13 Rüffer/Pokorna;

Beispiel für eine offene Diskriminierung – mit vergaberechtlichem Einschlag – lässt sich die Anforderung in Ausschreibungsbedingungen qualifizieren, die den in bestimmten Teilen des Staatsgebietes ansässigen Unternehmen einen prozentualen Anteil an öffentlichen Lieferaufträgen vorbehält⁹⁴. Eine mittelbare Diskriminierung besteht etwa dann, wenn in einem Zivilverfahren eine Betriebsanlagengenehmigung einer österreichischen Behörde einen Unterlassungsanspruch ausschließt, wohingegen eine solche aus einem anderen Mitgliedstaat den Unterlassungsanspruch nicht ausschließt⁹⁵.

Der Schutzbereich von Art 18 AEUV erstreckt sich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen⁹⁶. Die Miteinbeziehung von juristischen Personen ist insbesondere im vergaberechtlichen Kontext von Bedeutung, da die an einem Vergabeverfahren Beteiligten regelmäßig – wenn auch nicht immer – juristische Personen sind.

An Art 18 AEUV gebunden sind einerseits die Union und ihre Organe und andererseits die Mitgliedstaaten⁹⁷. Im Bereich der Mitgliedstaaten sind nicht nur sämtliche Staatsorgane in jeglichen Staatsfunktionen, sondern auch natürliche oder juristische Personen, deren Handeln dem Staat zugerechnet wird⁹⁸, an das Diskriminierungsverbot gebunden.

Sachlich ist Art 18 AEUV im Anwendungsbereich der Verträge heranzuziehen. Hinsichtlich der im vorigen Absatz erwähnten Unterteilung der Bindung an das allgemeine Diskriminierungsverbot ergeben sich zunächst folgende Konsequenzen:

⁹⁴ EuGH 16. 5. 1991, C-263/85, *Kommission/Italien*, wobei anzumerken ist, dass in diesem Fall nicht Artikel 18 AEUV herangezogen wurde, sondern es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung iSv Art 30 EWG-Vertrag handelte, die jedoch zur Veranschaulichung einer mittelbaren Diskriminierung gleichfalls geeignet ist;

⁹⁵ EuGH 27. 10. 2009, Rs C-115/08 Rz 93 *Oberösterreich/CEZ*, wobei zur nähen Erläuterung darauf hingewiesen sei, dass sich die mittelbare Diskriminierung in gegenständlichem Fall darin äußert, dass nur Anlagen im österreichischen Staatsgebiet über eine österreichische Betriebsanlagengenehmigung verfügen können;

⁹⁶ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 18 AEUV (2013) Rz 20 (Stand: März 2013, rdb.at); *Berger* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht3 (2010) Rz 9

⁹⁷ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 18 AEUV (2013) Rz 27 (Stand: März 2013, rdb.at)

⁹⁸ ebenda

Die Union und ihre Organe sind immer an das allgemeine Diskriminierungsverbot gebunden, da sie nicht außerhalb des „Anwendungsbereiches der Verträge“ handeln können/dürfen.

Hinsichtlich der Bindung der Mitgliedstaaten ist die juristische Qualifikation differenzierter zu sehen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls bei Umsetzung und Vollziehung von Unionsrecht im „Anwendungsbereich der Verträge“ handeln⁹⁹. Darüber hinaus wird die Wendung „Anwendungsbereich der Verträge“ vom EuGH extensiv interpretiert, sodass nach der Rechtsprechung ein Handeln im Anwendungsbereich der Verträge erfolgt, wenn eine „unionsrechtlich geregelte Situation“ vorliegt¹⁰⁰.

Nicht in einer „unionsrechtlich geregelten Situation“ befindet sich ein Sachverhalt dann, wenn er sich auf rein innerstaatlich geregelte Umstände bezieht. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH etwa für den Bereich der Regelung der Rechte der Ehegatten in einem Scheidungsverfahren der Fall, welche Regelung und Ausgestaltung in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.¹⁰¹ Das Strafverfahren bzw freiheitsentziehende Maßnahmen erfolgen grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge, wonach die Verurteilung wegen Mordes und illegalen Waffenbesitzes nicht nach Rechtsvorschriften erfolgt, die die Beachtung der unionsrechtlichen Normen sicherstellen sollen¹⁰².

⁹⁹ Vgl EuGH 23. 1. 1997, C-29/95, *Pastors ua/Belgien*;

¹⁰⁰ Vgl EuGH 13. 2. 1985, 293/83, *Gravier*; EuGH 15. 3. 2005, C-209/03, *Bidar*

¹⁰¹ EuGH 10. 6. 1999, C-430/97, *Johannes Rz 18*

¹⁰² EuGH 29. 5. 1997, C-299/95, *Kremzow*; siehe auch EuGH 13. 6. 1996, C-144/95 *Maurin*;

2.2.2.2. Das Verbot von mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34 AEUV

Art 34 AEUV normiert, dass mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind. Spiegelbildlich dazu normiert Art 35 AEUV, dass mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind.

Im vergaberechtlichen Kontext ist vorstellbar, dass Mitgliedstaaten danach trachten, im Wege diskriminierender Ausschreibungsbedingungen nationale Unternehmen zu bevorzugen. Aus dieser – wenngleich auch vergaberechtswidrigen – Interessenslage heraus ergibt sich die Bedeutung des Verbotes von Einfuhrbeschränkungen im vergaberechtlichen Kontext, wohingegen die Ausfuhrbeschränkungen in diesem Zusammenhang außer Acht gelassen werden können.

Anwendungsvoraussetzung von Art 34 ist zunächst der Umstand, dass eine Ware von den Einfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung erfasst sein muss. Nach der früheren Rechtsprechung sah der EuGH den Geldwert einer Sache als das die Wareneigenschaft konstituierende Merkmal an, wohingegen die jüngere Rechtsprechung die Eignung einer Sache, Gegenstand von Handelsgeschäften zu sein, als das die Wareneigenschaft konstituierende Merkmal ansieht¹⁰³.

Unter „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen“ sind staatliche Maßnahmen zu verstehen, die eine Einfuhr von Waren nach quantitativen Kriterien einschränken oder unmöglich machen, wobei die Art des dabei zur Anwendung gelangenden Mengenmaßes nicht relevant ist¹⁰⁴. Unter „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist nach der *Dassonville*-

¹⁰³ Piska in Mayer/Stöger, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 34 AEUV Rz 16 (2012) (Stand: April 2012, rdb.at) mwN;

¹⁰⁴ aaO Rz 25

Formel jede Regelung zu verstehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern¹⁰⁵.

Im vergaberechtlichen Kontext wurden vom EuGH aufgrund von Verletzungen von Art 34 AEUV Vergaberechtsverstöße festgestellt, wie die folgenden Beispiele zeigen:

Ausgangslage in der Rs EuGH 45/87 war die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zum Ausbau des Trinkwassernetzes im Stadtbezirk Dundalk. In Irland war es üblich, bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen die Übereinstimmung mit irischen Normen zu verlangen. Demzufolge enthielt die Ausschreibung auch die Bedingung, dass hinsichtlich der verwendeten Rohre eine Bescheinigung über die Übereinstimmung mit der irischen Norm 188:1975 vorliegen muss. Dies wurde vom EuGH als Verletzung von Art 34 AEUV (damals Art 30 EWGV) qualifiziert¹⁰⁶.

Ein weiteres Beispiel ist folgendes: Der EuGH erkannte, dass es Art 34 AEUV (damals Art 30 EWGV) entgegensteht, wenn eine nationale Regelung den in bestimmten Teilen des Staatsgebietes ansässigen Betrieben einen prozentualen Anteil an öffentlichen Lieferaufträgen vorbehält¹⁰⁷.

2.2.2.3. *Die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit*

Art 45 AEUV regelt die Arbeitnehmerfreizügigkeit, welche gemäß Abs 2 die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfasst.

¹⁰⁵ EuGH 11. 7. 1974, 8/74, *Dassonville* Rz 5; beachtlich ist jedoch die Einschränkung der Dassonville-Formel durch die Keck Rechtsprechung EuGH 24. 11. 1993, verb C-297/91 und C-298/91, Keck;

¹⁰⁶ EuGH 22. 9. 1988, Rs 45/87 Kommission/Irland, (Dundalk)

¹⁰⁷ EuGH 20. 3. 1990, Rs 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana SpA/Unita Sanitaria Locale) Rz 18

Beim Begriff des „Arbeitnehmers“ handelt es sich um einen autonom nach Unionsrecht auszulegenden Begriff¹⁰⁸. Dies wurde vom EuGH bereits in den 1960er Jahren erkannt. In der Entscheidung *Unger*¹⁰⁹ führte der EuGH aus, dass die diesbezüglichen Bestimmungen des Vertrages dem Arbeitnehmerbegriff gemeinschaftsrechtliche (heute: unionsrechtliche) Bedeutung verleihen. Wäre die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes nämlich dem nationalen Recht vorbehalten, so stünde es letztlich im Belieben der Mitgliedstaaten, einzelnen Personengruppen die Freizügigkeit zu versagen¹¹⁰.

Die Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann einen Vergaberechtsverstoß darstellen¹¹¹. In der Rechtssache *Stoerebalt*¹¹² schrieb die Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen, eine vollständig vom dänischen Staat kontrollierte Gesellschaft, den Bau einer Brücke aus. In den zugrundeliegenden Ausschreibungsbedingungen fand sich die Regelung, dass die Unternehmer gehalten seien, soweit wie möglich, dänische Baustoffe und Verbrauchsgüter sowie dänische Arbeitskräfte und Ausrüstungen zu verwenden. Dies bewertete der EuGH als Verstoß ua auch gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit¹¹³.

Auch hinsichtlich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sind Vergaberechtsverstöße denkbar, wie folgende Entscheidungen des EuGH belegen:

In der Rechtssache *Coname*¹¹⁴ wurde die Dienstleistung der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen für die Methangasversorgung einer Gesellschaft anvertraut. Dies erfolgte aber nicht mittels Ausschreibung. In der ohne jegliche Transparenz erfolgten Vergabe erkannte der EuGH eine Verletzung der Art 43 und 49 EGV (heute:

¹⁰⁸ Windisch-Graetz in Mayer/Stöger, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 9 (2012) (Stand: August 2012, rdb.at)

¹⁰⁹ EuGH 19. 3. 1964, 75/63, Unger

¹¹⁰ ebenda

¹¹¹ Berger in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 11

¹¹² EuGH 22. 6. 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark (Stoerebalt)

¹¹³ Ebenda Rz 45

¹¹⁴ EuGH 21. 7. 2005, C-231/03 (Coname)

Art 49 und 56 AEUV). Dies begründete der EuGH im Wesentlichen damit, dass auch Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten Interesse an gegenständlichem Auftrag hatten, und in dem Umstand, dass die Vergabe ohne jegliche Transparenz erfolgte und sohin Unternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen seien, von der Kenntnisnahme des zu vergebenden Auftrages abgehalten wurden, eine mittelbare Diskriminierung zu sehen sei. Der EuGH begründet die Verletzung von Art 49 und 56 AEUV in gegenständlichem Fall also im Zusammenhang mit einem Transparenzgebot.

Direkt auf die Verletzung der Dienstleistungsfreiheit ist die Entscheidung EuGH 26. 9. 2000, C-225/98, gegründet, die den Verstoß damit begründet, dass die Forderung nach einem Nachweis der Eintragung des Planers in das Architektenverzeichnis zwangsläufig die Dienstleistungen französischer Architekten begünstige, worin eine Diskriminierung der Architekten aus der Gemeinschaft und somit eine Beschränkung ihrer Dienstleistungsfreiheit liege¹¹⁵.

2.2.2.4. Gleichbehandlung und Transparenz

Die primärrechtlichen Grundfreiheiten sind als Diskriminierungsverbote konzeptioniert. Sie verbieten Diskriminierungen und sind daher als „Negativgebote“ zu verstehen. Folglich stellt sich die Frage, ob das Primärrecht – über diese Schranken hinausgehende – Verpflichtungen zu positivem Tun enthält¹¹⁶.

Von der Rechtsprechung werden das Gleichbehandlungsgebot und das Transparenzgebot als positive Verhaltenspflichten anerkannt¹¹⁷. Die Kommission leitet die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Teilnehmer während des gesamten Verfahrens sowie den Grundsatz der Vergabe auf der Grundlage objektiver Kriterien, die niemanden benachteiligen, – einerseits aus der Rechtsprechung zum allgemeinen

¹¹⁵ EuGH 26. 9. 2000, C-225/98, Kommission/Frankreich Rz 87

¹¹⁶ Egger, Europäisches Vergaberecht¹(2008), Rz 144; auch diese Frage aufwerfend: GAin Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen in der Rs C-231/03

¹¹⁷ EuGH 9. 9. 1999, C-108/98; EuGH 18. 6. 2002, C-92/00; EuGH 14. 6. 2007, C-6/05;

Gleichheitsgrundsatz¹¹⁸ und andererseits aus der Rechtsprechung zu den Vergaberichtlinien her¹¹⁹. Auch der EuGH leitet den Grundsatz nicht immer aus denselben Grundlagen her. Der EuGH qualifiziert den Gleichbehandlungsgrundsatz teilweise als Grundsatz der Vergaberichtlinien¹²⁰ und andererseits als Grundsatz des Primärrechts oder leitet ihn auch aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts her¹²¹.

Zur Klarstellung ist an dieser Stelle festzuhalten, dass im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien die in diesen ausdrücklich normierten Grundsätze¹²² zur Anwendung gelangen, wohingegen hier die Ableitung von positiven Verhaltenspflichten, die sich aus dem Primärrecht ergeben und sohin auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien gelten, thematisiert wird.

2.2.3. Sekundärrecht

Diese Arbeit befasst sich zwar nicht mit dem materiellen Vergaberecht, trotzdem sollen aber aus Gründen der Übersichtlichkeit und Systematik die bezughabenden unionsrechtlichen Regelungen erwähnt werden, da diese teilweise inhaltlich determinieren, welche Ausschreibungsbedingungen als diskriminierend zu qualifizieren sind.

Ausgehend von den primärrechtlichen Regelungen, wie oben kurz dargestellt, fanden etwa ab den 1970er Jahren Bestrebungen statt, diese grundsätzlichen Regelungen näher

¹¹⁸ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327, Nr. 30

¹¹⁹ ebenda

¹²⁰ EuGH B 16. 10. 2003, C-244/02

¹²¹ EuGH 14. 6. 2007, C-6/05

¹²² etwa RL 2014/24/EU, Art 18 der fordert, dass öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise behandeln und transparent und verhältnismäßig handeln

zu konkretisieren. Zu diesem Zweck wurden materiellrechtliche Vergaberechtsrichtlinien sowie Rechtsmittelrichtlinien geschaffen.

Die Entwicklung des unionsrechtlichen Vergaberechts führte zu folgenden aktuellen Richtlinien/Verordnungen¹²³:

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe¹²⁴
- Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste¹²⁵
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe¹²⁶
- Richtlinie für die Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern¹²⁷
- Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße¹²⁸
- Rechtsmittelrichtlinie für die Bereiche der Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge¹²⁹
- Rechtsmittelrichtlinie für den Sektorenbereich

¹²³ Eine Darstellung der historischen Entwicklung des Vergaberechts bis zurück zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft findet sich bei *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), 33ff

¹²⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (allgemeine Vergaberichtlinie) ABl L 2014/94, 65;

¹²⁵ Richtlinie 2014/25/EU des Rates und des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie), ABl L 2014/94, 243

¹²⁶ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (Konzessionsvergaberichtlinie) ABl L 2014/94, 1

¹²⁷ Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Verteidigungsrichtlinie), ABl L 2009/216, 76 idF ABl L 2011/319, 43

¹²⁸ Verordnung (EG) 1370/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates (Personenverkehrsdiensteverordnung), ABl L 2007/315, 1

¹²⁹ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge idF der RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014

Die innerstaatliche Umsetzung der allgemeinen Vergaberichtlinie, der Sektorenrichtlinie und der Konzessionsrichtlinie hat bis spätestens 18. April 2016 zu erfolgen¹³⁰. Eine fristgerechte Umsetzung in Österreich ist bis dato (Stand 27. April 2016) nicht erfolgt.

Der Themenbereich dieser Arbeit ist eingeschränkt auf die Ersatzfähigkeit des Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren im Bereich der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe. Maßgeblich im Bereich des Sekundärrechts sind in diesem Zusammenhang die RL 2014/24/EU (Vergabe-RL) und die RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU (Rechtsmittelrichtlinie für die Bereiche der Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge, RMRL).

Bereits in den Erwägungsgründen der Vergabe-RL wird gesagt, dass davon auszugehen sei, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit den im AEUV niedergelegten Grundsätzen (freier Warenverkehr, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie den daraus abgeleiteten Grundsätzen, nämlich Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit, Transparenz) zu erfolgen habe, wobei für die über einen bestimmten Wert hinausgehenden öffentlichen Aufträge Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren, mit der Zielsetzung festgelegt wurden diesen Grundsätzen praktische Geltung zu verleihen¹³¹.

Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass die Vergabe-RL als Konkretisierung der bereits im AEUV niedergelegten allgemeinen Grundsätze zu verstehen sind. Das bedeutet, dass diese Grundsätze samt der dazu ergangenen Rechtsprechung als Auslegungsmaxime für die Vergabe-RL einerseits, aber auch für die RMRL, die ja gerade der Durchsetzung dieser Rechte dienen soll, zu verstehen sind¹³².

¹³⁰ Art 106, Sektorenrichtlinie; Art 90 Vergaberichtlinie; Art 51 Konzessionsvergaberichtlinie

¹³¹ 1. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU, im Folgenden Vergabe-RL genannt

¹³² *Berger/Zleptnig in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht*⁴ (2015) Rz 14 mwN

In Art 18 der Vergabe-RL sind die Grundsätze der Auftragsvergabe geregelt. Diese sehen vor, dass der öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise behandelt und transparent und verhältnismäßig handelt¹³³.

Weiters ist geregelt, dass der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerb nicht künstlich einschränken darf, worunter eine Vorgangsweise verstanden wird, die bestimmte Wirtschaftsteilnehmer in unzulässiger Weise bevorzugt oder benachteiligt¹³⁴.

Ganz allgemein versteht der EuGH in ständiger Rechtsprechung unter einer Diskriminierung den Umstand, dass gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden bzw, als Kehrseite dessen, dass ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden¹³⁵. Freilich ist es im Einzelfall schwierig, überhaupt zu erkennen, was denn „gleiche Sachverhalte“ bzw „ungleiche Sachverhalte“ sind. Im Anwendungsbereich der Vergabe-RL finden sich allerdings nähere Umschreibungen dessen, wie sogleich zu zeigen sein wird¹³⁶.

2.2.4. Nationales Recht

Die Umsetzung der vergaberechtlichen Richtlinien in Österreich erfolgte, aus verfassungsrechtlichen Gründen, zersplittert.

Auszugehen ist von der kompetenzrechtlichen Bestimmung des Art 14b B-VG. Gemäß dessen Abs 2 ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache für Vergaben durch den Bund selbst, durch Stiftungen,

¹³³ Art 18 Abs 1 UA 1 Vergabe-RL;

¹³⁴ Art 18 Abs 1 UA 2 Vergabe-RL;

¹³⁵ EuGH 2. 10. 2003, C-148/02, Garcia Avello; EuGH 17. 7. 1997, C-354/95, National Farmers Union u.a.; EuGH 20. 9. 2001, C-184/99, *Grzelezyk*; EuGH 11. 7. 2002, C-224/98, *D'Hoop*;

¹³⁶ Siehe sogleich im Kapitel „Diskriminierende technische, wirtschaftliche und finanzielle Spezifikationen“ 2.4;

Fonds und Anstalten sowie Unternehmen im Sinne des Art 126b B-VG, durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften und öffentliche Einrichtungen des Bundes¹³⁷. Landessache ist die Vollziehung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch die Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände und den diesen zuzurechnenden Unternehmen¹³⁸.

Gemäß Art 14b Abs 1 ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache. Von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgenommen sind jedoch Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die in den Vollzugsbereich der Länder fallen.

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund erfolgte die Umsetzung der Vergabe-RL, der Sektoren-RL und der Konzessions-RL durch den Bund im BVergG¹³⁹. Die Umsetzung der Verteidigungs-RL erfolgte durch den Bund im Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit¹⁴⁰. Die PersonenverkehrsdiensteVO bedarf naturgemäß keiner Umsetzung, da Verordnungen gemäß Art 288 Abs 2 AEUV allgemeine Geltung haben, in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten.

Diffiziler gestaltet sich die Umsetzung der RMRL und der Sektoren-RMRL, da im Bereich des Rechtsschutzes die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern geteilt ist. Die diesbezüglichen Regelungen finden sich daher für Vergaben im

¹³⁷ Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG

¹³⁸ Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG; vgl auch *Holoubek*, Vergaberecht (2014), 37

¹³⁹ Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 17/2006 idF BGBl I 7/2016; hinzuweisen ist darauf, dass derzeit (Stand 31. Mai 2016) noch die alten RL umgesetzt sind, nämlich die RL 2004/17/EG (Sektoren-RL alt) und die RL 2004/18/EG („klassische“ Vergabe-RL alt);

¹⁴⁰ Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 BGBl I 10/2012 idF BGBl I 7/2016

Vollzugsbereich des Bundes im BVergG¹⁴¹ für den Bereich Verteidigung und Sicherheit im BVergGVS¹⁴². Die Regelungen des Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich der Vergaben im Vollzugsbereich der Länder finden sich in den Landesvergaberechtsschutzgesetzen¹⁴³.

2.3. Zwischenergebnis

Das Vergaberecht auf Unionsebene erfolgt mit zunehmendem Konkretisierungsgrad wie folgt:

Zunächst steht – im Bereich des Primärrechts – an allgemeinster Stelle der allgemeine Gleichheitssatz nach Art 20 EGRC¹⁴⁴. Eine erste Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes erfolgt dann durch Art 21 EGRC. In Verbindung mit den einzelnen Diskriminierungsverboten der Verträge verschmilzt der Gleichheitssatz zu einem allgemeinen Diskriminierungsverbot mit zahlreichen konkreten Ausprägungen¹⁴⁵. Eine weitere Konkretisierung erfolgt dann durch die Grundfreiheiten.

Es folgt dann eine weitergehende Konkretisierung durch das vergaberechtliche Sekundärrecht der Union, also die im vorigen Abschnitt erwähnten RL bzw VO.

¹⁴¹ Vgl §§ 291ff BVergG

¹⁴² Vgl §§ 135ff BVergGVS

¹⁴³ Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz LGBI 20/2010 idgF; Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 LGBI 95/2013; Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBI 7200-0 idgF; OÖ Vergaberechtsschutzgesetz 2006 LGBI 130/2006 idgF; Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 LGBI 28/2007 idgF; Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 LGBI 80/2012 idgF; Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 LGBI 70/2006 idgF; Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabenachprüfungsgesetz) LGBI 1/2003 idgF; Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 LGBI 73/2013 idgF;

¹⁴⁴ Der EuGH leitete früh aus primärrechtlichen, punktuellen Diskriminierungsverboten den allgemeinen Gleichheitssatz als Grundprinzip des Unionsrechts her, vgl etwa EuGH 19. 10. 1977, 117/76 und 16/77, *Ruckdeschel*; EuGH 25. 10. 1978, 125/77, *Koninklijke Scholten-Honig*;

¹⁴⁵ *Winkler in Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 6 EUV (Stand: April 2011, rdb.at) Rz 232

In den Untersuchungsbereich der gegenständlichen Arbeit fallen lediglich Vergabeverfahren im Bereich der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich, mithin Vergaben im Anwendungsbereich¹⁴⁶ der Vergabe-RL, für deren Rechtsschutz die RMRL maßgeblich ist. Vergaben von Sektorenauftraggebern beispielsweise oder Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich werden genauso ausgeklammert wie Vergaben im Unterschwellenbereich.

¹⁴⁶ Zum Anwendungsbereich siehe etwa Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), 122ff; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 107ff

2.4. Diskriminierende technische, wirtschaftliche und finanzielle Spezifikationen

Auszugehen ist von der Bestimmung des Art 2 Abs 1 lit b RMRL, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass für die Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, um „*die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten* [...]“ veranlassen zu können.

Im hier untersuchten Kontext geht die Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren deshalb verloren, weil diskriminierende Bedingungen Eingang in die Ausschreibung gefunden haben, der Interessent daher an einer Abgabe eines ordnungsgemäßen Angebotes gehindert war und die Nachprüfungsbehörde diesen Fehler (infolge einer Fehlentscheidung) nicht behoben hat.

In diesem Abschnitt wird erörtert, was unter „*diskriminierenden technischen, wirtschaftlichen oder finanziellen Spezifikationen*“ zu verstehen ist.

Ein Kriterium ist dann als diskriminierend zu beurteilen, wenn es im Hinblick auf die Art des Auftrags und die Bedürfnisse des Auftraggebers objektiv nicht gerechtfertigt ist¹⁴⁷. Im nächsten gedanklichen Schritt ist daher abzuklären, wann ein Kriterium „objektiv gerechtfertigt“ ist. Zu lösen ist das schwierige Spannungsverhältnis in der Freiheit des Auftraggebers, das Produkt zu beschaffen, das er möchte einerseits, und der Zielsetzung der Schaffung eines nicht diskriminierenden Wettbewerbs andererseits. Ein Kriterium ist

¹⁴⁷ GA Mischo in seinen Schlussanträgen in der Rs C-513/99 Rz 151; siehe dazu auch die zwischenzeitig (sogleich erörterten) Präzisierungen in der Vergabe-RL und die zuvor skizzierten primärrechtlichen Vorgaben

nicht allein deswegen diskriminierend, weil es lediglich von einer kleinen Zahl der Bieter erfüllt werden kann¹⁴⁸.

Die Vergabe-RL beinhaltet konkrete Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit von etwa technischen Spezifikationen oder Eignungskriterien, welche in Ausschreibungsunterlagen Eingang finden. Ausschreibungsbedingungen, die gegen die RL verstoßen, also richtlinienwidrig sind, sind offenkundig rechtswidrig. Die Rechtskonformität von Ausschreibungsinhalten hinsichtlich derer keine ausdrückliche Regelung in der Richtlinie vorhanden ist, ist an den allgemeinen Grundsätzen des Art 18 Vergabe-RL zu messen.

Inhaltlich sind vom Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens gedanklich zwei Entscheidungen zu treffen, mit denen festgestellt wird, wer letztlich den Zuschlag erhält. Zum einen muss entschieden werden, welche Unternehmen ausgeschieden werden bzw. im weiteren Verfahren verbleiben. Zum anderen muss entschieden werden, welches Angebot – im Sinne der Zuschlagskriterien – das beste ist¹⁴⁹.

Unter Eignung wird die Befugnis, die Leistungsfähigkeit (wirtschaftliche, finanzielle und technische) und die Zuverlässigkeit verstanden¹⁵⁰. Unter Eignungskriterien¹⁵¹ versteht man also unternehmensbezogene Kriterien, die vom jeweiligen Bieter erfüllt werden müssen, um am weiteren Verfahren teilnehmen zu können. Davon zu unterscheiden sind die Zuschlagskriterien¹⁵², worunter angebotsbezogene Kriterien zu verstehen sind, auf deren Basis die Angebote bewertet werden (also entschieden wird, welches Angebot das

¹⁴⁸ EuGH 17. 9. 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Rz 85

¹⁴⁹ Diese Unterscheidung ist nicht nur in zweistufigen Vergabeverfahren beachtlich, sondern auch in einstufigen, wenngleich sie dort quasi gleichzeitig stattfindet; zu den einzelnen Verfahrensarten und dem genauen Ablauf der Verfahren siehe ausführlich *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2007), 230ff; national für Österreich *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015), 274ff

¹⁵⁰ *Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht³ (2010) Rz 752

¹⁵¹ Art 58 Vergabe-RL

¹⁵² Art 67ff Vergabe-RL

wirtschaftlich günstigste, also das „beste“, ist) und der Zuschlagsempfänger ermittelt wird¹⁵³.

Letztlich ist unter den technischen Spezifikationen¹⁵⁴ die Angabe in den Ausschreibungsunterlagen das zu verstehen, was der öffentliche Auftraggeber überhaupt beschaffen will, mithin eine Beschreibung der gewünschten Leistung. Die Missbrauchsgefahr im Rahmen der technischen Spezifikationen besteht darin, dass diese mitunter dazu verwendet werden, die gewünschte Leistung so zu beschreiben, dass sie in Wahrheit passgenau auf den gewünschten Anbieter des öffentlichen Auftraggebers zurechtgeschnitten ist, wobei ein effektiver Rechtsschutz nicht nur im Interesse der einzelnen Bieter liegt, sondern auch als öffentliches Interesse zu qualifizieren ist¹⁵⁵.

2.4.1. Grundsätze

Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, welche Kriterien er zur Auswahl geeigneter Bieter (Eignungskriterien), zur Beschreibung der gewünschten Leistung und hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung aufstellt¹⁵⁶. Freilich unterliegt er dabei mehrfachen Einschränkungen. So muss er die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot ebenso beachten wie die in der Vergabe-RL normierten Vorgaben und Grundsätze.

In der Rechtsprechung des EuGH wurde der allgemeine Gleichheitssatz bereits früh als Grundprinzip des Unionsrechts anerkannt¹⁵⁷, ebenso der Grundsatz der

¹⁵³ *Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht³ (2010) Rz 760

¹⁵⁴ Art 42ff Vergabe-RL

¹⁵⁵ *Arztmann*, Schadenersatz 23ff

¹⁵⁶ EuGH 20. 9. 1988, 31/87, Beentjes

¹⁵⁷ EuGH 19. 10. 1977, 117/76 und 16/77, *Ruckdeschel*

Verhältnismäßigkeit¹⁵⁸, der Transparenzgrundsatz¹⁵⁹ und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung¹⁶⁰.

Dass die eben erwähnten Grundsätze Bestandteil des Unionsrechtes sind, ist – über die erwähnte Anerkennung in der Rechtsprechung hinaus – zwischenzeitig qua ausdrücklicher Regelung¹⁶¹ unstreitig. Darüber hinaus spielen sie selbstverständlich im vergaberechtlichen Kontext eine Rolle, wie auch die in der neuen Vergabe-RL vorhandene ausdrückliche Regelung des Art 18 verdeutlicht¹⁶².

Entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz haben die „Spielregeln“ der Auftragsvergabe allen Teilnehmern bekannt zu sein und müssen auf alle in gleicher Art und Weise angewendet werden¹⁶³. Im Bereich des Vergaberechts bedeutet dies konkret etwa, dass das von einem Bieter abgegebene Angebot den Ausschreibungsunterlagen entsprechen muss¹⁶⁴. Der Grundsatz der Gleichbehandlung wäre also beispielsweise dann verletzt, wenn der Auftraggeber ein Angebot eines Bieters, welches den Ausschreibungsunterlagen widerspricht, nicht ausscheidet.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, *„daß die gewählten Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind. Dabei haben die Mitgliedstaaten die für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belastende Maßnahme zu wählen.“*¹⁶⁵ Wiederum übertragen auf einen vergaberechtlichen Kontext bedeutet dies, dass der Auftraggeber keine Eignungskriterien, etwa eine bestimmte vom Unternehmer zu erbringende Umsatzhöhe, verlangen darf, die im Bezug

¹⁵⁸ EuGH 11. 7. 1989, 265/87, Schröder Rz 21

¹⁵⁹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2 mwN

¹⁶⁰ ebenda

¹⁶¹ Für den Gleichheitssatz und die Nichtdiskriminierung vgl etwa Art 20ff EGRC

¹⁶² „Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig“ Art 18 Vergabe-RL

¹⁶³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2 mwN

¹⁶⁴ EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Stoerebaelt Rz 37 u 39

¹⁶⁵ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2

auf den zu vergebenden Auftrag unverhältnismäßig sind. So wäre beispielsweise eine vom Bieter für den Nachweis seiner Eignung verlangte Umsatzhöhe, welche ein Vielfaches des geschätzten Auftragswertes beträgt, unverhältnismäßig¹⁶⁶.

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung besagt, dass ein Auftraggeber Titel, Bescheinigungen oder technische Spezifikationen eines anderen Mitgliedstaates akzeptieren muss, sofern sie den eigenen gleichwertig sind¹⁶⁷. So ist etwa in Art 44 Abs 1 UA 2 nunmehr ausdrücklich normiert, dass in den Fällen, in denen die öffentlichen Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle verlangen, auch Zertifikate gleichwertiger Konformitätsbewertungsstellen akzeptiert werden müssen.

Entsprechend dem Transparenzgrundsatz ist das Vergabeverfahren in einer Weise durchzuführen, die transparent ist, dh durch Veröffentlichungen, Bekanntmachungen uÄ erreicht, dass die Bieter die Einhaltung der Vorschriften und den Gang des Verfahrens erkennen können. Nähere Regelungen, also eine Konkretisierung des Transparenzgrundsatzes, finden sich in den Art 48ff Vergabe-RL.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass die Zulässigkeit von Bedingungen in Ausschreibungsunterlagen zunächst anhand der Bestimmungen der Vergabe-RL zu prüfen sind, welche inhaltlich sogleich näher dargestellt werden. Zur Interpretation dieser Richtlinienbestimmungen sind die oben erwähnten Grundsätze heranzuziehen, welche – vom EuGH aus den Grundfreiheiten/Diskriminierungsverboten entwickelt und wiederum durch die Richtlinienbestimmungen konkretisiert – nunmehr einer ausdrücklichen Regelung zugeführt wurden. Hinsichtlich Bedingungen in Ausschreibungsunterlagen, die

¹⁶⁶ Vgl zur Regelung des im Hinblick auf den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters verlangten Mindestjahresumsatzes die ausdrückliche Regelung des Art 58 Abs 3 Vergabe-RL

¹⁶⁷ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2

keinem in der Richtlinie geregelten Bereich unterworfen sind, sind als Prüfmaßstab die erwähnten Grundsätze qua der Generalklausel des Art 18 Vergabe-RL heranzuziehen.

2.4.2. Eignungskriterien

Im Kapitel III Abschnitt 3 der Vergabe-RL („Auswahl der Teilnehmer und Auftragsvergabe“) regelt die RL im Unterabschnitt 1 („Qualitative Eignungskriterien“) zweierlei:

Erstens werden im Art 57 Vergabe-RL als „Ausschlussgründe“ bezeichnete Voraussetzungen genannt, die zu einem Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers führen müssen (zwingende Ausschlussgründe¹⁶⁸) oder führen können (fakultative Ausschlussgründe¹⁶⁹). Die Ausschlussgründe werden im Rahmen dieser Arbeit nicht näher beleuchtet, zumal der „Diskriminierungsspielraum“ in deren Bereich für den öffentlichen Auftraggeber gering ist (arg „zwingende“ Ausschlussgründe) und bei den fakultativen allenfalls an eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht zu denken ist (etwa wenn ein zahlungsunfähiger Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen wird und ein anderer nicht). Darüber hinaus entsteht durch Verletzung der Pflicht zum Ausscheiden von Teilnehmern nicht das im Rahmen dieser Arbeit thematisierte Problem, dass kein Angebot abgegeben werden kann.

Zweitens sind im erwähnten Kapitel der Vergabe-RL im Art 58 die Eignungskriterien geregelt, worunter Kriterien zu verstehen sind, anhand derer sichergestellt werden kann, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden

¹⁶⁸ Art 57 Abs 1 und 2 Vergabe-RL; solche sind etwa die rechtskräftige Verurteilung an bestimmten Straftaten (etwa Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung oder terroristische Straftaten) oder Missachtung der Verpflichtung des Wirtschaftsteilnehmers zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge

¹⁶⁹ Art 57 Abs 4, etwa Insolvenz

Auftrags verfügt und die die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftlichen und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen können¹⁷⁰. Im Unterschied zu den Zuschlagskriterien, worunter diejenigen Kriterien zu verstehen sind, anhand derer das Angebot beurteilt wird, werden anhand der Eignungskriterien die Bieter also solche beurteilt. Die Abgrenzung kann im Einzelfall problematisch sein. Die (grundsätzliche) Erfahrung der Bieter, deren Personalbestand und deren Ausrüstung sowie deren Fähigkeit, den Auftrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen, ist beispielsweise Eignungskriterium¹⁷¹, wohingegen die konkrete Erfahrung und der berufliche Werdegang eines für die Erfüllung des Auftrages eingesetzten bestimmten Teams des Bieters Zuschlagskriterium ist¹⁷².

Zentral zur Beurteilung des Vorliegens von diskriminierenden Eignungskriterien in der Ausschreibung ist die Formulierung des Art 58 Abs 1 UA 2, 2. Satz. Sie lautet:

„Sie [die öffentlichen Auftraggeber, Anm] beschränken die Anforderungen auf jene, die zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Alle Anforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.“

2.4.3. Zuschlagskriterien

¹⁷⁰ Art 58 Vergabe-RL

¹⁷¹ EuGH 24. 1. 2008, C-532/06, Lianakis

¹⁷² EuGH 26. 3. 2015, C-601/13, Ambisig; siehe dazu auch die in der Vergabe-RL nunmehr ausdrücklich vorgesehene Regelung des Art 67 Abs 2 lit b, wonach die „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ als Zuschlagskriterium festgelegt werden kann.

Zuschlagskriterien sind auftragsbezogen und dienen der Bewertung der Angebote und der Ermittlung des Zuschlagsempfängers¹⁷³. Gemäß Art 67 Abs 1 Vergabe-RL haben die öffentlichen Auftraggeber den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu erteilen. Es stellt sich daher naturgemäß die Frage, welches Angebot das „wirtschaftlich günstigste“ ist. Diese Frage wird mithilfe der Zuschlagskriterien beantwortet¹⁷⁴. Die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten. Dieses wird aufgrund unterschiedlicher Kriterien, welche mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, beurteilt¹⁷⁵.

Von hoher Bedeutung ist die Regelung des Art 67 Abs 4, wonach die Zuschlagskriterien nicht zur Folge haben dürfen, dass dem öffentlichen Auftraggeber die Wahlfreiheit übertragen wird oder ein wirksamer Wettbewerb beeinträchtigt wird¹⁷⁶. Wesentlich ist daher der Umstand, dass die gewählten Kriterien dazu geeignet sind, dem Auftraggeber eine Ermittlung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebotes nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln¹⁷⁷.

Die Zuschlagskriterien werden in der Folge nicht näher beleuchtet, zumal sie für die hier untersuchte Frage von untergeordneter Bedeutung sind. Dies ergibt sich daraus, dass – von Ausnahmen abgesehen – die Unzulässigkeit von Zuschlagskriterien typischerweise im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht wird. In einem Verfahrensstadium, in dem die Schadenersatzproblematik, die infolge des Nichtvorhandenseins eines Angebotes des Geschädigten entsteht, tritt diese typischerweise nicht auf. Zumindest ist der Bieter nicht mit einer Situation konfrontiert

¹⁷³ *Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht³ (2010) Rz 760

¹⁷⁴ Vgl Art 67 Abs 2 Vergabe-RL

¹⁷⁵ Siehe dazu die Regelungen des Art 67 Abs 2 Vergabe-RL die auch eine exemplarische Aufzählung der möglichen Kriterien enthält, beispielsweise Qualität, Kundendienst und technische Hilfe,...

¹⁷⁶ Um ein plakatives Beispiel zu bringen: ein Zuschlagskriterium im Rahmen eines Verfahrens zur Beschaffung von Kraftfahrzeugen für die Polizei, wonach den Zuschlag das Angebot mit den „schönsten“ Autos bekommt, wäre zweifelsfrei ein solches, mit dem dem Auftraggeber die Wahlfreiheit übertragen wird.

¹⁷⁷ EuGH 20. 9. 1988, 31/87, Beentjes Rz 37

in der er ein Angebot abgeben müsste, welches den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht.

2.4.4. Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist das Herzstück der Ausschreibung. In der Leistungsbeschreibung definiert der öffentliche Auftraggeber die Leistung, die er beschaffen möchte. Die Leistungsbeschreibung ist ein Teil einer Ausschreibung, im Rahmen derer der Auftraggeber ein hohes Potential für unsachliche Unterscheidungen – also Diskriminierungen – hat.

Gemäß Art 42 der Vergabe-Richtlinie müssen in den Auftragsunterlagen die technischen Spezifikationen dargelegt werden¹⁷⁸. Eine Legaldefinition dessen, was unter technischen Spezifikationen zu verstehen ist, findet sich im Anhang VII der Vergabe-RL¹⁷⁹.

Der öffentliche Auftraggeber muss zum Ausdruck bringen, welche Leistung er beschaffen möchte. Mit anderen Worten muss er also die gewünschte Leistung beschreiben. Dies geschieht mittels der technischen Spezifikationen, welche die für die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen geforderten Merkmale beschreiben¹⁸⁰. Anders als eine Privatperson unterliegt der öffentliche Auftraggeber allerdings bei der Leistungsbeschreibung gewissen Einschränkungen.

¹⁷⁸ Art 42 Abs 1 Vergabe-RL

¹⁷⁹ Vgl dazu Anhang VII der Vergabe-RL; es finden sich dort, neben der Legaldefinition der „technischen Spezifikation“ auch Legaldefinitionen von „Norm“, „Europäischer technischer Bewertung“, „gemeinsame technische Spezifikation“ und „technische Bezugsgröße“

¹⁸⁰ Art 42 Abs 1 Vergabe-RL

Auch die technischen Spezifikationen müssen selbstverständlich frei von Diskriminierungen sein. Eine gesetzliche Umschreibung dessen, was unter „diskriminierend“ zu verstehen ist, findet sich zunächst in Art 42 Abs 2 und Abs 4 Vergabe-RL.

Nach Art 42 Abs 2 müssen *„die technischen Spezifikationen [...] allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern“*¹⁸¹.

Nach Art 42 Abs 4 darf in technischen Spezifikationen, soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, *„[...] nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Waren begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nach Absatz 3 nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“*

Merkmale können sich aber auf einen spezifischen Prozess oder eine spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung beziehen, dies allerdings lediglich unter der

¹⁸¹ Art 42 Abs 2 Vergabe-RL

Voraussetzung, dass sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind¹⁸².

Wie bereits in der Vorgängerrichtlinie¹⁸³ bestehen auch nach der aktuellen Vergabe-RL grundsätzlich vier unterschiedliche Formen der Leistungsbeschreibung, welche in Art 42 Abs 3 Vergabe-RL genannt sind. Es handelt sich dabei einmal um die „funktionale Leistungsbeschreibung“, im Rahmen derer die technischen Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben werden¹⁸⁴. Im Unterschied dazu werden im Rahmen der „konstruktiven Leistungsbeschreibung“ die technischen Spezifikationen unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen definiert¹⁸⁵. Neben diesen „Grundformen“ der Leistungsbeschreibung bestehen noch zwei Mischformen¹⁸⁶.

Wenn sich der Auftraggeber dafür entschließt, die von ihm gewünschte Leistung im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung durchzuführen, sind diskriminierende Bestimmungen mitunter einfacher erkennbar als bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung. Durch die Beschreibung, welche Funktion das zu beschaffende Produkt erfüllen soll, ergibt sich, was „sachliche Kriterien“ sind. Jegliche Kriterien, die mit der eigentlichen, vom Auftraggeber gewollten Funktion, nichts zu tun haben, sind unsachlich.

Folgendes Beispiel möge dies verdeutlichen: Der Auftraggeber beschreibt die gewünschte Leistung dergestalt, dass diese dazu dienen soll, dass sich medizinisches Personal in einem Krankenhaus nach der Behandlung eines Patienten die Hände desinfizieren kann. Diese Leistungsbeschreibung (welche selbstverständlich zu Illustrationszwecken unrealistisch einfach gehalten ist) wäre etwa durch folgende Produkte von den Bietern erfüllbar. Es könnten sowohl in Desinfektionslösung getränkte

¹⁸² Art 42 Abs 1 UA 2 Vergabe-RL

¹⁸³ RL 2004/18/EG

¹⁸⁴ Art 42 Abs 3 lit a Vergabe-RL

¹⁸⁵ Art 42 Abs 3 lit b Vergabe-RL

¹⁸⁶ Art 42 Abs 3 lit c und d Vergabe-RL

Papierhandtücher wie auch flüssiges Händedesinfektionsmittel in Spendern angeboten werden. In diesem Kontext ist leicht erkennbar, dass zB die Packungsgröße der Papierhandtücher irrelevant ist. Es ist also allein an der Funktion erkennbar, was sachlich gerechtfertigt ist. Sollte der Auftraggeber allerdings einen bestimmten Bieter als Vertragspartner wünschen, bietet ihm die konstruktive Leistungsbeschreibung eine Möglichkeit dazu seine vergaberechtswidrigen Absichten zu verschleiern.

Wenn der Auftraggeber beispielsweise die oben erwähnte Möglichkeit zur Händedesinfektion konstruktiv ausschreibt und Papierhandtücher mit gewissen Abmessungen, einer bestimmten Saugfähigkeit und die Verpackung in bestimmten Mengeneinheiten fordert – nämlich genau mit den Spezifikationen des gewünschten Lieferanten –, ist es ungleich schwieriger zu erkennen, ob eine diskriminierende, weil objektiv nicht gerechtfertigte, Spezifikation enthalten ist.

Wohingegen in ersterem Beispiel (funktionale Leistungsbeschreibung) leicht erkennbar ist, dass die Verpackungseinheit irrelevant ist, könnte der Auftraggeber im zweiten Beispiel (konstruktive Leistungsbeschreibung) jedes Angebot, das nicht die geforderten Verpackungseinheiten aufweist, ausscheiden.

Als Zwischenergebnis zeigt sich, dass zur Beurteilung der Frage, was „objektiv gerechtfertigt“ ist, die Funktion bzw die vom Auftraggeber verfolgte Zielsetzung heranzuziehen ist. Diese ist im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung grundsätzlich leichter zu erkennen, als im Rahmen einer konstruktiven Leistungsbeschreibung.

2.4.5. Besonderheiten in der Fallkonstellation einer fehlerhaften Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde im Zusammenhang mit diskriminierenden Ausschreibungsinhalten

Wenn in den Ausschreibungsunterlagen diskriminierende technische, wirtschaftliche oder finanzielle Spezifikationen enthalten sind, so ist dies zunächst als

Vergaberechtsverstoß zu qualifizieren¹⁸⁷. Diesen Vergaberechtsverstoß kann der Interessent in einem Nachprüfungsverfahren¹⁸⁸ relevieren. Gemäß Art 2 Abs 1 RMRL haben die Mitgliedstaaten den Nachprüfungsbehörden bestimmte Befugnisse einzuräumen. Dazu gehört gemäß lit b leg cit die Befugnis, rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben und diskriminierende technische, wirtschaftliche oder finanzielle Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen zu streichen. In österreichisches Recht umgesetzt wurde diese unionsrechtliche Vorgabe im § 325 BVergG.

Wenn dem Interessenten also die Antragslegitimation zur Einleitung eines diesbezüglichen Nachprüfungsverfahrens zukommt, er ein solches einleitet und obsiegt, dh die Nachprüfungsbehörde streicht die als diskriminierend zu qualifizierenden Bestimmungen so ist fraglich, wie weiter vorzugehen ist. Denkbar ist nämlich, lediglich eine einzelne, und zwar die diskriminierende, Bestimmung zu streichen, wie dies auch in der RMRL vorgesehen ist, oder aber die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Nach der Judikatur des VwGH kommt die Streichung einzelner Bestimmungen nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung danach einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde¹⁸⁹.

Im Fall der Teilnichtigklärung, also der Streichung einer oder mehrerer diskriminierender Bestimmungen, bleibt die Ausschreibung ansonsten aufrecht. Das Nachprüfungsverfahren ist damit beendet, der Interessent hat jetzt die Möglichkeit, ein Angebot zu legen. Der Primärrechtsschutz hat also zur Beseitigung eines rechtswidrigen Auftraggeberverhaltens geführt.

¹⁸⁷ Siehe Kapitel 2.4

¹⁸⁸ Zu den Voraussetzungen der Antragslegitimation siehe sogleich

¹⁸⁹ Vgl [VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077](#); 6. 3. 2013, 2011/04/0115; 22. 6. 2011, 2009/04/0128; vgl auch *Reisner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006² (2009) § 325 Rz 20; *Reisinger/Ulreich*, Zum Primat der Teilnichtigklärung von Ausschreibungsunterlagen in ZVB 2016, 156

In der zweiten Variante wird die Ausschreibung infolge der Streichung diskriminierender Bestimmungen und einer dadurch bewirkten Änderung des Adressatenkreises¹⁹⁰ insgesamt für nichtig erklärt. Das Vergabeverfahren ist durch die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen beendet. Faktisch kann der Auftraggeber nunmehr entscheiden, ob er es dabei bewenden lässt oder neuerlich ein Vergabeverfahren – mit diesmal korrekter Ausschreibung – durchführt¹⁹¹. Auch hier hat der Primärrechtsschutz zur Beseitigung eines rechtswidrigen Auftraggeberverhaltens geführt.

Eine Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde kann nun auf zweierlei Arten vorliegen. Zunächst ist denkbar, dass die Nachprüfungsbehörde¹⁹² über das Vorliegen/Nichtvorliegen einer als diskriminierend zu bezeichnenden Bestimmung irrt. Andererseits kann auch ein Fehler hinsichtlich einer Teil- oder Gesamtnichtigerklärung vorliegen. Beides kann vom VwGH – nach einer in vergaberechtlichen Dimensionen regelmäßig zu spät kommenden – Entscheidung korrigiert werden. Abgesehen davon ist auch der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, eine allfällige Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde selbst zu korrigieren¹⁹³. Die genaue Analyse des der Fehlentscheidung zugrunde liegenden Fehlers ist für dessen schadenersatzrechtliche Konsequenzen (Amtshaftung) von Bedeutung. Dh der unterlassene Widerruf des Auftraggebers kann eine (haftungsbegründende) rechtswidrige Vorgangsweise sein.

¹⁹⁰ Oder anderer Gründe, welche nach der Judikatur eine Teilnichtigerklärung unzulässig machen

¹⁹¹ Gleich an dieser Stelle ist wegen der diesbezüglichen schadenersatzrechtlichen Implikationen darauf hinzuweisen, dass die juristische Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers, ob und wenn ja, was er beschaffen möchte, durch faktische Gegebenheiten eingeschränkt ist. Nach Gesamtnichtigerklärung einer Ausschreibung hinsichtlich – nicht zwingend notwendiger – Renovierungsarbeiten kann der Auftraggeber natürlich von einer Durchführung absehen. Die Handlungsmöglichkeiten für den Auftraggeber nach Gesamtnichtigerklärung einer Ausschreibung hinsichtlich Toilettenpapier für die Dienststellen oder Treibstoff für Fahrzeuge sind faktisch auf Null reduziert, da er diese Güter wohl zwingend beschaffen müssen wird.

¹⁹² Im hier untersuchten Kontext: das Bundesverwaltungsgericht

¹⁹³ Gemeint ist damit etwa, dass im Falle einer – unzulässigen – Teilnichtigerklärung der Auftraggeber gegebenenfalls die Ausschreibung widerrufen müsste, vgl § 138 BVergG; *Pointner*, Die Streichung einzelner Anforderungen der Ausschreibung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens kann den Auftraggeber zum Widerruf seiner gesamten Ausschreibung verpflichten in ZVB 2015, 112; [VwGH 27.10.2014, 2013/04/0104](#)

3. Der Schaden

Wenn in den Ausschreibungsunterlagen – unzulässigerweise – beispielsweise ein Produkt einer bestimmten Marke gewünscht wird, der Interessent – vor Legung eines Angebotes – die Streichung dieser unzulässigen Bedingung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zu erreichen versucht und dabei erfolglos bleibt (durch eine Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde) und in weiterer Folge der Auftrag – unter Zugrundelegung dieser Bestimmung – vergeben wird, stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welcher Schaden dem Interessenten durch den vorhin beschriebenen Sachverhalt entsteht¹⁹⁴. Dies soll im Rahmen dieses Kapitels analysiert werden. Für einen etwaigen Schadenersatzanspruch des Bieters ist das Vorliegen eines Schadens Grundvoraussetzung. Zu denken ist dabei selbstverständlich an einen Vertrauensschaden bzw den Nichterfüllungsschaden, im Rahmen dieser Arbeit jedoch insbesondere an die „verlorene Chance“ bzw deren schadenersatzrechtliche Einordnung.

Der Schaden in einem vorpositiv-natürlichen Verständnis ist vom Schaden im Rechtssinn abzugrenzen¹⁹⁵.

In einem ersten Schritt soll erläutert werden, was unter dem hier untersuchten Ausdruck „Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ zu verstehen ist. Diese Erläuterung ist in einem vorpositiv-natürlichen Sinn zu verstehen. Es wird dabei auch auf Rechtsnormen Bezug genommen, wo es für das Verständnis des

¹⁹⁴ Siehe dazu oben 1.3, Anhand des Eingangsfalles wird deutlich, dass in skizzierter Konstellation – will man einen Schaden verneinen – der Bieter bestenfalls, für den Fall, dass er einen Ersatz der Kosten des Nachprüfungsverfahrens erreicht, ein Nullsummenspiel erreicht.

¹⁹⁵ Vgl dazu: Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1293 ABGB (Stand 1.10.2013, rdb.at)

natürlichen Sinnes des „Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ nötig ist.

Erst im nächsten Schritt wird dann eine Subsumtion dieses natürlichen Schadensbegriffes unter einen rechtlichen Schadensbegriff erfolgen. Diese Subsumtion unter einen rechtlichen Schadensbegriff setzt selbstverständlich eine Antwort auf die Vorfrage, ob dafür ein unionsrechtlicher oder ein nationaler Schadensbegriff maßgeblich ist, voraus.

3.1. Vorüberlegungen zum „Verlust einer Chance“

Bevor eine Auseinandersetzung mit dem „Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ im schadenersatzrechtlichen Kontext erfolgen kann, ist näher zu spezifizieren, worum es sich dabei genau handelt.

Laut Duden ist eine Chance eine günstige Gelegenheit, eine Möglichkeit, etwas Bestimmtes zu erreichen, eine Aussicht auf Erfolg¹⁹⁶. Es entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, eine Chance als umso höher bzw größer zu bezeichnen, je höher die Eintrittswahrscheinlichkeit für den Erfolg, also die Realisierungswahrscheinlichkeit, ist.

In manchen Ländern wird die Ersatzfähigkeit des Verlustes einer Chance anerkannt¹⁹⁷. Dies hat dazu geführt, dass auch die von UNIDROIT ausgearbeiteten *Principles of*

¹⁹⁶<http://www.duden.de/rechtschreibung/Chance>

¹⁹⁷Koziol, Schadenersatz für den Verlust einer Chance? in Hohloch (Hrsg), FS H. Stoll, S 233

International Commercial Contracts Schadenersatz für den Verlust einer Chance nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts vorsehen¹⁹⁸.

Nachdem die Lehre des Verlustes einer Chance in Deutschland und Österreich ein eher stiefmütterliches Dasein fristet¹⁹⁹, ist ein Blick in fremde Rechtsordnungen überaus fruchtbar, da ausländische Rechtsordnungen wertvolle Anhaltspunkte für eine Lösung geben, so etwa die englische und amerikanische „Lost-chances-Lehre“²⁰⁰, die französische „Perte-d’une-chance Lehre“²⁰¹ und die italienische „Perdita-della-possibilità-Doktrin“²⁰².

Zusammengefasst können die in der Literatur thematisierten Fälle grundsätzlich in die folgenden Fallgruppen eingeteilt werden²⁰³:

1. Verlust einer Gewinnchance
2. Verlust einer Heilungschance
3. Verlust einer Prozesschance

¹⁹⁸ aaO

¹⁹⁹ Vgl. dazu: *Koziol*, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889; *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

²⁰⁰ *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ, 766 mwN

²⁰¹ aaO

²⁰² aaO

²⁰³ Vgl. dazu: *Koziol*, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889; *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

Zum Verlust einer Gewinnchance wird beispielhaft angeführt, dass jemand auf ein Rennpferd setzt, welches aber infolge eines Verkehrsunfalls nicht am Rennen teilnehmen kann²⁰⁴.

Artikel 7.4.3. Abs 2 der Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010²⁰⁵ (im Folgenden: Unidroit Principles) lautet:

„Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.“

Das Beispiel mit dem Rennpferd wird auch im Kommentar zu Art 7.4.3 der UNIDROIT Principles angeführt, wo es heisst: *„Thus, the owner of a horse which arrives too late to run in a race as a result of delay in transport cannot recover the whole of the prize money, even though the horse was the favourite“*²⁰⁶. Weiter findet sich im Kommentar auch noch der Hinweis, dass es zwar möglich sei, dass ein Schaden unzweifelhaft bestehe, die Höhe jedoch schwierig zu bestimmen ist, welche Konstellation insbesondere beim Verlust einer Chance vorkommen kann²⁰⁷.

Auch die Entscheidung Chaplin v. Hicks²⁰⁸, welche *Fleischer* sogar als *locus classicus* bezeichnet, zeigt die Idee des Verlustes einer Gewinnchance deutlich. In zitiertem Fall

²⁰⁴ Müller, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd? In AJP/PJA 2002, 389

²⁰⁵ <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, S 269

²⁰⁶ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994, 199 zitiert nach: Koziol, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889

²⁰⁷ <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, S 270

²⁰⁸ [1911] 2 KB 786

veranstaltete ein Theaterdirektor einen Schönheitswettbewerb an dem sich auch die spätere Klägerin beteiligte. In Folge schloss der Theaterdirektor diese allerdings ungerechtfertigt von der Endausscheidung aus. Sie begehrte daraufhin Schadenersatz, und führte begründend dazu aus, dass sie durch das vertragswidrige Verhalten des Theaterdirektors eine Chance darauf, eine wertvolle Anstellung zu erhalten, verloren hätte. Das Gericht entschied „[...] The claimant was entitled to recover damages for her loss of a chance of gaining employment.“²⁰⁹.

Diese lehrbuchartig anmutenden Fälle mögen die Brisanz dieser Fallkonstellationen nicht aufzeigen, was allerdings einem Fall des OGH durchaus gelingt, in dem dieser über einen Schadenersatzanspruch zu entscheiden hatte, den der Kläger geltend gemacht hatte, nachdem ihm die Österreichische Nationalbank – zu Unrecht – eine Devisenhandelsermächtigung nicht erteilt hatte²¹⁰. Bei diesem Fall wird insbesondere auch die Problematik der Bemessung der Höhe eines allfälligen Schadenersatzanspruches ganz deutlich.

Beim Verlust einer Heilungschance geht es darum, dass beispielsweise bei einer krebserkrankten Patientin die richtige Behandlung vom betreuenden Arzt schuldhaft verzögert wird, die Patientin nach einiger Zeit ihrer Erkrankung erliegt und offen ist, ob sie bei korrekter, sofortiger Behandlung überlebt hätte²¹¹. Oder auch der Fall eines 13jährigen Burschen, welcher von einem Baum abgestürzt ist und sich dabei schwere Verletzungen zugezogen hat behandelt diese Thematik. Bei ordnungsgemäßer Behandlung – welche allerdings erst verspätet stattgefunden hat – hätte er eine

²⁰⁹ www.e-lawresources.co.uk/cases/chaplin-v-hicks.php

²¹⁰ 1 Ob 8/95; ÖBA 1996, 213; Rebhan, Schadenersatz wegen nicht erteilter Devisenhandelsermächtigung? in ÖBA 1996, 185; *Koziol*, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889

²¹¹ *Müller*, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd? in AJP/PJA 2002, 389

Heilungschance von 25 % gehabt. Durch den verspäteten Behandlungsbeginn blieb er lebenslang behindert²¹².

Hinsichtlich des Verlustes einer Prozesschance ist an Fälle zu denken, bei denen beispielsweise der Anwalt die fristgerechte Einbringung eines Rechtsmittels versäumt²¹³, es aber unklar ist, ob ein Rechtsmittel überhaupt zum Erfolg geführt hätte. Zu denken ist aber auch an eine Fallkonstellation, bei der die Mandantin nach anwaltlicher Beratung eine Prozesskostenabläse ihrer Rechtsschutzversicherung annimmt und in Folge einen Beratungsfehler des Anwalts behauptet und vermeint, bei korrekter Information doch lieber prozessiert zu haben. Das Paradoxe an letztgenannter Fallkonstellation ist, dass sich bei einem – infolge Prozesskostenabläse ohne Rechtsschutzdeckung – durchgeführten siegreichen Prozess der Beratungsfehler des Anwaltes zwar bestätigt, sie aber keinen Schaden hat, da sie ja einen Kostenersatzanspruch gegenüber dem Gegner hat. Wenn sie allerdings den Prozess verliert und die volle Kostenlast – auch für den Gegner – zu tragen hat, erleidet sie zwar finanzielle Einbußen, die vorangehende anwaltliche Beratung hat sich jedoch als korrekt herausgestellt. Sie befindet sich also scheinbar – um es besonders plastisch auszudrücken - in einer „lose/lose-Situation“. Bei, nach Ansicht des Autors, richtiger Betrachtung besteht ihr Schaden aber – unabhängig vom Prozessausgang – in ihrem Verlust der Chance auf risikolose Prozessführung, hier konkret in einem immateriellen Schaden, weil ihr die Prozessführung mit einer drohenden Kostenersatzpflicht, die sie bei Prozessführung mit Rechtsschutzdeckung nicht hätte, emotionales Ungemach bereitet.

Zwischenergebnis

²¹² *Koziol*, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889

²¹³ *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

Zunächst ist festzuhalten, dass nach österreichischem Recht der Zufall denjenigen trifft, in dessen Vermögen er sich ereignet (§ 1311 ABGB). Um eine Schadenersatzpflicht auszulösen, muss der Schädiger – ungeachtet weiterer Voraussetzungen – kausal für den Schadenseintritt sein, was durchaus einleuchtend ist.

Eine Gemeinsamkeit der oben besprochenen Fallgruppen ist, dass letztlich nicht klar ist, ob das – vermeintlich – schädigende Verhalten *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt, für diesen sohin kausal war. Besonders plastisch führt *Müller* diesen Umstand aus, wenn er meint, es könne nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob das Verhalten der Automobilistin, der Anwältin oder der Ärztin für die Niederlage im Prozess und im Rennen oder für den Tod kausal war²¹⁴.

Einen höchst interessanten Ausweg aus dieser „Kausalitätsproblematik“ erwähnt *Fleischer* im Zusammenhang mit dem Verlust von Gewinnchancen²¹⁵. Dort vertritt er den Standpunkt, dass eben dieses Unsicherheitsmoment der Annahme eines Schadenersatzanspruches dann nicht entgegensteht, wenn es gerade der *sichere Verlust* dieser Chance ist, für welche dann in weiterer Folge Ersatz begehrt wird²¹⁶. Auf diesem Weg versucht er über Verallgemeinerung zu einer Verselbstständigung der Gewinnchancen zu kommen.

Richtigerweise ist diese Problematik nicht über die Kausalität zu lösen. *Fleischers* Argumentation folgend muss konsequent gesagt werden, dass die Anerkennung eines *sicheren Verlustes* einer Gewinnchance denklogisch die Anerkennung der Chance, besser

²¹⁴ *Müller*, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd? In AJP/PJA 2002, 389

²¹⁵ *Fleischer*, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

²¹⁶ aaO

gesagt, die Anerkennung des Verlustes einer Chance als Schaden voraussetzt. Wie also dieser Argumentation – über die erwähnte Verallgemeinerung – zu entnehmen ist, wird die Problematik über den Schadensbegriff und nicht über die Kausalität gelöst. Zu folgen ist daher der französischen Lehre, die konstatiert, dass es nicht korrekt ist, diese Frage über die Kausalität zu lösen, sondern richtigerweise über den Schadensbegriff²¹⁷.

3.2. Übertragung dieser Vorüberlegungen auf den Verlust einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren

Vorauszuschicken ist, dass die Kommission in ihrem ursprünglichen Vorschlag noch vorgesehen hatte, einen Ersatz für Kosten für Studien, Gewinnausfall oder den „**Verlust einer Chance**“ einzuführen²¹⁸. Der Ersatz des „Verlustes einer Chance“ wurde dann aber vom Wirtschafts- und Sozialausschuss als zu vage angesehen²¹⁹.

Nach Ansicht des Ausschusses „[sei] es tatsächlich wichtig, dass ein wirtschaftlicher Anreiz [bestehe], um gegen die Gemeinschaftsbestimmungen verstoßende Entscheidungen nicht passiv [hinnehmen zu müssen]. Der Schadenersatz [müsse] deshalb mehr als nur die durch ein vergebliches Angebot verursachten unmittelbaren Kosten umfassen. So [müsse] auch ganz oder teilweise Schadenersatz für Gewinnausfall erstattet werden können. Der Ausdruck „Verlust einer Chance“ [werde] allerdings als zu

²¹⁷ Müller, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd? in AJP/PJA 2002, 389 mwN

²¹⁸ Art 1 des Vorschlag KOM (87) 134 endg S10

²¹⁹ Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission, ABl C 347 vom 22. 12. 1987, S25

vage und zu allgemein betrachtet, um als Grundlage für rechtliche Forderungen dienen zu können.“²²⁰

Aus dieser Begründung des Wirtschafts- und Sozialausschusses wird deutlich, dass der „Verlust einer Chance“ nicht inhaltlich abgelehnt wurde, sondern lediglich terminologisch. Deutlich wird das insbesondere daran, dass ausdrücklich erwähnt wird, dass Verstöße gegen das Unionsrecht nicht passiv hinzunehmen seien. Insbesondere bei den hier untersuchten Fallkonstellationen wird daher deutlich, dass – ohne Zuerkennung von Schadenersatz – ein Rechtsverstoß vom geschädigten Bieter hinzunehmen wäre.

Wie oben bereits besprochen wurde, soll durch die RMRL erreicht werden, dass die Bewerber rechtliche Möglichkeiten erhalten, die Einhaltung des materiellen Vergaberechts durchsetzen zu können. Es ist daher offensichtlich, dass die Bewerber ein subjektives Recht auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften haben. Konsequenterweise hat der EuGH daher auch ausgesprochen, dass *„die Nichtbeachtung der für einen öffentlichen Auftrag geltenden Richtlinie als Schaden für alle Bieter [zu qualifizieren sei], die dadurch ausgeschaltet oder daran gehindert worden sind, sich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirksam am Wettbewerb zu beteiligen.*“²²¹.

Nach § 1293 ABGB ist Schaden jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. *Koziol* will dem Wort „Rechte“ in der zitierten Norm nur dort eine eigenständige Bedeutung zukommen lassen, soweit diese weder einen Vermögenswert darstellen (andernfalls zählten sie ohnehin zum Vermögen, ihre gesonderte Erwähnung wäre daher überflüssig) noch Persönlichkeitsrechte sind

²²⁰ ebenda

²²¹ EuGH 22. April 1994, C-87/94 R „Wallonische Busse“

(diesfalls bestünde eine Überschneidung mit den Nachteilen an der Person), sodass davon etwa Familienrechte erfasst seien²²².

Wenn versucht wird, den Verlust einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren (im Folgenden Teilnahmeverlust) in eine der obigen Fallgruppen²²³ einzureihen, wäre man wohl geneigt, diese unter die Fallgruppe „Verlust einer Gewinnchance“ zu subsumieren.

In Anlehnung an *Reinbacher* soll im Hinblick auf das Vergaberecht eine Darstellung möglicher Schadensarten anhand einer Vier-Felder-Matrix stattfinden²²⁴. Dort wird der Schaden nach einer Dimension - § 1293 ABGB folgend – in einen positiven Schaden und einen entgangenen Gewinn eingeteilt, in der anderen Dimension in Vertrauensschaden und Nichterfüllungsschaden. Im Bereich der Vertrauensschäden wäre der positive Schaden etwa der Aufwand, der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstanden ist, also etwa Kosten der Anbotstellung, Teilnahme an Lokalausweisungen o.Ä.²²⁵. Ein entgangener Gewinn im Bereich des Vertrauensschadens wäre etwa dann gegeben, wenn jemand im Vertrauen auf vergaberechtskonformes Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers ein – davon unabhängiges – Geschäft mit einem Dritten versäumt, wobei *Rummel* – völlig zu Recht – darauf hinweist, dass dies ein seltener Fall wäre, da wohl die wenigsten ein sich bietendes Geschäft lediglich aufgrund der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschlagen würden²²⁶. Im Bereich des Nichterfüllungsschadens ist der entgangene ökonomische Gewinn aus dem Vertrag anzusehen, wobei sich die Qualifikation als positiver Schaden und nicht als entgangener Gewinn aus der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Zuschlagserteilung an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot und demzufolge Vorliegens einer rechtlich

²²² Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³, Band 1 Rz 2/3; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1293 ABGB (Stand 1. 1. 2007, rdb.at) welcher die gesonderte Erwähnung der Rechte in § 1293 überflüssig findet

²²³ Verlorene Gewinn-, Prozess- oder Heilungschancen

²²⁴ Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, 62ff

²²⁵ Vgl auch S/A/F/T, § 337 Rz 45

²²⁶ *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts in ÖZW 1999, 1

gesicherten Position ergibt²²⁷. Als entgangener Gewinn im Bereich des Nichterfüllungsschadens wird exemplarisch der entgangene wirtschaftliche Gewinn aus Folgegeschäften angeführt²²⁸.

Vor diesem Hintergrund und mit Beachtung des Umstandes, dass die herrschende Auffassung davon ausgeht, dass die Vernichtung einer Erwerbschance nur dann als positiver Schaden anzusehen ist, wenn diese im Zeitpunkt der Schädigung ein gegenwärtiger, selbstständiger Vermögenswert sei²²⁹, scheinen sich die Grenzen im Bereich des Vergaberechts zu verschieben. Wie bereits oben erwähnt, ist es selbstverständlich denkbar (und durchaus auch ein Standardfall in der Praxis), dass ein Schaden infolge eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens dergestalt entstanden ist, dass der Bewerber geltend macht, dass er bei rechtskonformer Vorgehensweise des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten hätte, mithin einen entgangenen Gewinn (im natürlichen Schadenssinn) hat, welcher eben qua gesicherter Rechtsposition (als Bestbieter hat er einen Rechtsanspruch auf Zuschlagserteilung), ein positiver Schaden (im Rechtssinn) ist. Davon zu unterscheiden ist der „echte“ entgangene Gewinn im Sinne eines Verlustes einer Erwerbschance, der deshalb entsteht, weil der Bewerber durch vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert war, ohne zu wissen, ob er Bestbieter gewesen wäre oder nicht. Was er mit Sicherheit weiß, ist, dass er – infolge der vorangegangenen Rechtsverletzung – in diesem Vergabeverfahren mit Sicherheit nicht mehr Bestbieter werden kann und er damit um die Möglichkeit, Bestbieter zu werden, gebracht wurde.

Nach der Rechtsprechung des OGH obliegt dem Bieter die Beweislast dafür, dass er bei rechtskonformer Vorgehensweise des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten

²²⁷ Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, 62ff

²²⁸ aaO

²²⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/37

hätte²³⁰. Vor dem Hintergrund der obigen Überlegungen ist allerdings im Hinblick auf den Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren an eine Fallkonstellation zu denken, bei der die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers für das Nichterhalten des Zuschlags gerade nicht klar ist (beispielsweise fehlerhafte Ausschreibung). Diese Fallkonstellationen könnten allenfalls mit dem mit der Eintrittswahrscheinlichkeit gewichteten erwarteten Gewinn gelöst werden.

Festzuhalten ist daher, dass unter dem Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren der entgangene Gewinn zu verstehen ist, bei dem die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers lediglich mit einer Wahrscheinlichkeit angegeben werden kann.

Andererseits kann darunter auch der immaterielle Schaden verstanden werden, den jemand durch die Verletzung seines subjektiven Rechts auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren erleidet, worauf aber im Rahmen gegenständlicher Arbeit nicht weiter eingegangen wird.

3.3. Die „echte Chance“ im Vergaberecht

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass die „echte Chance“ auf unionsrechtlicher Ebene in der Sektoren-RL und auf nationaler Ebene im BVergG genannt wird. So sieht Art 2 Abs 7 Sektoren-RL vor, dass hinsichtlich des Ersatzes von Kosten für die Vorbereitung des Angebotes oder der Kosten an der Teilnahme an einem

²³⁰ M. –S. Kraus, Der vergaberechtliche Rechtsschutz, 135

Auftragsvergabeverfahren – neben weiteren Voraussetzungen – diese bereits dann zu ersetzen sind, wenn nachgewiesen wird, dass der Geschädigte eine *echte Chance* gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde.

Im BVergG findet sich in dessen § 337 Abs 2 und 4 eine Regelung, wonach der Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren (Abs 2) einerseits und der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (Abs 4) ausgeschlossen ist, wenn durch die Vergabekontrollbehörde festgestellt wird, dass der Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine *echte Chance* auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Mit der *echten Chance* nach § 337 Abs 2 sind andere Konsequenzen verknüpft, als mit der *echten Chance* nach § 337 Abs 4. Nach § 337 Abs 1 haben grundsätzlich alle übergangenen Bewerber oder Bieter Anspruch auf Beteiligungskostenersatz. Dieser ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn auch bei rechtskonformer Vorgangsweise keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags bestanden hätte. Wesentlich ist der Umstand, dass eine Kausalität zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden nicht notwendig ist²³¹. Nach den ErläutRV handelt es sich dabei nicht um Schadenersatz „im strengen Sinn“, zumal auch mehrere Bewerber und Bieter Schadenersatz begehren könnten, selbst wenn naturgemäß nicht jeder von ihnen den Zuschlag erhalten hätte können²³².

Deutlich davon zu unterscheiden ist die Bedeutung der *echten Chance* in § 337 Abs 4 BVergG. Nach § 337 Abs 3 hat der übergangene Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, es sei denn, es würde festgestellt, dass er auch bei rechtskonformer Vorgangsweise keine echte Chance

²³¹ Aicher in S/A/F/T, BVergG 2006 § 337 Rz 46

²³² ErläutRV BlgNR 20. GP 103

auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Das bedeutet, dass der Bieter die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass er bei rechtskonformer Vorgangsweise Bestbieter gewesen wäre²³³. Da der Bieter die Beweislast für die Kausalität des Rechtsverstoßes für seinen Schaden trägt, hilft ihm die fehlende Feststellung, dass er keine echte Chance auf Zuschlagserteilung hatte, nicht²³⁴. Sollte die Feststellung der Chancenlosigkeit allerdings getroffen werden, verhindert dies den Schadenersatzanspruch. Nach den ErläutRV hat dies den Zweck, von vornherein aussichtslose Zivilverfahren zu verhindern²³⁵.

Entsprechend der Systematik des § 337 BVergG erfolgt letztlich eine Unterscheidung der (potentiell) Geschädigten in Nichtbestbieter (Abs 1) und Bestbieter (Abs 3). Nach der Rechtsprechung des OGH ist gewissermaßen jeder, der nicht den Beweis seiner Bestbiitereigenschaft erbringen kann (was durch Vergleich von Ausschreibung und Angebot ermittelt wird), automatisch Nichtbestbieter und damit auf Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt.

3.4. Zum Rechtsbegriff des Schadens

Was unter einem Schaden zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Der Schadensbegriff ergibt sich daher aus der Rechtsordnung. Zu klären ist vorab, ob sich der maßgebliche Schadensbegriff direkt aus dem Unionsrecht ergibt oder die jeweiligen nationalen Schadensbegriffe der Mitgliedstaaten relevant sind.

²³³ Aicher in S/A/F/T, BVergG 2006 § 337 Rz 55

²³⁴ So auch Aicher in S/A/F/T, BVergG 2006 § 337 Rz 55

²³⁵ ErläutRV 1513 BlgNR 24. GP 139; wobei anzumerken ist, dass dies eigentümlich anmutet, führt dies doch dazu, dass ein Gerichtsverfahren verhindert wird, durch eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die – in der Sache selbst (!) – meint, dass das Gerichtsverfahren ohnedies aussichtslos wäre.

Vorauszuschicken ist, dass die Beantwortung der Frage, ob eine unionsrechtliche oder nationale Schadensdefinition heranzuziehen ist, in zweifacher Hinsicht relevant ist.

Zum einen – wie oben bereits problematisiert – hängt es vom Bejahen eines Schadens ab, ob entsprechend Art 2 Abs 1 lit c RMRL Schadenersatz zuzuerkennen ist, da mangels Schaden nicht von einem „Geschädigten“ gesprochen werden kann. Wenn nämlich der „Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ per definitionem kein Schaden im Rechtssinn ist, ist dies auch nicht zu ersetzen.

Zum anderen ist daran zu denken, dass für den Fall, dass es sich beim „Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ um einen Schaden im Sinne des Unionsrechts handelt, unter der weiteren Prämisse, dass dieser in Österreich nicht ersetzt wird, eine Staatshaftung schlagend werden könnte, zumal man dann mit einer Verletzung von Unionsrecht in Form einer Verletzung der mitgliedstaatlichen Verpflichtung im Nachprüfungsverfahren eine Möglichkeit vorzusehen, den Geschädigten Schadenersatz zuerkennen zu können (legislatives Unrecht) bzw mit einer unionsrechtswidrigen Interpretation von österreichischem Recht (judikatives Unrecht), konfrontiert wäre. Dies soll folgendermaßen näher erklärt werden:

Voraussetzung eines Staatshaftungsanspruches ist ganz grundsätzlich – unter Außerachtlassung der weiteren Voraussetzungen – die Verletzung von Unionsrecht²³⁶. Will man daher aufgrund einer Verletzung der RMRL einen Staatshaftungsanspruch geltend machen, so ist – im hier untersuchten Fall – Voraussetzung, dass der Mitgliedstaat seiner Verpflichtung vorzusehen dass den durch Vergaberechtsverstöße Geschädigten

²³⁶stRsp des EuGH; grundlegend dazu EuGH verbRs C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pecheur Rz 51

Schadenersatz zuerkannt werden kann, zuwider handelt, sohin gegen das Unionsrecht verstößt.

Ein Gedankenspiel: Wenn zur Definition des Schadens in Art 2 Abs 1 lit c RMRL ausschließlich nationales Recht maßgeblich wäre, hätte es der jeweilige Mitgliedstaat in der Hand qua Schadensdefinition nach Belieben Schadenersatz zuzuerkennen oder eben nicht. Wenn nach nationalem Recht kein Schadenersatz zuzuerkennen ist, weil *per definitionem* kein Schaden vorliegt, hätte der faktisch Geschädigte auch keine Möglichkeit dies im Rahmen einer Staatshaftung geltend zu machen, da ja qua ausschließlich nationaler Definition des Schadens kein Verstoß gegen Unionsrecht vorläge.

Dies ist selbstverständlich lediglich ein fiktiver Fall. Im Kern enthält er jedoch etwas Wahres. Entsprechend der Entscheidung *Combinatie Spijker*²³⁷ ist der Schadensbegriff aus dem nationalen Recht maßgeblich, sofern weder der Äquivalenz- noch der Effektivitätsgrundsatz verletzt werden. Die mitgliedstaatliche Freiheit den Schadensbegriff im Rahmen der nationalen Rechtsordnung zu definieren, wird durch den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz begrenzt.

Diese Entscheidung, dass der Schadensbegriff im Rahmen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes von den Mitgliedstaaten festzulegen ist, ist kritisch zu hinterfragen. Es soll im folgenden Abschnitt geprüft werden, ob es nicht der Effektivitätsgrundsatz erforderlich macht, den Schadensbegriff autonom nach Unionsrecht zu definieren, sodass letztlich kein Platz für eine nationale Schadensdefinition bleibt.

²³⁷ EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker* Rz 90ff

3.5. Schadensdefinition aus dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht

In einem ersten Schritt muss deshalb analysiert werden, ob für nationale Schadensdefinitionen Raum bleibt. Bejahendenfalls wäre, ausgehend von einem nationalen Schadensbegriff, zu prüfen, ob der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz eingehalten ist. Ist dies der Fall, wäre dies ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass – im Falle des Heranziehens des österreichischen Schadensbegriffes – die österreichische Schadenersatzregelung im Hinblick auf die unionsrechtlichen Vorgaben im Bereich des Vergaberechts unionsrechtskonform – zumindest im Hinblick auf die Schadensdefinition – ausgestaltet ist. Voranzustellen ist diesen Überlegungen der *effet utile*, der als wichtige Auslegungsregel des Unionsrechts zur Entscheidung der Frage, ob unionale oder nationale Schadensdefinition zur Anwendung gelangt, heranzuziehen ist.

3.5.1. Der Effet Utile

Bei der Auslegung des Unionsrechts ist zu berücksichtigen, dass dieses eine eigenständige, autonome Rechtsordnung ist, welche nicht mit nationalem Recht vergleichbar ist²³⁸. Da ihre Rechtsnatur insofern nicht mit der einer – auf Völkerrecht basierenden – internationalen Organisation vergleichbar ist²³⁹, sind auch die diesbezüglichen Interpretationsregeln der Art 31ff Wiener Vertragsrechtskonvention nicht uneingeschränkt anwendbar²⁴⁰.

²³⁸ EuGH 15. 7. 1964, 6/64, Costa/E.N.E.L.; EuGH 5. 2. 1963, 26/62, van Gend & Loos;

²³⁹ Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 119 Rz 347

²⁴⁰ Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, Rz 347 mwN; aA Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs in NJW 1982, 1177 ff

Auf der anderen Seite sind aber auch – infolge des eigenständigen, autonomen Charakters der Unionsrechtsordnung – die nationalen Auslegungsgrundsätze nicht uneingeschränkt anwendbar, wobei diese aber eine gewisse Leitlinie vorgeben²⁴¹.

Die Rechtsnatur der Europäischen Union ist also zwischen dem Völkerrecht und dem nationalen Recht angesiedelt. Aus der Zusammenschau der völkerrechtlichen und nationalen Auslegungsgrundsätze, welche im unionsrechtlichen Gefüge durchaus andere und eigenständige Gewichtungen haben können, hat sich eine eigene unionsrechtliche Exegese entwickelt²⁴².

Der Argumentationsfigur des „*effet utile*“ kommt bei der Auslegung des Unionsrechts überragende Bedeutung zu. Er versteht sich als Konkretisierung der teleologischen Auslegung und hat zum Ziel, die Funktionsfähigkeit der Union zu erhalten bzw zu fördern²⁴³.

Das erste Mal taucht der Begriff des „*effet utile*“ in der Judikatur des EuGH in der *Leberpfennig*²⁴⁴-Entscheidung auf²⁴⁵.

Der *effet utile* ist eine Argumentationsfigur, welche ursprünglich aus dem Völkerrecht stammt. Zu beachten ist, dass die Begrifflichkeit des *effet utile* im Unionsrecht anders als im Völkerrecht zu verstehen ist, und insofern nicht deckungsgleich ist.

²⁴¹ Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 120 Rz 348 mwN

²⁴² Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 121 Rz 351

²⁴³ Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 141ff

²⁴⁴ EuGH, 6. 10. 1970, 9/70, *Leberpfennig*

²⁴⁵ Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 141ff

Im unionsrechtlichen Kontext wird der *effet utile* als qualifizierter, materieller Leitsatz verstanden, dessen Ziel es ist, eine möglichst wirksame Umsetzung der Vertragsziele bzw einer Vorschrift zu erreichen, um so die Funktionsfähigkeit der Union sicherzustellen.

3.5.2. Bedeutung im gegebenen Kontext

Nach Art 2 Abs 1 lit c RMRL haben die Mitgliedstaaten vorzusehen, dass den Geschädigten Schadenersatz zuerkannt werden kann. Geschädigter ist derjenige, der einen Schaden erlitten hat. Der Rechtsbegriff des Schadens muss von der Rechtsordnung definiert werden²⁴⁶, was aber gerade in der RMRL – die hinsichtlich des Schadenersatzes nur äußerst rudimentär ausgestaltet ist – nicht geschieht²⁴⁷. Dass der Schadenersatzanspruch effektiv ausgestaltet sein muss, ergibt sich schon aus einer systematisch-teleologischen Interpretation der RMRL²⁴⁸. *Öhler* führt in diesem Zusammenhang den *Grundsatz der wirksamen Nachprüfung* ins Treffen, welcher zwar einen ähnlichen Inhalt wie der *Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes*, jedoch dogmatisch einen anderen Geltungsgrund habe²⁴⁹.

Ein vergleichbares Interpretationsproblem bestand bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Nach Art 45 AEUV ist innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet, eine Definition des Arbeitnehmers fehlt allerdings an dieser Stelle. In der Rs *Unger*²⁵⁰ hielt der EuGH bereits 1964 fest, dass der Arbeitnehmerbegriff autonom nach Unionsrecht auszulegen sei. Begründend wurde angeführt, dass andernfalls, nämlich durch mitgliedstaatliche Arbeitnehmerdefinition, der Anwendungsbereich der

²⁴⁶ Siehe oben 3

²⁴⁷ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts: Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe² (2001), 182ff

²⁴⁸ *Holoubek*, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz in ZfV 1998, 592

²⁴⁹ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997), 131ff

²⁵⁰ EuGH 19. 3. 1964, 75/63, *Unger*

Arbeitnehmerfreizügigkeit vollständig im Belieben der Mitgliedstaaten stünde²⁵¹. Die Interessenlage im Zusammenhang mit dem Erfordernis des Art 2 Abs 1 lit c RMRL, den Geschädigten Schadenersatz zuzuerkennen, ist identisch. Dort stünde die Verpflichtung, den Geschädigten Schadenersatz zuzuerkennen, im Belieben der Mitgliedstaaten, könnten diese durch Definition des Schadens die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz frei regeln. Eine solche Interpretation stünde auch im Gegensatz zum *effet utile*, der diesfalls verloren ginge. Zwangsläufig ist daher bei der Interpretation des Schadensbegriffes der RMRL eine unionsrechtliche Schadensdefinition heranzuziehen.

In der Entscheidung *Combinatie Spijker*²⁵² erkannte der EuGH, dass Art 2 Abs 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 eindeutig vorschreibe, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorsehen müssen, im Fall eines Verstoßes gegen die Regelungen des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens Schadenersatz zuzuerkennen, aber weder erläutert er dort, unter welchen Voraussetzungen eine ausschreibende Behörde haftbar gemacht werden könne, noch wie die Höhe des Schadenersatzes zu ermitteln sei, zu dessen Zahlung sie verurteilt werden kann²⁵³. Es ist der zitierten Entscheidung – abgesehen davon, dass über die Voraussetzungen der Haftung nicht abgesprochen wurde – auch keine Schadensdefinition entnehmbar²⁵⁴, mithin unklar, wer als Geschädigter anzusehen ist!

*„In Ermangelung einschlägiger Unionsvorschriften ist es Sache jedes Mitgliedstaats, in seiner internen Rechtsordnung die Kriterien zu bestimmen, auf deren Grundlage der Schaden aufgrund eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens festzustellen und zu bemessen ist“*²⁵⁵.

²⁵¹ Windisch-Graetz in Mayer/Stöger, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 45 AEUV Rz 9 mwN (Stand: August 2012, rdb.at)

²⁵² EuGH, 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*

²⁵³ EuGH, 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*, Rz 86

²⁵⁴ Die ihrerseits selbstverständlich auch eine Voraussetzung der Haftung ist

²⁵⁵ EuGH, 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*, Rz 90

Wiewohl die Mitgliedstaaten zwar die Voraussetzungen zur Erlangung von Schadenersatz regeln können, sind sie in deren Regelungsbefugnis durch den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz beschränkt²⁵⁶.

Inhaltlich besagt der Äquivalenzgrundsatz, dass ein Anspruch aus dem Unionsrecht nicht unter schwierigeren Prämissen zu erlangen sein darf als ein gleichwertiger nationaler Anspruch, bzw dessen Geltendmachung überhaupt unmöglich ist. Der Effektivitätsgrundsatz besagt, dass die praktische Wirksamkeit nicht verletzt werden darf.

Die Begrenzung der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis durch den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz kann verhindern, dass ein Mitgliedstaat zur Erlangung von Schadenersatz schwierigere Bedingungen einführt als für nationale Schadenersatzansprüche oder deren Geltendmachung überhaupt verhindert. Eine Regelung etwa, die den Schadenersatz im Bereich der RMRL ausschliesse oder extrem kurze Verjährungsfristen vorsähe, wäre unzulässig. Wenn allerdings der „Verlust einer Chance“ nach nationalem Recht nicht ersatzfähig wäre bzw die nationale Schadensdefinition nicht erfüllte, wäre dies mit dem Äquivalenzgrundsatz vereinbar, zumal dann rein innerstaatliche Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt würden. Ob es auch mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar wäre, kann nur durch einen Vergleich mit einer unionsrechtlichen Schadensdefinition gesagt werden. Dass es also eine unionsrechtliche Schadensdefinition geben muss, zeigt sich auch daran, dass der nationale Schadensbegriff im Hinblick auf die Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes an diesem zu messen ist.

²⁵⁶ EuGH, 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*, Rz 92

Bei der Bestimmung des Art 2 Abs 1 lit c RMRL „handelt es sich um eine Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen. Nach einer nach dem Erlass der Richtlinie 89/665 entwickelten, aber seitdem ständigen Rechtsprechung folgt dieser Grundsatz aus dem Wesen der Unionsrechtsordnung. Der Gerichtshof hat entschieden, dass ein geschädigter Einzelner einen Entschädigungsanspruch hat, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an den Einzelnen, der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert, und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang“²⁵⁷.

Vor dem Hintergrund der obigen Überlegungen ist die Schadensdefinition des Unionsrechts heranzuziehen. Die Argumentation des EuGH, wonach die schadenersatzrechtliche Regelung der RMRL als Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung des Staates zu betrachten ist, liefert ein weiteres Argument dafür, die Schadensdefinition nicht dem nationalen Recht zu entnehmen, sondern der Rechtsprechung zur Staatshaftung bzw der Unionshaftung, also dem Ursprung der Staatshaftung.

²⁵⁷ EuGH, 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*, Rz 87

3.6. Der Schaden im Unionsrecht:

Einen ersten Anhaltspunkt, was als Schaden zu verstehen ist, kann selbstverständlich die Rechtsprechung des EuGH zum Schadensbegriff des Art 340 AEUV geben. Nach dieser ist der Begriff des Schadens weit zu verstehen²⁵⁸, und die Ersatzpflicht umfasst jedenfalls den materiellen Schaden, worunter auch der entgangene Gewinn und der Verlust einer Chance auf bestimmte Einkünfte²⁵⁹ verstanden wird. Festzuhalten ist zunächst, dass der Verlust einer Chance im Unionsrecht eine eigene, anerkannte Kategorie von Schäden ist²⁶⁰.

In der Entscheidung *Pitsiorlas*²⁶¹ war das Gericht damit befasst, dass der Kläger – soweit für gegenständliche Arbeit von Interesse – Zugang zu der Basel/Nyborg-Vereinbarung über die Stärkung des Europäischen Währungssystems (EWS), der der Rat der Wirtschafts- und Finanzminister bei seinem informellen Treffen in Nyborg (Dänemark) am 12. September 1987 zugestimmt hat, begehrte²⁶². Diesen Zugang hätte er für seine rechtswissenschaftliche Dissertation gebraucht, da diese Dokumente für sein Forschungsthema von Interesse waren. Der Zugang wurde ihm allerdings nicht gewährt. Er brachte gegen die abschlägige Entscheidung eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung des Rates bzw der EZB ein und begehrte Schadenersatz.

Seine Schadenersatzforderung begründete er damit, dass er infolge des Nichterlangens eines Dokortitels – er konnte seine Dissertation infolge der Verweigerung des Zugangs zu den Dokumenten nicht abschließen – diesen Titel nicht einsetzen konnte und

²⁵⁸ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 340 AEUV (Stand: März 2013, rdb.at) Rz 14 mwN

²⁵⁹ EuG 27. 11. 2007, T-3/00 und T-337/04, *Pitsiorlas/Rat und EZB*

²⁶⁰ Vgl etwa EuGH 21. 2. 2008 C-348/06p Rz 55; EuG 21. 3. 1996 T-230/94 Rz 43ff; EuG 27. 11. 2003 verb Rs T-331/00 und T-115/01 Rn 194ff; EuG 20. 9. 2005 T-195/05R Rn 135; EuG 8. 5. 2007 T-271/04 Rn 176ff; Nehl/Wurmnest, EuR 2001, 101; *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 347ff

²⁶¹ EuG 27. 11. 2007, T-3/00 und T-337/04, *Pitsiorlas/Rat und EZB*

²⁶² EuG 27. 11. 2007, T-3/00 und T-337/04, *Pitsiorlas/Rat und EZB* Rz 23

dementsprechend einen materiellen Schaden hätte, der im Verlust des Einkommens bestünde, das er bei einer Anstellung als Jurist bei internationalen Organen oder Einrichtungen wie der EZB oder dem Internationalen Währungsfonds (IWF) erhalten hätte.

Das Gericht wies das Schadenersatzbegehren zwar ab, mit der Begründung, dass „*der Verlust einer Chance zwar einen zu ersetzenden Schaden darstellen kann*“, aber „*die Ausführungen des Klägers zu seinen Chancen, nach der erfolgreichen Fertigstellung seiner Dissertation bei der EZB oder einer anderen Einrichtung eine Stelle zu erhalten, in Wirklichkeit reine Spekulation [seien].*“ wohingegen „*[beim Verlust einer Chance der Schaden] gleichwohl aber tatsächlich und sicher sein muss, damit er wirksam ersetzt werden kann*“.

3.6.1. Fälle aus dem Beamtenrecht

Die meisten Fälle im Zusammenhang mit entgangenen Chancen im Unionsrecht stammen aus dem Beamtenrecht²⁶³.

Wegen der hohen Bedeutung für diese Arbeit sollen die Ausführungen des EuGH zum „Verlust einer Chance“ der Rs C-348/06p wörtlich zitiert werden, Hervorhebungen durch den Autor:

„Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass Frau Girardot durch den Rechtsverstoß der Kommission sicher und unwiederbringlich die Chance verloren hat, nach Abschluss des

²⁶³Oskierski, Schadenersatz, 354

*im vorliegenden Rechtsstreit fraglichen Auswahlverfahrens auf eine Stelle bei diesem Organ eingestellt zu werden, und damit **der Verlust dieser Chance für sie einen tatsächlichen und sicheren Schaden** darstellt.*“²⁶⁴

3.6.2. Die Entscheidung EuGH 6. 2. 1986 verb Rs 173, 157 und 186/84, *Castille*²⁶⁵

In diesem Fall hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, ob und wenn ja, inwieweit ein Schadenersatzanspruch für eine – rechtswidrig – verspätet erstellte Beamtenbeurteilung zu bejahen sei. Hintergrund war derjenige, dass ein Beamter aufgrund der verspätet erstellten Beurteilung seine Chance auf Beförderung verloren hatte. Wesentlich ist der Umstand, dass der Beamte nicht nachweisen konnte, dass zwischen dem Nichtvorliegen der Beurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beförderung und der faktischen Nichtbeförderung ein Kausalverhältnis bestand²⁶⁶. Es ging nicht darum, dass er nicht befördert wurde, sondern dass er gerade die Chance auf die Beförderung verloren hatte.

Den Begriff der „Chance“ – im hier verwendeten Sinn – kann man möglicherweise besser fassen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bei der Prüfung des Vorliegens eines Schadens gefragt wird, ob ein Erfolg (nämlich der Schaden) ausgeblieben wäre, wenn das schädigende Verhalten nicht gesetzt worden wäre, wohingegen beim Verlust der Chance

²⁶⁴ EuGH 21. 2. 2008 C-348/06p Rz 55; vgl auch: EuG 21. 3. 1996 T-230/94 Rz 43ff; EuG 27. 11. 2003 verb Rs T-331/00 und T-115/01 Rn 194ff; EuG 20. 9. 2005 T-195/05R Rn 135; EuG 8. 5. 2007 T-271/04 Rn 176ff; Nehl/Wurmnest, Die Verfahrens- und haftungsrechtliche Bedeutung der Sorgfaltspflicht der Verwaltung in EuR 2001, 101; *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 347ff

²⁶⁵ EuGH 6. 2. 1986 verb Rs 173, 157 und 186/84, *Castille*

²⁶⁶ *Oskierski*, Schadenersatz, 355

zu fragen ist, ob der gewollte Erfolg (nämlich zB eine Beförderung) durch das schädigende Verhalten mit Sicherheit ausgeschlossen wurde.

Der EuGH sprach aus, dass „*die Verspätung bei der Abgabe der Beurteilungen [....] jedoch für sich allein schon deshalb geeignet [sei], dem Beamten zu schaden, weil der Ablauf seiner Laufbahn beeinträchtigt werden kann, wenn zu einem Zeitpunkt, zu dem Entscheidungen, die ihn angehen, getroffen werden müssen, eine solche Beurteilung fehlt*“²⁶⁷.

Der EuGH spricht also eindeutig davon, dass eine entgangene Chance auf Beförderung ein Schaden ist, (welcher zu ersetzen sei)²⁶⁸.

Eindeutig belegt ist durch diese Entscheidungen also der Umstand, dass der Verlust einer Chance vom EuGH als Schaden anerkannt wird. Weiters sind die obigen Überlegungen analog auf die hier untersuchte Problemsituation des Verlustes einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren anwendbar. Die Interessenlage ist nahezu identisch. Im Fall *Castille* verliert jemand durch rechtswidriges Handeln die Chance darauf, befördert zu werden. Durch nicht gestrichene, diskriminierende Ausschreibungsbedingungen verliert jemand die Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren mit – in weiterer Folge – der Möglichkeit, darauf den Auftrag zu erhalten. In beiden Fällen ist nicht klar, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Handlung und dem Schaden besteht. In einem Fall ist unklar, ob der Beamte tatsächlich befördert worden wäre, wenn die Beurteilung rechtskonform erstellt worden wäre. Im anderen Fall ist nicht klar, ob der Geschädigte den Zuschlag bei rechtskonformer Ausschreibung erhalten hätte.

²⁶⁷EuGH 6. 2. 1986 verb Rs 173, 157 und 186/84 Rz 36

²⁶⁸ So auch Oskierski, Schadenersatz 355

Aufgrund der nahezu identischen Interessenlage in beiden Fällen müssen die Überlegungen des EuGH im Fall Castille auch auf die Fälle des Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren angewendet werden. Zwingend muss daher – in völlig analoger Weise – der Schluss gezogen werden, dass die Aufnahme rechtswidriger, diskriminierender Ausschreibungsbedingungen für sich schon deshalb geeignet ist, dem Interessenten zu schaden, weil dieser sich nicht an einem Vergabeverfahren beteiligen kann, in welchem er die Chance darauf hat, den Zuschlag zu bekommen.

3.6.3. Die Entscheidung T-195/05R, Deloitte

In diesem Zusammenhang ist näher auf die Entscheidung T-195/05R des EuG einzugehen²⁶⁹. Ausgangssachverhalt dieser Entscheidung war der Ausschluss eines Bieters in einem Vergabeverfahren. Die Kommission schrieb die Vergabe eines Rahmenvertrags mit der Bezeichnung „Rahmenvertrag zur Bewertung der politischen Tätigkeitsbereiche der GD SANCO, Los Nr. 1 (öffentliche Gesundheit) — Ausschreibung Sanco/2004/01/141" aus. Der Leistungsgegenstand des Vertrages bestand in näher spezifizierten Untersuchungen und Dienstleistungen. In den Verdingungsunterlagen waren auch bestimmte Ausschlussgründe für Bieter geregelt. Soweit hier von Interesse, war als Ausschlussgrund explizit angeführt, dass Bewerber oder Bieter von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden, die sich im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens in einem Interessenkonflikt befinden.

Der betroffene Bieter in gegenständlicher Rechtssache wurde von der Kommission darüber informiert, dass der mit dem Auftrag befasste Bewertungsausschuss zu dem

²⁶⁹ EuG 20. 9. 2005, T-195/05R, Deloitte

Schluss gekommen sei, dass bei Euphet die Gefahr eines Interessenkonflikts bestehe und er deshalb ausgeschlossen werde.

Das Gericht erkannte, dass durch den Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren Euphet die Chance genommen wurde, den Auftrag zu erhalten und daraus die verschiedenen — finanziellen und immateriellen — Vorteile zu ziehen, die gegebenenfalls mit der Ausführung des Rahmenvertrags verbunden wären²⁷⁰.

Folglich muss der Schaden, „*der für die Antragstellerin aus dem Verlust dieser Chance besteht, in diesem Stadium und angesichts des Vorbringens im Verfahren der einstweiligen Anordnung als tatsächlich und sicher im Sinne der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung angesehen werden.*“²⁷¹

Der Verlust der Chance im Rahmen eines Vergabeverfahrens wurde also eindeutig als Schaden anerkannt, wenngleich diese Aussage auf die einstweilige Anordnung beschränkt wurde²⁷².

Festzuhalten ist also, dass der Verlust einer Chance durchaus ein Schaden im Sinne des Unionsrechtes ist. Eine genaue Analyse des Verlustes einer Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und Übertragung der erwähnten Grundsätze folgt weiter unten. Eine ausdrückliche positiv-rechtliche Definition des Schadens im unionsrechtlichen Sinne, entsprechend dem österreichischen § 1293 ABGB, fehlt im Unionsrecht²⁷³. Denkbar ist daher allenfalls, dass – im Sinne eines von der Rechtsprechung gebildeten Schadensbegriffes – dieser letztlich fragmentarisch bleibt und insofern Lücken auftreten.

²⁷⁰ EuG 20. 9. 2005, T-195/05R, Deloitte Rz 135

²⁷¹ EuG 20. 9. 2005, T-195/05R, Deloitte Rz 145

²⁷² EuG 20. 9. 2005, T-195/05R, Deloitte Rz 145

²⁷³ In diese Richtung auch: *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 74

Sollte eine Lücke vorliegen, so könnte man diese, trotz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, mit Regelungen des nationalen Rechts füllen²⁷⁴. Denkbar wäre also, die Schadensdefinition des § 1293 ABGB heranzuziehen. Diese Lückenfüllung mit nationalem Recht findet allerdings dort ihre Grenze, wo durch diese Vorgangsweise die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts verloren ginge. Folglich können also Voraussetzungen der Gewährung von Schadenersatz, mithin also auch eine Schadensdefinition, nur insoweit dem nationalen Recht entnommen werden, sofern deren Heranziehung die Erlangung von Schadenersatz nicht ungünstiger bzw überhaupt praktisch unmöglich macht²⁷⁵.

3.6.4. Nachprüfungsverfahren

Zur Festlegung, was unter einem Schaden im unionsrechtlichen Sinne zu verstehen ist und ob der Verlust der Chance darunter subsumiert werden kann, ist eine Betrachtung der Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens fruchtbar.

Zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist nämlich derjenige legitimiert, dem – zu den weiteren Erfordernissen sogleich – aus einer (behaupteten) Rechtswidrigkeit ein Schaden droht oder sogar bereits ein Schaden entstanden ist²⁷⁶. Zwingend folgt daher aus der Rechtsprechung zur Antragslegitimation, was als Schaden – zumindest in diesem Kontext – zu verstehen ist, zumal ja ansonsten keine Antragslegitimation vorläge.

²⁷⁴ EuGH, Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 (2665, Rn. 17) – Deutsche Milchkontor zit nach Frenz, Handbuch Europarecht Band 5, 146 Rz 440

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-46 u. 48/93, Slg. 1996, I-1029 – Brasserie du pêcheur; Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (10312, Rn. 58) – Köbler; BGHZ 134, 30 (36).zit nach HB EuR 5, 147 Rz 441

²⁷⁶ Art 1 Abs 3 RMRL

3.6.4.1. Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren

Artikel 1 Abs 1 der RMRL²⁷⁷ besteht aus vier Unterabsätzen. Diese lauten:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 und 37 jener Richtlinie ausgeschlossen sind.

Sie gilt zudem für von öffentlichen Auftraggebern vergebene Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, sofern diese Konzessionen nicht gemäß den Artikeln 10, 11, 12, 17 und 25 jener Richtlinie ausgeschlossen sind.

Aufträge im Sinne dieser Richtlinie umfassen öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Bauaufträge, Dienstleistungskonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f dieser Richtlinie auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können.“

²⁷⁷ RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU

Die ersten drei Unterabsätze regeln den sachlichen Anwendungsbereich der Rechtsmittelrichtlinie, wohingegen der vierte Unterabsatz die Notwendigkeit eines Nachprüfungsverfahrens normiert²⁷⁸.

Die RMRL verweist in ihrem ersten Artikel im ersten Unterabsatz auf die klassische Vergaberechtsrichtlinie²⁷⁹ und im zweiten Unterabsatz auf die Konzessionsvergaberichtlinie²⁸⁰. Die im dritten Unterabsatz verwendeten Begriffe (öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Bauaufträge, Dienstleistungskonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme) sind solche, die aus dem materiellen Vergaberecht stammen²⁸¹. Die Frage des sachlichen Anwendungsbereiches der RMRL ist daher aus dem materiellen Vergaberecht zu beantworten.

Gemäß dem vierten Unterabsatz ergreifen die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f dieser Richtlinie auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können²⁸².

Durch diese Regelung im vierten Unterabsatz der RMRL wird die Notwendigkeit der Einführung eines Nachprüfungsverfahrens normiert. Problembereiche und Begriffsdefinitionen dieser zentralen Rechtsschutznorm sollen im Folgenden beleuchtet werden.

²⁷⁸ Art 1 Abs 1 RMRL

²⁷⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG

²⁸⁰ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

²⁸¹ Richtlinie 2014/24/EU und Richtlinie 2014/23/EU

²⁸² Art 1 Abs 1 UA 4 RMRL

3.6.5. Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers

Zunächst soll diskutiert werden, was unter „Entscheidungen“ der öffentlichen Auftraggeber zu verstehen ist. Nur diese „Entscheidungen“ müssen nachgeprüft werden können. Bei der „Entscheidung“ handelt es sich also um dasjenige Verhalten bzw denjenigen Akt des öffentlichen Auftraggebers, der einer Nachprüfung unterzogen werden kann²⁸³. Eine Definition dessen, was unter „Entscheidung“ zu verstehen ist, findet sich weder in der RMRL noch in den materiell-rechtlichen Vergaberichtlinien.

Zur Klärung der Frage, was unter „Entscheidung“ im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist, muss weiter ausgeholt werden. Eine Interpretation dieses Begriffes soll mithilfe einer Analyse der möglichen rechtlichen Konstruktionen der Regelungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe erreicht werden.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge kann – auf einem gewissen Abstraktionsniveau betrachtet – rechtlich auf zwei grundlegende Arten stattfinden²⁸⁴. Zum einen kann sie mit den Mitteln des Privatrechts erfolgen, zum anderen kann sie im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens stattfinden, in dem der öffentliche Auftraggeber mit Hoheitsgewalt auftritt. Welches dieser beiden grundsätzlichen Verfahren zur Anwendung gelangt, ist in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich.

In den Fällen, in denen der Staat die Vergabe öffentlicher Aufträge mit den Mitteln des Privatrechts vollzieht, besteht grundsätzlich – sofern nicht eben mit Normen des Vergaberechts gegengesteuert wird – ein Rechtsschutzdefizit.

Welche Rechtsschutzmöglichkeiten der Einzelne hat, hängt davon ab, ob er im Rahmen dieses „Vergabeverfahrens“ beteiligt war oder nicht. Im ersten Fall könnte er,

²⁸³ Auf die Unionsrechtskonformität der Unterteilung in gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen im österreichischen Recht wird hier nicht weiter eingegangen

²⁸⁴ Vgl zu diesen Ausführungen *Öhler*, Rechtsschutz, 80ff

infolgedessen er ja durch seine Beteiligung ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit dem öffentlichen Auftraggeber hat – unter den sonstigen Voraussetzungen – Ansprüche aus culpa in contrahendo geltend machen.

Im letzteren Fall – und hier liegt das Rechtsschutzdefizit – hat jemand, mit dem der Auftraggeber die Aufnahme von Vertragsverhandlungen verweigert und der daher nicht am Vergabeverfahren beteiligt war – mangels Anspruchsgrundlage – keine Möglichkeit, Rechtsschutz zu erlangen. In diesem System der privatrechtlichen öffentlichen Auftragsvergabe sind die Entscheidungen, die der öffentliche Auftraggeber im Laufe des Verfahrens trifft, als Willens- oder Wissenserklärungen zu qualifizieren²⁸⁵.

Anders gestaltet sich die Lage in Systemen, in denen die öffentliche Auftragsvergabe in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren erfolgt²⁸⁶. In Frankreich werden Verträge, die der Staat abschließt, in Verträge des Privatrechts einerseits und sogenannte „öffentlich-rechtliche“ Verträge andererseits unterteilt. Zunächst hat die Qualifikation als privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag zur Konsequenz, dass unterschiedliche Behörden zur Beilegung von Streitigkeiten daraus zuständig sind. Bei privatrechtlichen Verträgen sind die Zivilgerichte zuständig, bei öffentlich-rechtlichen Verträgen die Verwaltungsgerichte.

Anfang der 1960er Jahre wurde in Frankreich die sogenannte „théorie de l’acte détachable“ entwickelt. Nach allgemeinem französischen Verwaltungsrecht war Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten lediglich gegen Verwaltungsakte möglich²⁸⁷.

Die „théorie de l’acte détachable“ ermöglichte nun auch Rechtsschutz gegen den dem Vertragsabschluss vorausgehenden Akt der Zuschlagserteilung bzw überhaupt gegen irgendwelche Akte im Vorfeld des Vertragsabschlusses²⁸⁸. Diese Theorie soll sowohl den

²⁸⁵ Vgl zu diesen Ausführungen *Öhler*, Rechtsschutz, 80

²⁸⁶ Vgl zum Folgenden: *Öhler*, Rechtsschutz, 77ff mwN

²⁸⁷ *Öhler*, Rechtsschutz, 78

²⁸⁸ ebenda

an einem Vergabeverfahren beteiligten Bietern als auch den nicht am Vergabeverfahren beteiligten Interessenten die Möglichkeit geben, in ein laufendes Vergabeverfahren einzugreifen und Entscheidungen, die gegen die Vergabevorschriften verstoßen, durch Gerichte überprüfen zu lassen²⁸⁹.

Die RMRL machen sich das Prinzip der „*théorie de l’acte détachable*“ zu eigen und schreiben eine Anfechtbarkeit jedes dieser Einzelschritte (= der Entscheidungen) vor²⁹⁰.

Zusammenfassend ist der in der RMRL verwendete Begriff der „Entscheidung“ im Sinne dieser Theorie zu interpretieren. Entscheidung ist daher jeder selbstständige Verwaltungsakt im Verlauf eines Vergabeverfahrens.

3.6.6. Der Prüfungsmaßstab der Rechtsmittelrichtlinie

Hinsichtlich der Frage, gegen welche Normen verstoßen werden muss, um dies in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen zu können, findet sich die einschlägige Regelung in Art 1 UA 4 RMRL.

Dieser normiert, dass eine Überprüfung erstens bei „*Verstößen gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens*“ und zweitens bei „*Verstößen gegen nationale Vorschriften, die dieses Recht umsetzen*“, durchgeführt werden können muss²⁹¹.

Das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ist jedenfalls quantitativ mehr als nur die materiellen VergabeRL. Vielmehr ist darunter das *gesamte* Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, also auch das Primärrecht, zu verstehen²⁹².

²⁸⁹ ebenda

²⁹⁰ Öhler, Rechtsschutz, 80

²⁹¹ Art 1 UA 4 RMRL

²⁹² Öhler, Rechtsschutz, 131; Schenk, Vergaberecht, 97

Hinsichtlich des einzelstaatlichen Rechts findet sich allerdings eine Einschränkung dergestalt, dass nicht das gesamte einzelstaatliche Recht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, sondern lediglich eine Verletzung desjenigen Rechts, welches das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens umsetzt, als Grundlage für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens herangezogen werden kann. Schon aus dem Wortlaut folgt also, dass die Verletzung einzelstaatlicher Vorschriften, welche nicht Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens umsetzen, nicht zwingend zu einer Klagebefugnis führen muss²⁹³.

Dies ist bei nationalen Regelungen die sachlich nichts mit der öffentlichen Auftragsvergabe, also Vergaberecht im materiellen Sinn, zu tun haben, völlig klar. Bedeutsam ist diese Ausnahme allerdings bei nationalen, spezifisch vergaberechtlichen Regelungen, die einen Bereich betreffen, der im materiellrechtlichen Unionsvergaberecht nicht enthalten ist, die also, wie entgegen der Regelung des Art 1 UA 4 RMRL geregelt, das Unionsrecht nicht umsetzen²⁹⁴.

Hinsichtlich solcher Regelungen steht es also im Belieben der Mitgliedsstaaten, ob sie wegen Verletzung dieses nationalen Rechts die Klagebefugnis für ein Nachprüfungsverfahren einräumen oder nicht. Wesentlich dabei ist jedoch, dass für den Fall, dass eine solche Klagebefugnis eingeräumt wird, diese dann allen und nicht etwa nur den inländischen Unternehmen zustehen muss.

Dies ergibt sich klar aus Art 1 Abs 2 RMRL, welcher normiert, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führen darf, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten²⁹⁵.

²⁹³ *Schenk*, Vergaberecht, 97

²⁹⁴ e contrario aus Art 1 UA 4 RMRL

²⁹⁵ Art 1 Abs 2 RMRL

Eine solche Diskriminierung könnte beispielsweise dergestalt erfolgen, dass durch einzelstaatliche Regelungen, die inhaltlich über das Unionsrecht hinausgehende Rechte schaffen, eine Durchsetzung dieser Rechte den inländischen Unternehmen vorbehalten bleibt.

In ihrem ursprünglichen Vorschlag²⁹⁶ hatte die Kommission – anstelle der nunmehr in der RMRL umgesetzten Regelung – „[...] *Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die **einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen***“ noch die Formulierung „[...] *gegen die Gemeinschaftsregelung und/oder die einzelstaatliche Regelung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstoßen*“ vorgesehen. Auch in ihrem geänderten Vorschlag²⁹⁷ fand sich noch diese Formulierung.

Auf Basis dieser ursprünglich geplanten Regelungsgrundlage wäre das gesamte innerstaatliche Recht aus dem Bereich des öffentlichen Auftragswesens Maßstab für die Nachprüfung gewesen²⁹⁸.

*Schenk*²⁹⁹ ist dahingehend zu folgen, dass durch diese Formulierung einerseits erreicht werde, dass sich die an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen unionsweit auf einen Mindestbestand hinsichtlich des Rechtsschutzes verlassen können und es andererseits den Mitgliedsstaaten möglich sei, über das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens hinausgehende vergaberechtliche Regelungen bzw Rechte zu verleihen.

²⁹⁶ KOM (87) 134 endg.

²⁹⁷ KOM (88) 733 endg.

²⁹⁸ So auch Schenk, Vergaberecht, 97

²⁹⁹ ebenda

3.6.6.1. Die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren

Die zentrale, europarechtliche Norm hinsichtlich der Antragslegitimation ist Art 1 Abs 3 der RMRL³⁰⁰. Diese sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

Diese Bestimmung sieht damit zwei wesentliche Bedingungen vor, die vorliegen müssen, damit jemand zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens antragslegitimiert sein muss.

Zunächst einmal muss das Nachprüfungsverfahren zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte³⁰¹.

Weitere Voraussetzung ist, dass dieser Person durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese beiden Bedingungen müssen kumulativ vorliegen. Das folgt daraus, dass die beiden Bedingungen in der Richtlinie mit einem „und“ verknüpft sind. Durch die Wendung „durch einen behaupteten Rechtsverstoß“ ist klargestellt, dass zwischen dem behaupteten Rechtsverstoß einerseits und dem bereits entstandenen Schaden bzw dem drohenden Schaden ein Kausalverhältnis bestehen muss³⁰².

³⁰⁰ RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU

³⁰¹ Art 1 Abs 3 RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU

³⁰² So auch *Schenk*, Vergaberecht, 109; *Keisler*, Recht auf Widerruf? in RPA 2007, 270; *Thienel* in S/A/F/T, BVergG 2006 § 320 Rz 1

Wesentlich in diesem Zusammenhang ist die Feststellung, dass „zumindest“ den Personen, die die obigen Voraussetzungen erfüllen, die Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens aufgrund der unionsrechtlichen Vorschriften zustehen muss. Auf nationaler Ebene kann dieser Kreis auch weiter gezogen werden³⁰³. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, den Kreis der antragslegitimierten Personen weiter zu fassen als vom Unionsrecht gefordert, kann nach zwei Dimensionen erfolgen.

Zunächst kann die Befugnis, ein Nachprüfungsverfahren zu beantragen, auf den Auftraggeber ausgeweitet werden. Dies ist selbstverständlich denknotwendig nur in einem Verfahren gegen eine Entscheidung der Nachprüfungsbehörde möglich, da ja quasi in erster Instanz nicht der Auftraggeber gegen seine eigene Entscheidung vorgehen kann³⁰⁴, wobei in diesem Zusammenhang – strenggenommen – zwischen der Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens einerseits und der Rechtsmittellegitimation gegen Entscheidungen der Nachprüfungsbehörde andererseits unterschieden werden muss.

Die andere Dimension, in der die Mitgliedsstaaten den Kreis der antragslegitimierten Personen erweitern können, ist derjenige, dass nicht einmal die von Art 1 Abs 3 geforderten Mindestkriterien erfüllt sein müssen. In concreto ist es also denkbar, dass von der Voraussetzung des Interesses an einem bestimmten Auftrag oder vom Eintritt oder zumindest dem Bedrohtsein von einem Schadenseintritt abgesehen wird. Selbst der Entfall jeglicher Voraussetzungen, womit quasi eine Art Popularklage installiert würde, wäre unionsrechtlich zulässig.

Diese Überlegungen sind daher überwiegend von theoretischer Relevanz – in der Praxis ist nicht die Frage zu beantworten, ob der Kreis der antragslegitimierten Personen vom nationalen Gesetzgeber zu weit gezogen ist, sondern, ganz im Gegenteil, ob er nicht zu eng gezogen ist, ob also nicht bestimmten Personen vom nationalen Recht keine

³⁰³ Vgl. EuGH C-570/08 „Lefkosias“

³⁰⁴ Vgl. dazu die Argumentation der zyprischen Regierung bei Lefkosias (Schlussanträge Generalanwalt) ECLI:EU:C:2010:301

Antragslegitimation eingeräumt wird, obwohl dies unionsrechtlich zwingend notwendig wäre.

3.6.7. Kreis der antragslegitimierte Personen

In der Rechtssache C-570/08 Lefkosias³⁰⁵ war der EuGH mit der Frage befasst, ob eine Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber vorgesehen werden müsste, die diesem ermöglicht, die Aufhebung einer Entscheidung der Nachprüfungsbehörde vor einer gerichtlichen Instanz anzufechten.

3.6.7.1.1.1. *Verfahrensbeteiligte*

An diesem Rechtsstreit waren der „Symvoulío Apochetefseon Lefkosias“ (Stadtentwässerungsamt Lefkosia) einerseits und der „Anatheoritiki Archi Prosforon“ andererseits beteiligt.

Bei Ersterem handelte es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts, welche die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers hat. Bei Letzterem handelt es sich um eine Verwaltungsbehörde, deren Aufgabe darin besteht, die Anträge auf Nachprüfung der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber zu prüfen³⁰⁶. Es handelt sich bei diesem Verfahren vor dem EuGH somit um einen Rechtsstreit zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer Nachprüfungsbehörde.

³⁰⁵ EuGH 21. 10. 2010 C-570/08, Lefkosias

³⁰⁶ Vgl. EuGH 21. 10. 2010 C-570/08, Lefkosias Rz 2

3.6.7.1.1.2. Sachverhalt

Das Stadtentwässerungsamt Lefkosias (Symvoulío Apochetefseon Lefkosias) hat im Rahmen eines Vergabeverfahrens einem Bieter den Zuschlag erteilt. Gegen diesen Zuschlag brachte ein konkurrierendes Unternehmen einen Nachprüfungsantrag ein. In weiterer Folge hob die Anatheoritiki Archi Prosforon am 14. Februar 2006 die Entscheidung hinsichtlich des Zuschlags auf. Gegen diese Entscheidung des Anatheoritiki Archi Prosforon erhob der Auftraggeber, das Stadtentwässerungsamt Lefkosias, Klage bei der zuständigen Kammer des Anotato Dikastiriotis Kypriakis Dimokratias (Oberster Gerichtshof der Republik Zypern) und begehrte die Aufhebung der genannten Entscheidung des Anatheoritiki Archi Prosforon.

Aufgrund unterschiedlicher Erwägungen³⁰⁷, grundsätzlich hinsichtlich des zyprischen Rechts, hat die mit der Entscheidung befasste Kammer des Anotato Dikastiriotis Kypriakis Dimokratias das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Erkennt Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665 den öffentlichen Auftraggebern ein Recht auf gerichtliche Nachprüfung von Aufhebungsentscheidungen zu, die von für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen getroffen wurden, die keine Gerichte sind?“³⁰⁸

3.6.7.1.1.3. Entscheidung des EuGH

Nach der Entscheidung des EuGH ist Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass er für die Mitgliedstaaten keine Verpflichtung schafft, auch zugunsten öffentlicher Auftraggeber gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der für

³⁰⁷ EuGH 21. 10. 2010 C-570/08, Lefkosias Rz 17-22

³⁰⁸ EuGH 21. 10. 2010 C-570/08, Lefkosias Rz 22

Nachprüfungsverfahren auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge zuständigen Grundinstanzen, die keine Gerichte sind, vorzusehen³⁰⁹.

Weiters führt der EuGH aus, dass entsprechend der in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 normierten Verpflichtung „zumindest“ allen in dieser Bestimmung genannten Personen ein Nachprüfungsrecht zu gewährleisten ist und es auch im Hinblick auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten durchaus möglich sei, vorzusehen, dass auch den öffentlichen Auftraggebern eine Klagebefugnis gegen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen, die keine Gerichte sind, zusteht.

3.6.7.1.1.4. Rechtliche Analyse der Entscheidung

Zur Antragslegitimation der öffentlichen Auftraggeber gegen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen, die keine Gerichte sind, sind folgende Überlegungen anzustellen:

Zunächst einmal ist klar, dass ein öffentlicher Auftraggeber keine Befugnis hat, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Dies folgt schon aus der Natur der Sache. Der öffentliche Auftraggeber müsste ja seine eigene Entscheidung anfechten, was denk unmöglich ist. Diese Argumentationslinie wurde bereits von der zyprischen Regierung im Fall Lefkosias vertreten³¹⁰.

In dem Moment, in dem der EuGH es als zulässig erachtet, die Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber vorzusehen, gegen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen eine Klage vorzusehen, spricht er also von der Rechtsmittellegitimation im Nachprüfungsverfahren. Gleichzeitig wird die Möglichkeit dem öffentlichen Auftraggeber eine Rechtsmittellegitimation gegen Entscheidungen der

³⁰⁹ EuGH 21. 10. 2010 C-570/08, Lefkosias Rz 38

³¹⁰ Vgl Schlussanträge des Generalanwaltes im Fall Lefkosias ECLI:EU:C:2010:301

Nachprüfungsbehörde zu gewähren, eingeschränkt auf den Fall, dass die Nachprüfungsinstanz kein Gericht ist.

Dies ist damit zu begründen, dass gemäß Art 2 Abs 9 RMRL überhaupt nur die Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz die kein Gericht ist, neuerlich nachprüfbar sein muss. Hat also bereits in erster Instanz ein Gericht entschieden, muss diese Entscheidung nicht neuerlich überprüfbar sein und scheidet demzufolge naturgemäß auch eine Antragslegitimation des öffentlichen Auftraggebers aus.

Aus der Begründung des EuGH, dass die Antragslegitimation des öffentlichen Auftraggebers nur gegen Entscheidungen einer Nachprüfungsinstanz die kein Gericht ist, in Frage kommt, kann demzufolge nur geschlossen werden, dass die Zielrichtung nicht ist, dem öffentlichen Auftraggeber die Nachprüfung einer Entscheidung der Nachprüfungsinstanz zu ermöglichen, sondern vielmehr geht es darum, (auch) dem öffentlichen Auftraggeber zu ermöglichen, die Klärung der strittigen Frage an ein Gericht heranzutragen.

3.6.8. Antragslegitimation für Subunternehmer

Die Frage, ob dem Subunternehmer ein eigenes, also unabhängig von einem dem Hauptunternehmer zustehenden Recht aufgrund der RMRL gegeben ist, wurde in der Literatur unterschiedlich beantwortet³¹¹.

Ausgehend von der Formulierung in Art 1 Abs 3 RMRL, dass ein Antragsrecht „[....] zumindest jeder Person zur Verfügung stehen [muss], die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte [....]“ und das Interesse an einem bestimmten Auftrag weit zu verstehen ist, dass dieses nämlich rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch rein

³¹¹ Vgl. Schenk, Vergaberecht, 109

tatsächlicher Natur sein kann³¹², wäre ein Antragsrecht des Subunternehmers begründbar. Dieser hat unzweifelhaft ein solches „Interesse“ an einem bestimmten öffentlichen Auftrag und daher sei ihm ein Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zuzugestehen³¹³.

Die diesbezügliche Regelung in der englischen Fassung der Richtlinie lautet: „[....] at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract [....]“.

In diesem Sinne wird von den Kritikern der oben dargestellten Meinung, dass auch dem Subunternehmer ein Antragsrecht zuzubilligen sei, entgegengebracht, dass nicht einfach ein Interesse an einem bestimmten Auftrag bestehen müsse, sondern vielmehr ein Interesse daran bestehen müsse, Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers zu werden³¹⁴. In dieselbe Kerbe schlägt *Egger*³¹⁵, wenn er meint, dass es gegen die Antragslegitimation des Subunternehmers spräche, dass dieser nicht selbst am Vergabeverfahren teilnimmt und insbesondere nicht mitbietet.

Nicht nachvollzogen werden kann die Ausführung *Eggers*³¹⁶, dass bereits der Wortlaut der deutschen Fassung der RMRL gegen das Antragsrecht des Subunternehmers sprechen würde. Er führt diesbezüglich in einer Fußnote aus, dass der Unterschied zwischen der deutschen und anderen Fassungen, wie etwa der französischen und der englischen Fassung, *Schenks* Auffassung, der sich auf die deutsche Fassung stützt, widerspricht. Weiter erwähnt er, dass im Fall einer solchen Divergenz die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers zu ermitteln sei.

³¹² *Boesen* in *Gormley*, Gordische Knoten 47ff; *Schenk*, Vergaberecht 107; siehe unten „Das Interesse an einem bestimmten Auftrag 3.6.4.2.3

³¹³ *Schenk*, Vergaberecht S 109 mwN

³¹⁴ *Schenk*, Vergaberecht S 110 mwN

³¹⁵ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 335

³¹⁶ *Egger* aaO

Festzuhalten ist zunächst, dass ausgehend allein von der deutschen Fassung der RMRL dem Subunternehmer wohl ein Antragsrecht zuzubilligen sei. Dies ist aber lediglich ein gedanklicher Zwischenschritt auf dem Weg zur korrekten Interpretation dieser Norm. Es ist eben nicht allein die deutsche Fassung maßgeblich. Vielmehr sind die Versionen in sämtlichen Sprachen verbindlich³¹⁷. Insoweit ist *Egger* wohl zuzustimmen, wenn er meint, dass im Falle der Divergenz der unterschiedlichen Fassungen die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers zu ermitteln sei.

Wenn allerdings die semantische Interpretation keine Klarheit bringt, ist vom Grundsatz *in dubio pro communitate* auszugehen und folgert *Schenk* daraus, dass dieser Grundsatz im vorliegenden Fall zugunsten derjenigen Auffassung, die dem Subunternehmer ein Antragsrecht zubilligt, geht, weil dadurch ein weiterer Beitrag zur dezentralen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts geleistet wird³¹⁸.

Eine andere Kritik am eingangs erwähnten Standpunkt nimmt als Ausgangspunkt für die Interpretation die Zielrichtung der RMRL, den einzelnen vom Vergabeverfahren Betroffenen subjektive Rechte zu gewähren³¹⁹. Aufgrund des Umstandes, dass der Subunternehmer aber gerade über keine Rechte im Vergabeverfahren verfüge, diene die RMRL auch nicht seinem Schutz, weshalb eine Antragsbefugnis des Subunternehmers ausgeschlossen sei.

Grundsätzlich ist nach *Thienel* davon auszugehen, dass dem Subunternehmer keine Antragslegitimität zukommt, da ein unmittelbares Interesse am Vertragsabschluss notwendig sei, wohingegen das lediglich mittelbare Interesse des Subunternehmers dazu nicht ausreichend wäre³²⁰.

³¹⁷ Vgl dazu Art 55 EUV und Art 358 AEUV; welche Bestimmungen auch für das Sekundärrecht gültig sind: *Schenk*, Vergaberecht, 110;

³¹⁸ *Schenk*, Vergaberecht S 110

³¹⁹ *Boesen*, Vergaberecht § 107 Rn 46

³²⁰ *Thienel*, S/A/F/T, BVergG 2006, § 320 Rs 16ff

3.6.9. Das Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag

3.6.9.1.1.1. *Teleologie*

Im ursprünglichen Vorschlag³²¹ zum Erlass der RL 89/665/EWG der Kommission war noch vorgesehen, dass jedem Unternehmen oder Lieferanten, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligt hatte, ein Rechtsmittel gegen Beschlüsse der Auftraggeber zustehe, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen. Entsprechend diesem ursprünglichen Entwurf war also ein eingetretener oder zumindest drohender Schaden nicht erforderlich, sondern sollte gleichsam eine *actio popularis* eingeführt werden³²².

In den Beratungen des Rates wurde die Klageberechtigung auf die von der angefochtenen Entscheidung tatsächlich beschwerten Unternehmen eingeschränkt³²³.

Nach *Öhler* hat der Rat im Wesentlichen versucht, die infolge der in den Mitgliedsstaaten bestehenden unterschiedlichen Rechtsschutzsysteme verschiedenen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage durch die Formulierung des Art 1 Abs 3 dergestalt zu lösen, dass sowohl die Klagsvoraussetzungen des persönlichen Interesses als auch der verletzten Rechtssphäre in den Verfahrensordnungen der Mitgliedstaaten vereint werden³²⁴.

Dies erscheint allerdings unzutreffend. Im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission ist die letztlich normierte Variante qualitativ etwas anderes. Nach dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission war einzige Voraussetzung zur Antragslegitimation diejenige, am Vergabeverfahren beteiligt gewesen zu sein. Diese

³²¹ KOM (88) 733 endg.

³²² *Öhler*, Rechtsschutz, 156

³²³ *Öhler*, Rechtsschutz, 156

³²⁴ *Öhler*, Rechtsschutz, 156

Voraussetzungen der Antragslegitimation sind – im Vergleich zu der tatsächlich umgesetzten Variante – einerseits weiter und andererseits enger.

Wenn nunmehr „ein Interesse an einem bestimmten Auftrag“ erforderlich ist, so ist dies im Vergleich zu „am Vergabeverfahren beteiligt“ gewesen zu sein, ein weiterer Anwendungsbereich. Auf der anderen Seite reicht dieses „Interesse“ allein allerdings nicht aus. Es muss noch ein Schaden eingetreten sein oder zumindest drohen. Insofern ist die geregelte Variante der Antragslegitimation enger³²⁵.

Die Antragslegitimation – wie sie nunmehr geregelt ist – ist also qualitativ etwas anderes als noch im Vorschlag der Kommission. Im Übrigen ist die Frage, *wer* die Antragslegitimation besitzt, unionsrechtlich in der Rechtsmittelrichtlinie zu regeln, so dass sich gar keine Notwendigkeit ergibt, die unterschiedlichen Verfahrensregeln der Mitgliedsstaaten zu vereinen. Diese Frage unterliegt somit nicht der Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten.

3.6.10. Das „Interesse an einem bestimmten Auftrag“

Interessenten iS der Richtlinie sind bei einer öffentlichen Ausschreibung alle Bieter oder Bietwilligen³²⁶.

Dieses „Interesse“ ist weit zu verstehen³²⁷ und kann deshalb rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch rein tatsächlicher Natur sein³²⁸. Bietwillige sind also auch – ohne Angebotsabgabe – als Interessenten zu qualifizieren, wenn sie durch bestimmte

³²⁵ Zu diesen Ausführungen vgl auch *Schenk*, Vergaberecht, 107

³²⁶ M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 21

³²⁷ C. Bovis, The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market, 148; M. Tonne, Rechtsschutz, 379

³²⁸ J. Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts in EuZW 2000, 133ff; *Boesen* in *Gormley*, Gordische Knoten, 47ff;

Ausschreibungsbedingungen, die sie für rechtswidrig halten, an einer Bewerbung gehindert waren³²⁹.

Für den Fall, dass ein Unternehmen durch die Ausschreibungsbedingungen an der Angebotsabgabe gehindert war, ist sein Interesse am Auftrag dann als gegeben anzusehen, wenn es während des laufenden Vergabeverfahrens gegen die Ausschreibungsbedingungen vorgeht, nicht aber, wenn es sich erst gegen die Entscheidung über den Zuschlag wendet³³⁰.

Das „Interesse“ an einem bestimmten Auftrag

In der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service war der EuGH mit näheren Konkretisierungen hinsichtlich der Frage, was unter dem Interesse an einem bestimmten Auftrag zu verstehen ist, befasst. Die Vorlagefragen, die der Gerichtshof zu beantworten hatte, waren sinngemäß wie folgt:

Zunächst wollte das Bundesvergabeamt wissen, ob es hinsichtlich der Antragslegitimation ausreichend ist, wenn ein Unternehmen in einem Vergabeverfahren ein Angebot gelegt hat bzw sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren beworben hat³³¹. Im Falle der Verneinung dieser Frage wollte das Bundesvergabeamt wissen, ob ein Unternehmer ausschließlich dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreift, um die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern³³². Mit der dritten Vorlagefrage möchte das Bundesvergabeamt wissen, ob einem Unternehmer auch dann die rechtliche Möglichkeit eingeräumt werden muss, eine von ihm als rechtswidrig bzw diskriminierend erachtete Ausschreibung überprüfen zu lassen, wenn

³²⁹ Pietzcker in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV B18 Rz 26

³³⁰ M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 22; EuGH 12. 2. 2004, C-230/02, Grossmann Air Service

³³¹ EuGH 12. 2. 2004 Rs-230/02, Grossmann Air Service Rz 22

³³² ebenda

er zur Erbringung der ausgeschriebenen Gesamtleistung nicht fähig ist und daher in diesem Vergabeverfahren kein Angebot gelegt hat³³³.

Entscheidung des EuGH

Nach der Entscheidung des EuGH widerspricht es der RL, wenn das Interesse einer Person an einem Auftrag als entfallen gilt, weil sie es unterlassen hat, vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine Schlichtungsstelle anzurufen.

Im Ergebnis bedeutet dies also, dass ein Verfahren, welches aufgrund nationaler Regelungen dem eigentlichen, unionsrechtlich vorgesehenen Nachprüfungsverfahren vorgelagert ist, lediglich fakultativ ist, weil es – unionsrechtlich – keine Konsequenzen hat, wenn es nicht durchgeführt wird.

Im Rahmen seiner Begründung hinsichtlich dieses Entscheidungspunktes führt der EuGH aus, dass bereits in den Entscheidungen *Fritsch, Chiari & Partner*³³⁴ u. a. festgestellt wurde, dass Art 1 Abs 3 der RL den Mitgliedsstaaten die Festlegung der Bedingungen gestattet, unter denen sie den Unternehmen das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stellen. Es sei den Mitgliedsstaaten jedoch nicht erlaubt, den Begriff „Interesse an einem öffentlichen Auftrag“ in einer Weise auszulegen, die die praktische Wirksamkeit der RL beeinträchtigen kann. Durch die Notwendigkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle, wäre jedoch ein Widerspruch zum Beschleunigungs- und Effizienzgebot der RL geschaffen³³⁵.

Die Argumentation des EuGH ist höchst interessant. Im Wesentlichen läuft diese nämlich – auf einem gewissen Abstraktionsniveau – darauf hinaus, dass die Mitgliedsstaaten zwar bestimmte Regelungen erlassen können, diese aber andererseits nicht zur Interpretation von Unionsrecht herangezogen werden dürfen. Damit ist klargestellt, dass durch das

³³³ ebenda

³³⁴ EuGH 19. 6. 2003, C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner*

³³⁵ EuGH 12. 2. 2004 Rs-230/02, *Grossmann Air Service* Rz 42

nationale Recht auch nicht über den indirekten Weg der Interpretation des Unionsrechts letzterem Inhalte unterstellt werden dürfen, die eben dessen praktische Wirksamkeit beschränken würden.

3.6.11. Der Schaden

Weitere Voraussetzung zur Legitimation, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, ist das Vorliegen eines Schadens bzw zumindest der drohende Eintritt eines Schadens³³⁶.

Die Person, die ein Nachprüfungsverfahren einleiten möchte, muss einen Verstoß (ein solcherart behaupteter Verstoß könnte etwa darin liegen, dass der Auftraggeber insofern gegen materiellrechtliches Vergaberecht verstößt, indem er rechtswidrige Bedingungen in die Ausschreibung einführt. Er könnte beispielsweise fordern, dass das Produkt, das er zu kaufen beabsichtigt, von einer bestimmten Marke sein muss) gegen vergaberechtliche Regelungen behaupten, wodurch die Prüfrichtung hinsichtlich des entstanden oder drohenden Schadens vorgegeben bzw eingegrenzt wird. Behaupteter Verstoß und Schaden müssen in einem Kausalitätsverhältnis stehen. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Art 1 Abs 3 RMRL: „[...] durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“.

Schenk führt aus, dass sich aus der Entstehungsgeschichte der RMRL ergäbe, dass durch die Aufnahme der Schadensmöglichkeit in Art 1 Abs 3 Satz 1 die Klagebefugnis auf tatsächlich oder potentiell beschwerte Unternehmen begrenzt werden sollte³³⁷. Dem ist zuzustimmen³³⁸. Wenn er dann jedoch weiter ausführt, dass deshalb zwischen dem behaupteten Rechtsverstoß und dem von dem Unternehmen geltend gemachten drohenden Schaden Kausalität bestehen müsse, so ist festzuhalten, dass sich dieses

³³⁶ Art 1 Abs 3 RMRL

³³⁷ *Schenk*, Vergaberecht, 109

³³⁸ vgl KOM (88) 733 endg

Erfordernis bereits aus dem ausdrücklichen Wortlaut der RMRL ergibt, sohin die Entstehungsgeschichte gar nicht herangezogen werden muss.

Die Voraussetzung des Schadens ist grundsätzlich weit zu verstehen³³⁹, darüber hinaus ist für die Antragslegitimation nicht von Bedeutung, ob der Bieter bei rechtskonformer Vorgangsweise den Zuschlag erhalten hätte³⁴⁰. Nach *Egger* besteht der Schaden iSd RMRL eben darin, dass der Bieter um die „*Möglichkeit der Teilnahme an einem bestimmten Vergabeverfahren*“ gebracht wurde³⁴¹. So kann etwa in Irland für diesen „loss of a chance“ Schadenersatz verlangt werden³⁴².

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird „*die Nichtbeachtung der für einen öffentlichen Auftrag geltenden Richtlinie als Schaden für alle Bieter, die dadurch ausgeschaltet oder daran gehindert worden sind, sich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirksam am Wettbewerb zu beteiligen*“ gewertet³⁴³.

In der Rechtssache C-87/94 „Wallonische Busse“ leitete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien ein. Gegenstand des Feststellungsbegehrens der Kommission war, dass Belgien einerseits gegen die Verpflichtung aus der Richtlinie 90/531/EWG und andererseits gegen den – jeder Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe zugrunde liegenden – Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen hat.

Die Kommission hat im Rahmen dieses Verfahrens die Verstöße, welche Belgien vorgeworfen wurden, näher spezifiziert. Im Einzelnen handelte es sich dabei darum, dass Änderungen eines Angebotes, die nach Öffnung der Angebote vorgenommen wurden, noch Berücksichtigung fanden. Weiters wurde ein Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen, welcher den Auswahlkriterien der Auftragsunterlagen nicht entsprach.

³³⁹ *Schenk*, Vergaberecht, 108

³⁴⁰ *M. Tonne*, Rechtsschutz, 379;

³⁴¹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, Rz 1419

³⁴² *Hardiman/Murphy in Tyrrell/Bedord* (Hrsg) *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies* (1997) 175ff

³⁴³ EuGH 22. 4. 1994, C-87/94 R, Wallonische Busse

Letztlich wurde Belgien noch vorgeworfen, ein Angebot angenommen zu haben, welches den Zuschlagskriterien der Auftragsunterlagen nicht entsprach³⁴⁴.

Zusätzlich zu diesem Vertragsverletzungsverfahren leitete die Kommission auch ein Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ein. Ziel der vorläufigen Maßnahmen sollte es sein, die Rechtswirkungen der Vergabeentscheidung sowie die Rechtswirkungen des Vertrages zwischen der ausschreibenden Gesellschaft und der erfolgreichen Bieterin auszusetzen, bis der EuGH über den Anspruch in der Hauptsache entschieden hat³⁴⁵.

Gemäß Art 279 AEUV (damals Art 186 EGV) kann der EuGH in bei ihm anhängigen Rechtssachen die erforderlichen einstweiligen Anordnungen treffen. Die näheren Bestimmungen hierzu finden sich in Art 160 Abs 3 Gerichtshof-VfO³⁴⁶ (damals Art 83 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes).

Gemäß der zitierten Bestimmung müssen der Streitgegenstand, die Umstände, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt, sowie die den Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung rechtfertigenden Tatsachen und Rechtsgründe angegeben werden.

Zur Beurteilung der Dringlichkeit wird die Gefahr eines Schadens herangezogen. Der EuGH führt aus: „*Die Dringlichkeit ist danach zu beurteilen, ob eine einstweilige Anordnung erforderlich ist, um zu verhindern, dass der Partei, die sie beantragt, ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht*“³⁴⁷.

³⁴⁴ EuGH 22. 4. 1994, C-87/94 R, Wallonische Busse Rz 1

³⁴⁵ aaO Rz 2

³⁴⁶ ABl 2012 L 265,1, geändert durch ABl 2013 L 173, 65

³⁴⁷ EuGH 22. 4. 1994, C-87/94 R, Wallonische Busse Rz 26

Bei der Prüfung dieses Kriteriums stellt der EuGH fest, dass diese gegeben ist, da ein Erkenntnis des EuGH, welches eine Vertragsverletzung eines Mitgliedstaates feststellt, den dadurch eingetretenen Schaden nicht zu beseitigen vermag³⁴⁸.

Er gelangt zur Auffassung, dass die Nichtbeachtung einer für einen öffentlichen Auftrag geltenden Richtlinie eine schwerwiegende Verletzung des Gemeinschaftsrechts darstellt³⁴⁹. Es stellt für alle Bieter, die ausgeschaltet oder daran gehindert worden sind, sich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirksam am Wettbewerb zu beteiligen, einen Schaden dar³⁵⁰.

Will man im Sinne dieser Untersuchung die Bieter, „die daran gehindert worden sind, sich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirksam am Wettbewerb zu beteiligen“, subsumieren als Bieter, „die die Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren“ verloren haben, so ist daraus eindeutig ableitbar, dass der EuGH den „Verlust dieser Chance“ als Schaden qualifiziert.

Diese Entscheidung handelt zwar von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung, im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens kann jedoch nichts anderes gelten. Wie der EuGH ausgesprochen hat, ist Voraussetzung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, dass *der Partei, die sie beantragt, ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht*, wohingegen ein Nachprüfungsverfahren nach Art 1 Abs 3 RMRL zumindest denjenigen zur Verfügung stehen muss, denen „[...] ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht.“

Konsequenterweise muss also der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren auch als Schaden iSd RMRL gelten. Eine andere Interpretation hätte mit dem Problem zu kämpfen, dass – wiewohl zwar nach der EuGH-Judikatur eine einstweilige Verfügung zu erlassen wäre – eine solche in einem nationalen

³⁴⁸ EuGH 22. 4. 1994, C-87/94 R, Wallonische Busse Rz 31

³⁴⁹ ebenda

³⁵⁰ ebenda

Vergabeverfahren nicht erlassen werden könnte, wollte man den Verlust der Chance nicht als Schaden oder zumindest drohenden Schaden anerkennen. Diesfalls hätte der Bewerber nämlich, mangels Schaden, gar keine Antragslegitimation zur Einleitung eines (nationalen) Nachprüfungsverfahrens. Ein solches, widersprüchliches Interpretationsergebnis ist abzulehnen.

3.6.11.1.1.1. Zur Antragslegitimation eines ausgeschiedenen Bieters

Die Erörterung der Antragslegitimation eines ausgeschiedenen Bieters muss sich zunächst mit der Frage auseinandersetzen, ob einem ausgeschiedenen Bieter überhaupt ein Schaden entstanden sein kann oder noch entstehen kann. Von Interesse ist dies an der Stelle deshalb, da durch die Bejahung der Antragslegitimation festgestellt wird, dass derjenige einen Schaden oder zumindest einen drohenden Schaden hat. Bei der Beantwortung der Antragslegitimation des ausgeschiedenen Bieters deuten die Argumentationsfiguren der Rechtsprechung³⁵¹ durchaus auf das Anerkennen des Verlustes der Chance auf Teilnahme als einen Schaden hin. Dies ist deshalb hier näher darzustellen:

Folgende Abgrenzung ist an dieser Stelle erforderlich:

Ein ausgeschiedener Bieter kann die Ausscheidensentscheidung selbst bekämpfen. Dies ist nicht Gegenstand der Untersuchung. Unabhängig davon ist allerdings die – hier untersuchte – Frage zu sehen, ob ein bereits rechtskräftig ausgeschiedener Bieter etwa die Zuschlagsentscheidung (an einen anderen Bieter) bekämpfen kann.

Die Wichtigkeit dieser Idee erläuternd, sei folgende Überlegung vorangestellt: Wenn man davon ausgeht, dass ein (rechtskräftig) ausgeschiedener Bieter den Zuschlag nicht

³⁵¹ Vgl. zu der Folgenden Rechtsprechungsübersicht: *Schramm/Pesendorfer*, Antragslegitimation oder effektiver Rechtsschutz: Eine Bestandsaufnahme in ZVB 2015, 5 mwN

erhalten kann, droht ihm kein Schaden, daher wäre die Antragslegitimation zu verneinen. Wenn allerdings der präsumtive Zuschlagsempfänger ebenso auszuschneiden wäre, was aber (rechtswidrig) unterblieben ist, und in weiterer Folge das Vergabeverfahren zu widerrufen wäre, drohte dem ausgeschiedenen Bieter insofern ein Schaden, weil er ja dann eben die Chance auf Teilnahme (an diesem neuen Vergabeverfahren) verlöre. Wenn also dem ausgeschiedenen Bieter Antragslegitimation zukäme, könnte daraus erschlossen werden, dass der Verlust der Chance als Schaden anerkannt ist.

3.6.11.1.1.2. (deutscher) Bundesgerichtshof

In einem kurzen Exkurs zur deutschen Rechtsprechung ist eine Entscheidung des BGH zu erwähnen, in welchem sich dieser mit dem Vorliegen eines Schadens bzw eines zumindest drohenden Schadens auseinandersetzt³⁵².

In der zitierten Entscheidung führt der BGH aus:

„[....] die Aufhebung einer Ausschreibung kann zu einer erneuten Ausschreibung der nachgefragten Leistung führen; besteht der Bedarf beim öffentlichen Auftraggeber fort, ist die Neuausschreibung eine konsequente Folge der Aufhebung“.

Nach den Ausführungen des BGH ist ein drohender Schaden bereits dann zu befürchten, wenn die Chancen des Bieters auf die Erteilung des Zuschlags zumindest verschlechtert worden sein könnten, wobei allerdings die Verschlechterung nicht in gegenständlichem Vergabeverfahren eingetreten sein müsse, da es die tatsächliche Erteilung des Auftrages sei, die die Vermögenslage des Bieters beeinflusst, und nicht der Umstand, in welchem Vergabeverfahren die etwaige Erteilung des Auftrags liegt.

³⁵² Vgl BGH 26. 9. 2006, X ZB 14/06

Damit wird eine Entkopplung der Notwendigkeit eines zumindest drohenden Schadens von einem konkreten Vergabeverfahren erreicht. Prüfmaßstab für das Vorhandensein eines Schadens oder das Drohen eines Schadens wären also dann auch etwaige zukünftige Vergabeverfahren. Diese Gedanken und damit zusammenhängende Probleme werden sogleich unten näher dargestellt.

3.6.11.1.1.3. Bundesvergabeamt

Das ehemalige Bundesvergabeamt vertrat die Ansicht, dass einem (rechtmäßig) ausgeschiedenen Bieter sehr wohl ein Schaden drohen könnte³⁵³.

In der Entscheidung BVA vom 26. 4. 2004, 12N-2/04-55, hielt das BVA zusammengefasst fest:

„[....], dass den Antragstellern – trotz rechtmäßiger Ausscheidung ihres Angebotes – Antragslegitimation für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zukommt. Ein anderes Ergebnis würde nämlich – wie die Antragsteller zu Recht betonen – den gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzungen eines effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen (EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller und EuGH 19.6.2003, Rs C-410/01, Fritsch Chiari & Partner u.a., in Sturm/Fink, Die Europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht 528 f)“.

Hintergrund dieser Überlegung ist folgender³⁵⁴: Nach § 139 Abs 1 Z 3 und 4 BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn kein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt. Bei diesen Widerrufsgründen handelt es sich um zwingende (arg „ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen“), wohingegen die Widerrufsgründe gemäß

³⁵³ Vgl etwa: BVA 26. 4. 2004, 12N-2/04-55; 11. 2. 2006, 15N-128/05-34

³⁵⁴ Vgl zu diesen Ausführungen BVA 26. 4. 2004, 12N-2/04-55

Abs 2 leg cit als lediglich fakultativ (arg „Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden“) zu qualifizieren sind³⁵⁵.

Aus diesen Normen folgert das BVA, dass ein Vergabeverfahren, in dem letztlich nur mehr ein Bieter verblieben ist, der auszuscheiden ist, zwingend zu widerrufen ist.

Auf die Durchsetzung eines gesetzlich gebotenen Widerrufs haben die Bieter – nach der Rechtsprechung des ehemaligen BVA – ein subjektives Recht³⁵⁶.

Diese Überlegungen bzw Rechtsprechung führen zu dem Zwischenergebnis, dass für den Fall, dass der zuletzt als Einziger im Verfahren verbliebene, präsumtive Zuschlagsempfänger auszuscheiden ist, das Vergabeverfahren als Konsequenz daraus zwingend zu widerrufen ist.

Der Schaden für den bereits ausgeschiedenen Bieter besteht – wie das BVA zutreffend folgert – darin, dass dieser durch die Verletzung des gesetzlichen Gebotes zum Widerruf der Ausschreibung durch den Auftraggeber letztlich um seine Möglichkeit gebracht wird, sich an einem neuen Vergabeverfahren wieder zu beteiligen und in diesem den Zuschlag zu erhalten.

Im Endeffekt macht der bereits ausgeschiedene Bieter nicht geltend, dass die Zuschlagsentscheidung an den auszuscheidenden Bieter rechtswidrig wäre, sondern vielmehr den Umstand, dass infolge dessen, dass der übriggebliebene Bieter auszuscheiden wäre, der Auftraggeber durch die Zuschlagsentscheidung seine Verpflichtung zum Widerruf der Ausschreibung verletzen würde, wodurch dem bereits ausgeschiedenen Bieter der im vorigen Absatz zitierte Schaden drohen würde.

³⁵⁵ Vgl dazu auch: *Küchli in Schwartz*, Bundesvergabegesetz 2006² (2013) § 139 mwN

³⁵⁶ Vgl BVA 15.7.1999, N-48/99-14, N-51/99-8 = CONNEX 2/2000, 32 f

Wiewohl die Argumentation des BVA schlüssig ist, darf sie nicht unreflektiert zu einer ständigen Bejahung der Antragslegitimation des ausgeschiedenen Bieters führen, wie folgende Gedanken näherbringen sollen:

Festzuhalten ist zunächst, dass aus der Argumentation, dass sich der ausgeschiedene Bieter in einem neuen Vergabeverfahren beteiligen könnte und dort dann auch den Zuschlag erhalten könnte, das zur Antragslegitimation erforderliche Kriterium des bereits entstandenen oder zumindest drohenden Schadens – gedanklich – in ein zukünftiges Verfahren verschoben wird.

Denkbar ist jedoch, dass das Angebot des ausgeschiedenen Bieters auch in einem weiteren Vergabeverfahren auszuscheiden wäre. Nach § 129 Abs 1 Z 1 sind etwa Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs 5 BVergG oder gemäß § 68 Abs 1 BVergG auszuschließen sind, auszuscheiden.

Die Ausschlussgründe nach § 68 BVergG betreffen etwa die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Diese Ausschlussgründe würden mit größter Wahrscheinlichkeit auch im folgenden Vergabeverfahren vorliegen, weshalb auch dort kein Zuschlag an den bereits ausgeschiedenen Bieter erteilt werden könnte. Konsequenz daraus wäre aber, dass mangels der Möglichkeit den Zuschlag im folgenden Verfahren zu erhalten, vorerst keine Antragslegitimation – mangels Schaden – gegeben wäre.

Richtigerweise ist also im Zusammenhang mit der Prüfung der Antragslegitimation der Grund, der zum Ausscheiden des Bieters geführt hat, bereits heranzuziehen und zu berücksichtigen, um in Abhängigkeit davon – siehe oben – die Antragslegitimation zu bejahen bzw zu verneinen.

Ein gewichtiges Argument gegen die Antragslegitimation mit der Überlegung, dass sich der ausgeschiedene Bieter an einem weiteren Verfahren beteiligen kann und dort auch den Zuschlag erhalten kann, ist darin zu sehen, dass der Auftraggeber nach Widerruf der Ausschreibung nicht zur Durchführung einer weiteren Ausschreibung verpflichtet ist.

Die Frage, ob eine weitere Ausschreibung nach Widerruf der ersten durchgeführt wird, kann lediglich spekulativ beurteilt werden. Hinweise darauf kann aber beispielsweise das ausgeschriebene Produkt bieten. Wohingegen beispielsweise bei der Ausschreibung von Kraftfahrzeugen nach Widerruf unklar bliebe, ob eine neuerliche Ausschreibung stattfindet, ist davon bei einer widerrufenen Ausschreibung nach Toilettenpapier für Behörden oder Treibstoff für Kraftfahrzeuge wohl mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszugehen.

Zusammengefasst zeigt sich daher, dass die Antragslegitimation des Bieters infolge der nicht zwingenden Möglichkeit, sich in einem Vergabeverfahren zu beteiligen und dort den Zuschlag zu erhalten, nicht zwangsläufig zu bejahen ist. Gleichzeitig ist aber auch völlig klar, dass die Antragslegitimation nicht völlig unzweifelhaft zu verneinen ist.

3.6.11.1.1.4. *Bisherige*
(Antragslegitimationsjudikatur)

VwGH-Judikatur

Vorab ist festzuhalten, dass der Schadensbegriff im Zusammenhang mit der Antragslegitimation weit auszulegen ist und auch nicht auf bloße Vermögensschäden iSd Zivilrechts beschränkt ist, sondern vielmehr all jene Nachteile erfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Bewerbers oder Bieters liegen, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen oder den Zuschlag zu erhalten³⁵⁷.

Der VwGH judiziert, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig sei und er daher nicht geltend machen könne, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären³⁵⁸. Im Prinzip

³⁵⁷ Mandl in Schwarz, Bundesvergabegesetz 2006² (2013) § 320 Rz 2

³⁵⁸ VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240

werden mit dieser Begründung obige Argumente pauschal abgelehnt, womit also die oben erwähnte Rechtsprechung des (ehemaligen) BVA abgelehnt wurde.

Von der Rechtsprechung des VwGH wurde die sogenannte „Antragslegitimationsjudikatur“ gebildet. Kernaussage dieser ist, dass ein Bieter der ein Angebot gelegt hat, das ausgeschieden wurde bzw auszuschieden wäre, keine Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hat, weil ihm – so die Argumentation des VwGH – durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht, da er für die Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht komme³⁵⁹.

An dieser Stelle sei zur Klarstellung angeführt, dass nach der Judikatur des EuGH *„es diesem [dem Bieter, Anm] ermöglicht werden [muss], die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht“*³⁶⁰.

Konsequenz daraus ist, dass ein ausgeschiedener Bieter lediglich die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes im Nachprüfungsverfahren geltend machen kann und ihm bei Rechtskonformität der Ausscheidensentscheidung keine weitergehenden Befugnisse zukommen. Er kann also insbesondere nicht geltend machen, dass der (in weiterer Folge erteilte) Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Diese Einsicht erscheint – unter Außerachtlassung obiger Argumente – trivial und selbstverständlich. Zusätzlich zu den bereits vorgestellten Argumenten, die zu einer Bejahung der Antragslegitimation des ausgeschiedenen Bieters führen würden, ist noch Folgendes zu bedenken:

³⁵⁹ vgl etwa VwGH 15. 12. 2006, 2005/04/009; 24. 2. 2010, 2006/04/0160; der UVS Burgenland stellte sich dieser Rsp entgegen, 11. 3. 2008, VNP/11/2008.002/066

³⁶⁰ EuGH 19. 6. 2003, C-249/01, Hackermüller

Der Auftraggeber könnte fahrlässig oder sogar vorsätzlich eine Ausschreibung oder Eignungskriterien machen/definieren, die von keinem einzigen Bieter erfüllt werden können. Folglich wäre jedes Angebot auszuschneiden, ein von einem Bieter daraufhin angestregtes Nachprüfungsverfahren würde zu dem Ergebnis führen, dass sein Angebot korrekterweise ausgeschieden wurde, und wäre damit beendet³⁶¹. Der Auftraggeber könnte den Auftrag jetzt völlig frei von vergaberechtlichen Regelungen an einen beliebigen Bieter vergeben, weil jedem anderen Bieter die Antragslegitimation zur Anfechtung des Zuschlags fehlen würde.

Ein völlig neues Licht – im Vergleich zur Antragslegitimationsjudikatur – wirft die Entscheidung des EuGH C-100/12 „Fastweb“ auf diese Problematik:

³⁶¹ Vgl auch S. Arrowsmith Public Procurement, 1ff; *M. Tonne*, Rechtsschutz, 379;

Verfahrensbeteiligte

An diesem Verfahren waren einerseits die Fastweb SpA und andererseits die Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (örtliches Gesundheitsamt Allesandria), die Telecom Italia SpA und die Path-Net SpA beteiligt. Bei der Path-Net SpA handelt es sich um ein Tochterunternehmen der Telecom Italia SpA.

Sachverhalt

Nach italienischem Recht ist das Centro Nazionale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) befugt, Rahmenvereinbarungen mit von ihm ausgewählten Wirtschaftsteilnehmern zu schließen. Eine solche Rahmenvereinbarung bestand u. a. mit Fastweb und der Telecom Italia.

Das Gesundheitsamt Allesandria richtete auf der Grundlage von Verdingungsunterlagen eine Angebotsanfrage betreffend „Leitungen zur Datenübertragung und Telefondienstleistungen“ an diese Gesellschaften. Letztlich wurde dann ein Vertrag zwischen dem Gesundheitsamt und Path-Net, der Tochtergesellschaft von Telecom Italia, geschlossen.

Fastweb erhob gegen diese Vergabeentscheidung Klage, welchem Verfahren die Telecom Italia und Path-Net beitraten und Widerklage erhoben.

Zentraler Punkt des Sachverhaltes ist der Umstand, dass die Ordnungsgemäßheit des Angebotes eines jeden dieser Wirtschaftsteilnehmer vom jeweils einzigen Mitbewerber in Frage gestellt wurde. Es folgte dann auch die Feststellung des Gerichtes, dass

³⁶² EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb

tatsächlich keines der Angebote alle der in den technischen Anforderungen enthaltenen Kriterien erfüllte.

Nach der Rechtsprechung des Consiglio di Stato hat die Prüfung einer Widerklage, die darauf abzielt, dem Kläger im Nachprüfungsverfahren dessen Antragslegitimation abzusprechen, dem eigentlichen Nachprüfungsverfahren vorauszugehen. Dies würde in gegenständlicher Fallkonstellation – was hier letztlich auch dazu geführt hat, dass das Gericht dieses Problem an den EuGH herantrug – dazu führen, dass jemand der (rechtswidrig) den Zuschlag erhalten hat, obwohl dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, die Überprüfung und Behebung dieser Entscheidung, die jemand, dessen Angebot ebenfalls auszuschneiden wäre, beantragt hat, verhindern könnte.

Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat die Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bieters in dieser Fallkonstellation bejaht. Nach der Entscheidung „Fastweb“

„[...] kann die Widerklage des erfolgreichen Bieters jedoch dann nicht zur Abweisung der Klage eines Bieters führen, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird. Denn in einem solchen Fall kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.“³⁶³

Rechtliche Analyse

³⁶³ EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb

Dass die Rechtsansicht des Consiglio di Stato, wonach die Prüfung der Widerklage dem eigentlichen Nachprüfungsverfahren voranzugehen hat, gravierende Probleme aufwirft, ist offensichtlich. Wenn man die Rechtsprechung des Consiglio di Stato nämlich konsequent anwendet, würde dies zu dem oben bereits skizzierten „vergaberechtlichen Volltreffer“ führen. Diesfalls könnte sich der Auftraggeber ja – völlig frei von rechtlichen Regelungen – aussuchen, wem er den Zuschlag erteilt, da dieser ja dann anfechtungsfest ist.

Gesondert zu analysieren sind jedoch die Auswirkungen dieser Entscheidung auf die Antragslegitimationsjudikur des VwGH. In der Literatur³⁶⁴ wurde teilweise schon kontrovers diskutiert, ob im Lichte der Entscheidung „Fastweb“ die Judikaturlinie des VwGH noch zu halten ist.

Kritiker der Antragslegitimationsjudikatur verneinen, dass diese nunmehr überholt wäre. So sendete der Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst aus bzw schlussfolgert aus der Entscheidung Fastweb:

„So kann wohl insbesondere die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht mehr aufrecht erhalten werden, wonach ein Bieter nicht schutzwürdig ist (und daher nicht geltend machen kann, dass auch andere bzw alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären), wenn es ihm nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen. [...] Nach Ansicht des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes gilt dies wohl nicht nur in Verfahren mit lediglich zwei Parteien, sondern immer dann, wenn der (präsumtive) Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat und sich der Antragsteller auf ein – mit den Worten des EuGH – berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des anderen beruft“³⁶⁵

³⁶⁴ Schramm/Pesendorfer, Antragslegitimation oder effektiver Rechtsschutz: Eine Bestandsaufnahme in ZVB 2015, 5

³⁶⁵ BKA 24. 7. 2013, BKA-VA.C-100/12/0001-V/7/2013

Befürworter argumentieren, dass die Fastweb-Entscheidung nicht verallgemeinerbar sei und daher nicht auf andere Fälle übertragen werden könne.

Die Fastweb-Entscheidung bespricht einen Sonderfall. Es sind letztlich nur mehr zwei Bieter im Vergabeverfahren übrig, die beide – aus den gleichen Gründen – auszuschneiden gewesen wären, wobei allerdings nur einer auch tatsächlich ausgeschieden wurde. Hinsichtlich der Antragslegitimation des ausgeschiedenen Bieters können folgende Konsequenzen gezogen werden³⁶⁶:

Entsprechend der Entscheidung des EuGH hat, im Fall von lediglich zwei Bieter, jeder ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des jeweils anderen. Zu begründen ist dies damit, dass ja ansonsten der nicht ausgeschlossene Bieter einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber dem ausgeschlossenen Bieter hätte. Korrekterweise wären – bereits vor Zuschlagserteilung – beide Bieter auszuschneiden gewesen, und die Ausschreibung zu widerrufen gewesen.

Völlig anders sieht die Sache jedoch aus, wenn neben den beiden auszuschneidenden Bieter, von denen einer ungerechtfertigt nicht ausgeschieden wurde, noch weitere Bieter im Verfahren verbleiben, die nicht auszuschneiden sind. Wenn dann der Zuschlag einem Bieter erteilt wird, der – korrekterweise – nicht ausgeschieden wurde, hat der – korrekterweise – ausgeschiedene Bieter tatsächlich keinen Schaden und damit auch keine Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Wiederum eine andere Fallkonstellation wäre dann gegeben, wenn der – fälschlicherweise – nicht ausgeschiedene Bieter den Zuschlag erhält. Dieser Zuschlag wäre zweifellos mit Rechtswidrigkeit belastet. Dennoch hätte aber der – korrekt – ausgeschiedene Bieter keine Antragslegitimation. Dies ist damit zu begründen, dass er keinen Schaden hat. Wenn nämlich der Zuschlag nicht dem – fälschlicherweise – nicht ausgeschiedenen Bieter erteilt wäre, wäre er rechtskonform einem anderen Bieter erteilt

³⁶⁶ Vgl zu den Ausführungen: *Reisner in Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht Rz 1933ff mwN

worden, der – korrekterweise – nicht ausgeschieden wurde. Ein Anspruch auf Überprüfung der objektiven Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung ist in der RMRL nicht vorgesehen³⁶⁷. Selbstverständlich könnten jedoch die – rechtskonform – nicht ausgeschiedenen Bieter einen Nachprüfungsantrag stellen.

Fazit

Neuerlich zu betonen ist der Umstand, dass, wiewohl sich die Fastweb-Entscheidung der Frage der Antragslegitimation eines ausgeschiedenen Bieters widmet, die Entscheidung hier nicht aus diesem Grund diskutiert wird.

Die Entscheidung ist für diese Arbeit aber mittelbar von eminenter Bedeutung. Die Antragslegitimation setzt voraus, dass dem Bieter ein Schaden entstanden ist bzw zumindest droht. In dem Moment, in dem der EuGH dem ausgeschiedenen Bieter ein *berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen* zubilligt, ihm daher die Antragslegitimation bejaht, steckt darin implizit der Ausspruch des EuGH, dass diesem Bieter ein Schaden entstanden ist oder zumindest droht!

Vor diesem Hintergrund scheint allerdings die Rechtsansicht des VwGH, dass einem ausgeschiedenen Bieter keinesfalls ein Schaden drohen kann, da dieser ohnehin nicht für den Zuschlag in Betracht käme, in dieser Absolutheit nicht haltbar.

Vielmehr zeigt sich, dass – wie auch der BGH bereits formulierte – ein drohender Schaden bereits dann zu befürchten – und damit zu bejahen – sei, wenn die Chancen des Bieters auf die Erteilung des Zuschlags zumindest verschlechtert worden sein könnten.

Was aus den obigen Überlegungen gefolgert werden kann, ist der Umstand, dass unter der Voraussetzung, dass der Bieter um die Möglichkeit gebracht wird, sich an einem

³⁶⁷ Weil im Sinne der Antragslegitimation Interesse am Vertrag und ein Schaden eingetreten sein bzw drohen muss und zwischen Rechtswidrigkeit und Schaden ein Kausalitätsverhältnis liegen muss. Eine Überprüfung auf objektive Rechtmäßigkeit ist daher nicht möglich.

neuen Vergabeverfahren zu beteiligen, mithin also diese Chance verloren hat, die Antragslegitimation zu bejahen ist. Dies ist dann der Fall, wie *Schramm/Pesendorfer* pointiert festhalten, wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger auszuschneiden ist und es dem öffentlichen AG unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen³⁶⁸.

Diese Wertungsgesichtspunkte, übertragen auf den hier untersuchten Fall der rechtswidrigen Ausschreibungsinhalte, führen zu folgender Erkenntnis: Wenn der Bieter infolge rechtswidriger Ausschreibungsinhalte, welche in einem Nachprüfungsverfahren von der zuständigen Stelle nicht behoben wurden, letztlich seine Chance auf Teilnahme verliert, liegt ein Schaden im unionsrechtlichen Sinn vor.

³⁶⁸ Schramm/Pesendorfer, Antragslegitimation oder effektiver Rechtsschutz: Eine Bestandsaufnahme, ZVB 2015, 5 (10)

4. Ersatzfähigkeit des Schadens und dessen Voraussetzungen

Wie im vorigen Abschnitt gezeigt wurde, handelt es sich beim Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren um einen Schaden im unionsrechtlichen Sinn. Von der Frage, ob ein Schaden im Rechtssinn vorliegt, ist jedoch die Frage, ob dieser auch ersatzfähig ist, zu unterscheiden.

Es muss deshalb eine zweistufige Prüfung erfolgen. Zunächst muss geklärt werden, ob der Verlust einer Chance, im hier gegebenen Kontext der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, ein Schaden im Sinne des Unionsrechts ist. Wäre diese Frage verneint worden, endete die Prüfung an dieser Stelle. Mangels Vorliegens eines Schadens, welcher Grundvoraussetzung jeglichen Schadenersatzanspruches ist, bestünde kein Anspruch auf Schadenersatz.

Wenn jedoch das Vorliegen eines Schadens wie hier bejaht wird, ist zu fragen, ob es sich bei dem vorliegenden Schaden um einen ersatzfähigen Schaden handelt.

Gemäß Artikel 2 Abs 1 lit c RMRL haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass die Nachprüfungsbehörden mit den erforderlichen Befugnissen ausgestattet werden, damit denjenigen, die durch einen Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann. Wiewohl diese Norm unzweideutig klarlegt, dass den durch einen Verstoß Geschädigten Schadenersatz zu leisten ist, der Schaden mithin ersatzfähig ist, wird über die genauen Voraussetzungen und den Umfang des Ersatzes keine ausdrückliche Regelung aufgestellt. Grund für diese knappe Regelung war die unterschiedliche

Rechtslage der Mitgliedstaaten im Bereich des Schadenersatzes³⁶⁹, in die der Unionsgesetzgeber nicht drastisch durch eine Vollharmonisierung eingreifen wollte³⁷⁰. Völlig klar war und ist aber andererseits, dass die Mitgliedstaaten die nationalen Schadenersatzregelungen nicht beliebig ausgestalten dürfen. Vielmehr haben sie, bei der konkreten Ausgestaltung des Schadenersatzes einerseits das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip zu wahren und andererseits, entsprechend Art 4 Abs 3 EUV, Verstöße gegen das Unionsrecht so zu sanktionieren, dass dies zur Gewährung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet ist, eine wirklich abschreckende Wirkung hat und angemessen ist³⁷¹.

Im Folgenden soll diskutiert werden, was die Voraussetzungen des Ersatzes der verlorenen Chance im hier gegebenen Kontext sind. Einführend soll ein kurzer Überblick über die Funktionen des Schadenersatzes gegeben werden.

4.1. Funktionen des Schadenersatzes

Um nun die Frage der Ersatzfähigkeit eines Schadens zu prüfen, sind auch die Funktionen des Schadenersatzes maßgeblich. Diese differieren zwar – in gewissen Grenzen – von Rechtsordnung zu Rechtsordnung, im Sinne des vorher Gesagten sind jedoch die Funktionen des Schadenersatzes im Unionsrecht, also beurteilt nach dem *Acquis-Ansatz* maßgeblich.

Während in Österreich die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes im Vordergrund steht und auch die Präventionsfunktion Berücksichtigung findet, ist dem österreichischen

³⁶⁹ Öhler, Rechtsschutz, 200; ebenso: Holoubek, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz in ZfV 1998, 592ff

³⁷⁰ Eder, Der öffentliche Auftraggeber, 212

³⁷¹ Eder, Der öffentliche Auftraggeber, 212

Schadenersatzrecht eine Straffunktion fremd³⁷². Für die englische Rechtsordnung gilt Anderes, wie das folgende Beispiel eines englischen Lehrbuches zeigt:

„Compensation, punishment, deterrence, the reversal of unjust enrichment, the symbolic establishment or vindication of rights, and the expression of social or curial disapproval of the defendant’s action“³⁷³

Im Unionsrecht steht die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes im Vordergrund³⁷⁴. In der Rechtsprechung des EuGH bzw im Sekundärrecht sind aber weitere andere schadenersatzrechtliche Funktionen erwähnt³⁷⁵. Insgesamt zeigt sich daher, dass der Schadenersatz aus unionsrechtlicher Sicht eine Ausgleichs-, Abschreckungs-, Feststellungs-, Sanktions- und Straffunktion erfüllt.

Die einzelnen Zwecke sollen nun im Zusammenhang mit dem vergaberechtlichen Rechtsschutz dargestellt werden.

³⁷² Darüber soll auch § 1324 ABGB nicht hinwegtäuschen, der den Haftungsumfang je nach Schweregrad des Vorwurfes der dem Schädiger zu machen ist, koppelt. Es wird dadurch lediglich der Umfang der Haftung verändert, der jedoch nie die Grenze des Ausgleichs überschreitet *Koziol, Haftpflichtrecht I*³ (1997) Rz 1/16 mwN;

³⁷³ *Wilby/Bennett, The Law of Damages* (2003) Rz 1.32 zit nach: *Oskierski, Schadenersatz im Europäischen Recht* (2010), 84

³⁷⁴ *Oskierski, Schadenersatz im Europäischen Recht*, 84

³⁷⁵ Siehe etwa für **Abschreckung** EuGH 10. 4. 1984, 14/83, von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen; für **Feststellung** EuGH 9. 7. 1987, verb Rs 44, 77, 294/85 und 295/85; EuGH 7. 10. 1985, 128/84; **Straffunktion** EuGH 22. 4. 1997, C-66/95; SA GA Leger vom 19. 9. 1996, Rz 40; **Sanktionsfunktion** RL 2000/43/EG, ABI L 180/2000, S 22 Art 15; RL 2001/29/EG ABI L 167/2001, S 10, Erwägungsgrund 58;

4.1.1. Ausgleichsfunktion

Von der Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes spricht man, wenn der Zweck des Schadenersatzes als Ausgleich für den erlittenen Schaden gemeint ist. Der Geschädigte soll durch den Schadenersatz so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Der Geschädigte soll umgekehrt aber auch nicht besser gestellt werden als ohne das schädigende Ereignis. Die Höhe des Schadenersatzanspruches ist daher nach oben begrenzt.

Art 13 Abs 1 der Immaterialgüterrichtlinie³⁷⁶ normiert, dass

*„[...] dem Rechtsinhaber **zum Ausgleich des** von diesem wegen der Rechtsverletzung **erlittenen tatsächlichen Schadens** angemessener Schadensersatz [...]“* (Hervorhebungen durch den Autor)

zu leisten ist. Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes ist daher klar im Bereich des Unionsrechts verankert.

Demgegenüber normiert Art 2a Abs 1 lit c RMRL, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass

³⁷⁶ RI 2004/48/EG, ABI L 157/2004, 45

“denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann.”

Auffallend ist in diesem Kontext, dass die Immaterialgüterrichtlinie ausdrücklich den Ausgleich des erlittenen Schadens anordnet, wohingegen die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes in der RMRL gerade **nicht** angesprochen wird. Wie oben anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH gezeigt wurde, erschöpft sich die Funktion des Schadenersatzes im *acquis-communautaire* nicht in der Ausgleichsfunktion. Sie ist weitergehend.

4.1.2. Präventions- und Sanktionsfunktion

Unter der Präventionsfunktion des Schadenersatzes versteht man den Effekt, dass durch die Auferlegung von Schadenersatz insofern auf das Verhalten der Menschen eingewirkt wird, als diese infolge der finanziellen Konsequenzen, die schadensverursachendes Verhalten für sie hat, das Schadenersatz auslösende Verhalten vermeiden werden. Durch die Androhung der Ersatzpflicht soll ein Anreiz ausgeübt werden, sich sorgfältig zu verhalten³⁷⁷. Die Präventionsfunktion des Schadenersatzes kann weiter in eine Spezial- und eine Generalprävention gegliedert werden³⁷⁸.

³⁷⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II (2001) 283; Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 1/15 mwN
³⁷⁸ aaO

Die Sanktionsfunktion hat pönalisierenden Charakter und geht im Vergleich zur Präventionsfunktion weiter, indem sie daneben auch ein Element der Sühne und Vergeltung beinhaltet³⁷⁹.

Im Zusammenhang mit dem Sanktionsgedanken muss erwähnt werden, dass Artikel 2e RMRL bei bestimmten Verstößen die Unwirksamkeit des Vertrages oder die Verhängung alternativer Sanktionen vorsieht³⁸⁰. Darüber hinaus wird ausdrücklich festgehalten, dass die Verhängung von Schadenersatz keine angemessene Sanktion im Sinne dieses Absatzes darstellt.

4.1.3. Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die in der RMRL vorgesehene Möglichkeit bzw. Verpflichtung der Verhängung alternativer Sanktionen ist nach deren Verhältnis zu einem allfälligen Schadenersatzanspruch des geschädigten Bieters zu fragen. Aufgrund des Umstandes, dass – in bestimmten Fällen – alternative Sanktionen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu verhängen sind, folgt, dass der Schadenersatz in diesem Kontext keine Sanktionsfunktion beinhaltet.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich interpretativ, dass, wiewohl in der RMRL nicht ausdrücklich geregelt, der Schadenersatz im Zusammenhang mit der RMRL zwar die Ausgleichsfunktion beinhaltet, jedoch nicht auf diese beschränkt ist, sondern auch die anderen Funktionen, mit Ausnahme der Sanktionsfunktion, einschließt.

³⁷⁹ Oskierski, Schadenersatz im Europäischen Recht (2010), 86

³⁸⁰ Siehe zur Unwirksamkeit unten 5.1.1

4.2. Verschuldenserfordernis

Ausgehend von den skizzierten Funktionen des Schadenersatzes ist festzuhalten, dass der Ersatz im gegebenen Kontext jedenfalls dem Ausgleich des erlittenen Schadens dient. Darüber hinaus ist auch die Präventionsfunktion relevant, weil eine drohende Schadenersatzpflicht des öffentlichen Auftraggebers diesen zu einer sorgfältigen Erstellung der Ausschreibungsunterlagen anleitet.

Dass der Schadenersatz auch eine Straffunktion erfüllt, ist allerdings hier nicht anzunehmen, da die RMRL in deren Art 2e bei bestimmten Verstößen die Unwirksamklärung des Vertrages durch die Nachprüfungsbehörde oder die Verhängung alternativer Sanktionen vorsieht. Ausdrücklich normiert ist in der erwähnten Bestimmung auch, dass die Zuerkennung von Schadenersatz keine angemessene Sanktion darstellt. Damit wird aber deutlich, dass der Sanktionsgedanke getrennt wird von einem allfälligen Schadenersatz im Rahmen der Unwirksamklärung bzw. Verhängung alternativer Sanktionen und der Sanktionsgedanke beim Schadenersatz in diesem Bereich keine Rolle spielt.

Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch?

Äußerst unklar und strittig ist die Frage, ob die Mitgliedstaaten die Haftpflicht des öffentlichen Auftraggebers von einem Verschulden abhängig machen dürfen oder ob die Haftung im Sinne der RMRL völlig unabhängig von einem Verschulden zu sehen ist und damit zu einer reinen Unrechtshaftung wird.

Ein Ansatzpunkt könnte sein, die Haftung – wie im Bereich der Unions- und Staatshaftung – an das Vorliegen eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ zu

knüpfen³⁸¹. *Eder* führt dazu aus, dass ein über den hinreichend qualifizierten Verstoß hinausgehendes Verschuldenserfordernis mit der RMRL nicht mehr im Einklang stünde, zumal dann ohnehin mittels eines Staatshaftungsanspruches – unter der Annahme, dass Vergaberechtsverstöße in der Regel auch Unionsrechtsverstöße sind – leichter Ersatz zu erlangen wäre, wodurch der sekundärrechtlichen Haftpflicht nach der RMRL keine Bedeutung zukäme³⁸².

Zur Frage des Verschuldens im Zusammenhang mit einem Schadenersatzanspruch im Bereich des Vergaberechts bzw der RMRL nimmt der EuGH in seiner Entscheidung C-314/09 Stadt Graz gegen Strabag AG ua Stellung. Hinsichtlich der in Österreich bereits kontroversiell geführten Diskussion³⁸³ zur Unionsrechtskonformität des (ehemaligen) § 338 BVergG 2010³⁸⁴ stellt diese Entscheidung nach Ansicht des Autors gewissermaßen eine Zäsur dar. Es wird daher in einen „Prä-C-314/09-Zeitraum“ und einen „Post-C-314/09-Zeitraum“ gegliedert.

Überlegung hinsichtlich einer Anwendbarkeit/Nicht-Anwendbarkeit der in der Judikatur zur Staatshaftung entwickelten Grundsätze sind diese nunmehr voranzustellen. Infolge des Umstandes, dass die Staatshaftung aus dem Unionsrecht hervorgeht und zu dessen Wirksamkeit unerlässlich ist, sind die Bedingungen zur Begründung einer solchen aus dem Unionsrecht abzuleiten³⁸⁵.

Der Staatshaftungsanspruch baut auf der Haftung der Union für Schäden, die deren Organe einem Einzelnen zufügen, auf. So normiert Art 340 AEUV eine Haftung der Union. Eine Haftung der Mitgliedstaaten ist im Vertrag nicht vorgesehen, sondern es wurde, basierend auf der Unionshaftung, durch die Judikatur des EuGH die Haftung auf Mitgliedstaaten erweitert.

³⁸¹ *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 211

³⁸² *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 211

³⁸³ Vgl M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 41

³⁸⁴ § 338 BVergG 2010 idF BGBl I 2010/15

³⁸⁵ *Schockweiler*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten gegenüber dem einzelnen bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts in EuR 1993, 107ff

Grundsatzentscheidung ist das Urteil in der Rs *Francovich*³⁸⁶. Mit dieser Entscheidung wurde erstmals festgelegt, dass die Mitgliedstaaten für Schäden haften, die sie dem Einzelnen durch Verletzungen des Unionsrechts zufügen. Der Ausdehnung der Haftung auf Mitgliedstaaten liegt die Überlegung zugrunde, dass es *„für den Geschädigten [...] keinen Unterschied machen [soll], ob der Verstoß gegen das Unionsrecht durch eine europäische oder eine nationale Stelle erfolgt“*³⁸⁷.

Erstmals hat der EuGH in seiner diesbezüglichen Grundsatzentscheidung *Francovich* ausgesprochen, dass

*„es [...] nach alledem ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts [sei], daß die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind [...]“*³⁸⁸

und

*„diese Voraussetzungen [...] ausreichen, um dem Einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben, der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist.“*³⁸⁹

Lediglich am Rande sei angemerkt, dass diese Entscheidung wegen der den Mitgliedstaaten auferlegten finanziellen Last auf heftige Kritik stieß³⁹⁰. Im Rahmen dieser Arbeit ist nicht auf die Kontroverse bzw Fragestellung einzugehen, ob der EuGH seine Kompetenzen überschritten hat, indem er durch „Auslegung“ den Staatshaftungsanspruch hergeleitet hat, oder ob die Legitimität dieses Anspruches zu

³⁸⁶ EuGH 19. 11. 1991verbRs C-6/90 und C-9/90, *Francovich*

³⁸⁷ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer/Stöger*, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 340 Rz 3 AEUV (2013) (Stand: März 2013, rdb.at)

³⁸⁸ EuGH 19. 11. 1991verbRs C-6/90 und C-9/90, *Francovich* Rz 37

³⁸⁹ EuGH 19. 11. 1991verbRs C-6/90 und C-9/90, *Francovich* Rz 41

³⁹⁰ *Eder*, Der öffentliche Auftraggeber, 18

bezweifeln sei³⁹¹. Im Rahmen dieser Arbeit wird – ausgehend von der stRsp – von der Legitimität des Staatshaftungsanspruches ausgegangen. Begründend sei angeführt, dass dieser Anspruch zweifelsfrei die volle Wirksamkeit des Unionsrechts fördert, indem er dem Einzelnen einen Schadenersatzanspruch gegen Unionsrechtsverstöße des Mitgliedstaates zugesteht, was wiederum – im Sinne des schadenersatzrechtlichen Präventionsgedankens – zu einer entsprechenden Verhaltenssteuerung (nämlich unionsrechtskonformem Verhalten) bei den Mitgliedstaaten führt.

Nach der Judikatur des EuGH und der heute völlig herrschenden Meinung müssen folgende Voraussetzungen zur Begründung eines Staatshaftungsanspruches vorliegen:

- Die verletzte Rechtsnorm muss die Verleihung von Rechten an den Einzelnen zum Ziel haben.
- Der Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein.
- Zwischen der dem Mitgliedstaat obliegenden Verpflichtung und dem entstandenen Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen³⁹².

Hinsichtlich der Erörterung bzw Klärung des begrifflichen Gehalts des Verschuldensbegriffes können sowohl das erste als auch das letzte Kriterium außer Acht gelassen werden. Wesentlich ist der „hinreichend qualifizierte Verstoß“.

Folgende Elemente müssen zur Qualifikation eines Verstoßes gegen Unionsrecht als „hinreichend qualifiziert“ berücksichtigt werden:

- Das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift
- Der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift belässt
- Die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen wurde
- Die Frage, ob der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde

³⁹¹ Vgl zu dieser Fragestellung *Eder*, Der öffentliche Auftraggeber 17ff

³⁹² Vgl zu dieser Aufstellung: *Frenz*, Handbuch Europarecht Band 5, 613; EuGH, 5. 3. 1996 C-46 u. 48/93, *Brasserie du pêcheur*; EuGH 8. 10. 1996, C-178 u.a./94, – *Dillenkofer*

- Die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums
- Etwaige Mitverursachung des Rechtsverstoßes durch ein Verhalten eines Unionsorgans³⁹³

Es handelt sich bei den genannten Kriterien nicht um eine taxative, sondern um eine demonstrative Aufzählung³⁹⁴.

Ganz offensichtlich sind bei den aufgezählten Kriterien solche genannt, die nach österreichischem Verständnis eindeutig dem Verschuldensbegriff zugeordnet würden. Vor diesem Hintergrund ging auch *M.-S. Kraus* davon aus, dass aus der Judikatur zur Staatshaftung bis zur Novelle 2012 kein Schluss zur vergaberechtlichen Problematik gezogen werden konnte³⁹⁵. Sie argumentiert dahingehend, dass der Verschuldensbegriff des EuGH nicht mit dem Verschuldensbegriff des österreichischen Rechts ident sei und im Rahmen des „qualifizierten Verstoßes“ ohnehin Kriterien, wie zB die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums, zu prüfen seien, die nach österreichischem Recht dem Verschuldensbegriff zuzuordnen seien, und argumentiert daher in *Aichers* Richtung³⁹⁶.

Diese Sichtweise wird vom EuGH nicht vertreten, wie die Entscheidung C-314/09 zeigt. Diese Entscheidung ist allerdings im Zusammenhang mit der Entscheidung *Combinatie Spijker* C-568/08 zu analysieren, die dazu (scheinbar) im Widerspruch steht.

4.2.1. „Prä-C-314/09-Zeitraum“

*Öhler*³⁹⁷ argumentierte, dass der EuGH judiziere, dass ein Mitgliedsstaat die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches nicht von den Voraussetzungen des

³⁹³ Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht Band 5, 617; EuGH 5. 3. 1996 C-46 u. 48/93, *Brasserie du pêcheur*; EuGH 26. 3. 1996, C-392/93, *British Telecom*

³⁹⁴ Bröhmer, JuS 1997, 117 (122)

³⁹⁵ M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 42

³⁹⁶ M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 42

³⁹⁷ *Öhler*, Rechtsschutz, 202

Verschuldens des Schädigers abhängig machen darf. Dies folgert er aus der Judikatur zur Gleichbehandlungs-RL³⁹⁸, insbesondere aus der Entscheidung Dekker C-177/88, welche Entscheidung durch die Rechtsprechung zur Staatshaftung bestätigt worden sei³⁹⁹. Weiters führt er aus, dass diese Rechtsprechung zweifellos auch für die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen gelte und es daher den Mitgliedstaaten verwehrt sei, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig zu machen⁴⁰⁰.

In dieselbe Kerbe, allerdings mit anderer Begründung, schlägt auch *Steindorff*. Er begründete die Unzulässigkeit des Verschuldens zur Erlangung von Schadenersatz nicht, wie *Öhler*, mit der Judikatur zur Gleichbehandlungs-RL, sondern leitet diese Unzulässigkeit direkt aus Art 4 Abs 3 EUV her⁴⁰¹.

Ebenfalls zur Unzulässigkeit eines Verschuldenserfordernisses kommt *Dreher*, der meint, dass dies die Geltendmachung von Schadenersatz „unnötig erschwere“⁴⁰², wobei *Eder* diesbezüglich bereits kritisch anmerkt, dass eine „unnötige Erschwernis“ nicht auch gleich eine „übermäßige Erschwernis“ im Sinne des Effektivitätsprinzips ist⁴⁰³.

Ackermann argumentiert gegen die von *Öhler* behauptete Verallgemeinerungsfähigkeit der Judikatur zur Gleichbehandlungs-RL⁴⁰⁴ und führt, wie auch *Aicher*, ins Treffen, dass in die Begrifflichkeit der europarechtlichen Judikatur zu den „hinreichend qualifizierten Verstößen“ jene Faktoren einfließen, welche nach innerstaatlichem österreichischen Recht als Verschuldenselemente gesehen werden⁴⁰⁵.

³⁹⁸ RL 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1967 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl 1967 L 39/40.

³⁹⁹ *Öhler* zitiert dazu verb. Rs C-178/94, C-188, C-189/94 und C190/94 Dillenkofer

⁴⁰⁰ *Öhler*, Rechtsschutz, 202

⁴⁰¹ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), 363

⁴⁰² *Dreher*, Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa in EuZW 1998, 197ff

⁴⁰³ *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 213

⁴⁰⁴ Ackermann, Die Haftung des Auftraggebers bei Vergabeverstößen in ZHR 2000, 394ff

⁴⁰⁵ *Aicher* in S/A/F/T, Bundesvergabegesetz 2006 § 338 Rz 30ff

Leffler kommt zu dem Schluss, dass aufgrund von Parallelen bzw gleichgelagerten Interessen zwischen dem Gleichbehandlungsrecht und dem Vergaberecht und aus diesem Grund daher ebenso eine Parallele zwischen der Gleichbehandlungsjudikatur und der Vergaberechtsjudikatur zu sehen ist⁴⁰⁶. Er kommt also – mit anderer Begründung – zu einem Ergebnis wie *Öhler* (mit seiner Überlegung, wonach infolge von Beweisschwierigkeiten das Effektivitätserfordernis von Schadenersatzansprüchen verloren gehen könnte⁴⁰⁷). Er zeigt damit deutlich die Probleme, welche bereits im Eingangsfall dieser Arbeit im Zusammenhang mit der Erlangung von Schadenersatz im Falle von diskriminierenden Ausschreibungsbedingungen aufgezeigt wurden, und argumentiert in eine ähnliche Richtung, in die später auch der EuGH argumentieren sollte⁴⁰⁸.

Der Hintergrund obiger Argumente ist näher zu beleuchten, insbesondere auch um die Bedeutung der Entscheidung Stadt Graz⁴⁰⁹ hervorzuheben.

In der Entscheidung Stadt Graz C-314/09 wird erstmals zum Thema gemacht, ob die RMRL einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Schadenersatzanspruch des öffentlichen Auftraggebers vom Verschulden abhängig macht, wobei dieses Verschulden vermutet wird und sich der Auftraggeber nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann. Es wird also auf die Frage eingegangen, wie der Begriff des Verschuldens im Hinblick auf einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht zu interpretieren ist bzw wie sich der österreichische Verschuldensbegriff dazu verhält.

⁴⁰⁶ Leffler, *Damages and liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*. PPLR 2003, 151ff zit nach: Eder, *Der öffentliche Auftrag*, 215

⁴⁰⁷ Zu dieser Sicht gelangt auch *Arztmann*, *Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich*, 56 Dieser gelangt zwar auch zur Ansicht, dass: „*der Rechtsschutz des Schadenersatzwerbers auch im Vergaberecht ohne deren Heranziehung [gemeint: die Judikatur zur Gleichbehandlungs-RL und zur Staatshaftung] ineffektiv ist*“ gelangt dann aber – nicht näher begründet und im Gegensatz zu *Leffler* – zum Schluss, dass „*die Ausgestaltung in Form einer reinen Verschuldenshaftung mit den vom EuGH aus dem Primärrecht abgeleiteten Grundsätzen unvereinbar ist*“

⁴⁰⁸ EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, Stadt Graz

⁴⁰⁹ EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, Stadt Graz

Der EuGH schloss die Unionsrechtskonformität der (damaligen) österreichischen Regelung⁴¹⁰ aus. Damit ist klargestellt, dass die österreichische Variante dieser Verschuldensdefinition nicht dem entspricht, was der EuGH mit „hinreichend qualifiziertem Verstoß“ meint.

⁴¹⁰ Siehe dazu sogleich die Ausführung zum Urteil Stadt Graz

Urteil Stadt Graz gegen Strabag u. a. C-314/09

Sachverhalt

Die Stadt Graz hat in einem offenen Verfahren die Herstellung und Lieferung von bituminösem Heißmischgut ausgeschrieben. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass in der Rubrik „Fristen für die Leistungserbringung“ der Zeitraum „Beginn: 1. März 1999, Ende 20. Dezember 1999“ angegeben wurde.

Der Zuschlag wurde am 14. Juni 1999 dem Bauunternehmen Held & Franck Bau GmbH (im Folgenden: HFB) erteilt. Die Zuschlagserteilung an HFB erfolgte, obwohl HFB den öffentlichen Auftraggeber mittels Begleitschreiben zu ihrem Angebot dahingehend informierte, dass ihre Asphaltmischanlage ab 17. Mai 1999 betriebsbereit sei.

Ohne von diesem Begleitschreiben zu wissen, beantragten Strabag u. a. ein Nachprüfungsverfahren mit der Begründung, dass HFB in der Steiermark über keine Heißmischanlage verfüge und deren Angebot daher infolge technischer Unmöglichkeit der Leistungserbringung auszuschneiden sei. Ein Ausschneiden der HFB hätte zur Folge gehabt, dass der Zuschlag für das gemeinsame Angebot von Strabag u. a. hätte erteilt werden müssen.

Vorauszuschicken ist noch der Umstand, dass die Zuschlagserteilung an HFB aufgrund eines Bescheides vom Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, mit welchem sämtliche Anträge von Strabag u. a. (Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Ausschneiden von HFB) abgewiesen wurde. Dieser Bescheid wurde vom VwGH aufgehoben, mit der Begründung, dass das Angebot von HFB von der Ausschreibung abweiche, zumal die Frist zur Erbringung der Leistung vom 1. März 1999 an gelaufen wäre, wohingegen der HFB deren neue Asphaltmischanlage erst ab 17. Mai 1999 zur Verfügung gestanden ist.

Aufgrund dieser VwGH-Entscheidung stellte der UVS Steiermark in weiterer Folge bescheidmäßig fest, dass die Stadt Graz den Zuschlag nicht rechtmäßig erteilt hätte.

Daraufhin erhoben Strabag u. a. einen Schadenersatzanspruch gegen die Stadt Graz.

Hinsichtlich des Verschuldens des öffentlichen Auftraggebers legte der OGH im Hinblick darauf, dass einerseits § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr vorsehe, das Verschulden des öffentlichen Auftraggebers mithin vermutet werde, und andererseits § 1299 ABGB einen erhöhten Haftungsmaßstab an den öffentlichen Auftraggeber anlege, folgende Vorlagefrage:

„Stehen Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 Buchst c der Richtlinie 89/665/EWG oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des Auftraggebers gegen Gemeinschaftsvergaberecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig gemacht werden, auch dann entgegen, wenn diese Regelung dahingehend angewendet wird, dass grundsätzlich Organverschulden des Auftraggebers zu vermuten und seine Berufung auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit insofern mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit ausgeschlossen ist?“

Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat entschieden, dass die Richtlinie dahingehend auszulegen sei, dass der Verstoß eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht dieser selbst dann entgegensteht, wenn das Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.

Rechtliche Analyse

Vorauszuschicken ist, dass die österreichische Regelung, die sich mit dem Schadenersatz beschäftigte, bis 31. März 2012 § 338 BVergG war. Diese Regelung setzte noch eine

„schuldhafte Verletzung“ voraus, um Schadenersatz zu erlangen⁴¹¹. Ab dem 1. April 2012 regelt § 337 BVergG den Schadenersatz im Vergaberecht. Dort findet sich jedoch der Begriff der „schuldhaften Verletzung“ nicht mehr. Stattdessen heißt es jetzt „hinreichend qualifizierter Verstoß“⁴¹².

Der österreichische Gesetzgeber hat also bereits auf die Rechtsprechung des EuGH reagiert. Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung sind jedoch wesentlich diffiziler.

Der EuGH führt aus, dass durch die RMRL hinsichtlich der Erlangung von Schadenersatz zwar die Notwendigkeit geschaffen wurde, den Nachprüfungsinstanzen die erforderlichen Befugnisse zu erteilen, damit diese denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkennen kann. Es sind jedoch lediglich Mindestvoraussetzungen geschaffen, welche durch die Mitgliedstaaten auszugestalten sind, was in den Rahmen der Verfahrenautonomie fällt, welche durch die Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität begrenzt ist⁴¹³.

Das Effektivitätsgebot sieht der EuGH gefährdet, wenn ein Schadenersatzanspruch von einem Verschulden des öffentlichen Auftraggebers abhängig gemacht wird. Zur näheren Begründung führt er aus, dass die RMRL den Mitgliedstaaten die Befugnis einräume, die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz nach Vertragsabschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung auf die Zuerkennung von Schadenersatz zu beschränken. Die Alternative der Einschränkung auf die Zuerkennung von Schadenersatz könne allerdings im Lichte des Effektivitätsgebotes lediglich dann zulässig sein, wenn sie unabhängig von einem allenfalls festzustellenden Verschulden des öffentlichen Auftraggebers ist.

Der EuGH sieht zwei Punkte, aus denen heraus das Effektivitätsgebot verletzt sein könnte, wenn der Schadenersatzanspruch von einem Verschulden abhängig wäre. Zum einen könnte es sein, dass der Bieter den Schadenersatzanspruch verliert, wenn es dem

⁴¹¹ § 338 BVergG 2006 BGBl I 17/2006

⁴¹² § 337 BVergG 2006 BGBl I 17/2006 idF BGBl I 10/2012

⁴¹³ EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, Stadt Graz 32, 33, 34

öffentlichen Auftraggeber gelingt, die zu seinen Lasten bestehende Verschuldensvermutung zu widerlegen. Zweitens bestehe die Gefahr, dass der Bieter infolge der langen Dauer eines Zivilverfahrens erst sehr spät Schadenersatz erhält. Beides stünde mit dem Gebot der wirksamen und möglichst raschen Nachprüfung nicht im Einklang.

Im Ergebnis kommt der EuGH in der zitierten Entscheidung zu einer reinen Unrechtshaftung⁴¹⁴. Die Kombination aus der vom EuGH in dieser Entscheidung konstruierten Unrechtshaftung einerseits mit seiner Aussage, dass die RMRL lediglich Mindestvoraussetzungen an den Rechtsschutz stelle und die genaue Regelung den Mitgliedstaaten obliege, andererseits ist problematisch⁴¹⁵. *Eder* kommt daher in ihrer Analyse dieser Entscheidung zum Schluss, dass das Schweigen der RMRL zum Verschulden dessen Regelung den Mitgliedstaaten überlassen in deren Verfahrensautonomie der EuGH mit gegenständlichem Urteil zu Unrecht eingegriffen hat⁴¹⁶.

Nach Ansicht des Autors muss hier differenziert werden. Wiewohl die genaue Regelung des Schadenersatzes in die Verfahrensautonomie fällt und dessen genaue Ausgestaltung den Mitgliedstaaten obliegt⁴¹⁷, ist deren Regelungskompetenz letztlich durch das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot begrenzt. Bei einer differenzierten Betrachtung kommt man daher zum Ergebnis, dass ein von den Mitgliedstaaten zur Haftungsbegründung normiertes Verschuldenserfordernis nur insoweit mit dem Unionsrecht, nämlich dem Effektivitätsgebot, vereinbar ist, sofern der Bieter sich – entweder mit den Mitteln des Primärrechtsschutzes oder Sekundärrechtsschutzes – zur Wehr setzen kann.

⁴¹⁴ *Feuchtmüller*, EuGH: Schadenersatz nicht mehr vom Verschulden des Auftraggebers abhängig in ZVB 2010, 444; Rihs/Steiner, „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil II), in ZVB 2013, 188ff

⁴¹⁵ *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 221

⁴¹⁶ *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 225

⁴¹⁷ Siehe dazu sogleich das Urteil *Combinatie Spijker*

Wenn also, wie im Eingangsbeispiel, der Bieter mit einer Situation konfrontiert ist, bei der er von Beginn an rechtswidriges Verhalten des Auftraggebers, nämlich bereits die Ausschreibungsunterlagen, bekämpft hat, mit seiner Sicht aber erst vor dem VwGH obsiegt, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag – ohne Möglichkeit einer Rückabwicklung – vergeben ist, geht die Effektivität des Schadenersatzes völlig verloren, wollte man noch Verschulden des Auftraggebers zur Begründung des Schadenersatzanspruches zur Voraussetzung machen.

4.2.2. „Post-C-314/09-Zeitraum“:

Nur etwa drei Monate nach der Entscheidung Stadt Graz (Entscheidung vom 30. September 2010) fasste der EuGH ein weiteres Urteil, welches sich mit den Voraussetzungen der Gewährung von Schadenersatz an die geschädigten Bieter befasste. Es handelt sich dabei um die Rechtssache Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, C-568/08. Die Entscheidung in dieser Rechtssache stammt vom 9. Dezember 2010 und steht (in scheinbarem) Widerspruch zur Entscheidung Stadt Graz. Es bedarf daher einer genaueren Analyse.

Urteil CombinatieSpijker u. a. C-568/08

Sachverhalt

Ausgeschrieben wurde ein Auftrag zur Renovierung von Zugbrücken. Den Zuschlag sollte der Bieter mit dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erhalten.

Es wurden insgesamt vier Angebote gelegt. Das billigste Angebot war von der Maschinefabrik Emmen BV, das Angebot von Combinatie war an zweiter Stelle.

Festzuhalten ist, dass die ursprüngliche Ausschreibung am 13. Juli 2007 bekanntgemacht wurde. Zehn Tage später, am 23. Juli 2007, wurde diese jedoch durch eine weitere Bekanntmachung geändert.

Combinatie wurde vom öffentlichen Auftraggeber in Kenntnis gesetzt, dass beabsichtigt war, den Auftrag an die Maschinefabrik Emmen BV zu vergeben, da diese das günstigste Angebot gelegt hätte.

Combinatie hatte allerdings Zweifel daran, dass die Maschinefabrik Emmen BV tatsächlich die Zuschlagskriterien erfüllte, und leitete ein Verfahren ein.

Diese Verfahrenseinleitung dürfte der öffentliche Auftraggeber offenbar zum Anlass genommen haben, das durchgeführte Vergabeverfahren einer genaueren (internen) Überprüfung zu unterziehen. Als Ergebnis dieser Prüfung teilte der öffentliche Auftraggeber allen Bietern mit, die Ausschreibung zurückzunehmen, weil diese, infolge wesentlicher Mängel, nicht fortgesetzt werden könne.

Im Rahmen des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes wurden daher zwei Themenkreise erörtert. Zum einen die Erfüllung der Zuschlagskriterien durch die Maschinefabrik Emmen BV, zum anderen die Rechtskonformität der Änderung der Ausschreibung.

Der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kam zum Schluss, dass die Maschinefabrik Emmen BV die Zuschlagskriterien erfüllt und auch die Änderungen an der Ausschreibung – aus auf hier nicht näher einzugehenden Gründen – rechtskonform gewesen wäre. Er untersagte folglich dem öffentlichen Auftraggeber, „[...] *den Auftrag an ein anderes Unternehmen als MFE zu vergeben* [...]“⁴¹⁸. Dieser wurde dann auch an die Maschinefabrik Emmen BV vergeben.

Gegen diese – auch als vorläufig vollstreckbar erklärte – Entscheidung legte Combinatie ein Inzidentrechtsmittel beim Gerichtshof Leeuwarden ein. Dieser stellte fest, dass Combinatie allenfalls ein Schadenersatzanspruch zustehe. Durch den bereits erteilten Zuschlag sei der Vertrag mit der Maschinefabrik Emmen BV gültig zustandegekommen

⁴¹⁸ EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, Combinatie Rz 26

und – abgesehen von besonderen Fällen – infolge von Fehlern im Vergabeverfahren nicht mehr anfechtbar.

Im daraufhin von Combinatie eingeleiteten Schadenersatzprozess stellte die Rechtbank Assen fest, dass das Vergabeverfahren – wie der öffentliche Auftraggeber selbst mit Schreiben vom 1. November 2007 an die Bieter mitteilte – zurückzunehmen gewesen wäre und eine Neuausschreibung durchzuführen gewesen wäre. Sie stellte sohin die Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung an die Maschinefabrik Emmen BV fest. Gleichzeitig hielt sie aber fest, dass infolge des Umstandes, dass der Vertrag eben bereits abgeschlossen worden sei, Combinatie allenfalls auf einen Schadenersatzanspruch zu verweisen sei.

Die Rechtbank Assen hat dem EuGH fünf Fragen, die teilweise mehrfach untergliedert waren, zur Vorabentscheidung vorgelegt. Von zentraler Bedeutung im Zusammenhang mit einem Schadenersatzanspruch im Zusammenhang mit dem Vergaberecht ist die Vorlagefrage 4c. Diese lautet:

„Wenn diese Behörde Schadenersatz leisten müsste, gibt das Gemeinschaftsrecht Maßstäbe vor, anhand deren der Schaden festzustellen und zu bemessen ist, und wenn ja, welche Maßstäbe sind das?“

Entscheidung des EuGH

Im Hinblick auf die Haftung des Staates hat der EuGH entschieden, dass

„[...] der geschädigte Einzelne einen Entschädigungsanspruch [hat], wenn die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, die Verleihung von Rechten an den Einzelnen bezweckt, der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist es in Ermangelung einschlägiger Unionsvorschriften Sache jedes Mitgliedstaats, in seiner internen Rechtsordnung die Kriterien zu bestimmen, auf

deren Grundlage der Schaden aufgrund eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens festzustellen und zu bemessen ist, sofern der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz beachtet werden. “

Rechtliche Analyse

In dieser Entscheidung wird vom EuGH festgestellt, dass die in Art 2 Abs 1 lit c RMRL normierte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, im Falle eines Verstoßes gegen Regelungen des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens den Geschädigten Schadenersatz zuzuerkennen, eine Konkretisierung des Grundsatzes der Staatshaftung sei⁴¹⁹. Unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes sei es Sache der Mitgliedstaaten, im Rahmen des nationalen Rechts die Voraussetzungen zu normieren, auf deren Grundlage der Schaden aufgrund eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens festzustellen und zu bestimmen sei⁴²⁰.

Daraus kann geschlussfolgert werden, dass unter den Voraussetzungen der Staatshaftung (Verleihung von Rechten an Einzelne, hinreichend qualifizierter Verstoß, Kausalzusammenhang) der geschädigte Einzelne einen Entschädigungsanspruch hat. Die Voraussetzungen der Feststellung und Bemessung eines Schadenersatzanspruches müssen durch die Mitgliedsstaaten in deren nationalen Rechtsordnungen geregelt werden, nachdem keine diesbezüglichen unionsrechtlichen Vorschriften existieren. Dabei sind sie allerdings durch den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz beschränkt.

*Eder*⁴²¹ analysiert dieses Urteil dahingehend, dass, wie der EuGH selbst ausspricht, die Haftung aufgrund der RMRL als eine Konkretisierung der Staatshaftung zu verstehen sei. Die Haftung aufgrund der RMRL müsse also in einem größeren Kontext gesehen werden,

⁴¹⁹ EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, Combinatie Rz 87

⁴²⁰ EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, Combinatie Rz 90; an dieser Stelle zitiert der EuGH sogar die Entscheidung C-314/09!

⁴²¹ Vgl zu den folgenden Ausführungen: *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 227ff mwN

den die Grundsätze zur Staatshaftung bilden. In deren System sei die Haftung aufgrund der RMRL eingebettet. Das Primärrecht bilde Geltungs- und Auslegungsmaßstab für das Sekundärrecht, und wie auch die materiellen Vergaberechtsrichtlinien vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten und des AEUV auszulegen seien, sei es nur naheliegend, auch hier den primärrechtlichen Staatshaftungsgrundsatz zur Auslegung des sekundärrechtlichen, vergaberechtlichen Haftungsregimes heranzuziehen⁴²². Eder führt weiter aus, dass mit dieser Interpretation ein einheitliches System der sekundärrechtlichen Haftpflicht im Vergaberecht, der Staatshaftung und außervertraglichen Haftung der Union entstünde⁴²³.

Zusammenschau der beiden Urteile

Festzuhalten an dieser Stelle ist der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber in beiden diskutierten Urteilen eine – objektiv rechtswidrige – Zuschlagserteilung erteilte und im späteren Schadenersatzprozess den Bietern eine – wenngleich auch nur scheinbar die Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers bestätigende – Entscheidung der Nachprüfungsbehörde zur Legitimation heranzog. Die Entscheidungen sind daher von hoher Relevanz für gegenständliche Arbeit, weil eine allfällige Haftung des Auftraggebers im Anschluss an eine (Fehl-)Entscheidung der Nachprüfungsinstanz thematisiert wird. So wird etwa in einer Konstellation, in der die Nachprüfungsbehörde einzelne Anforderungen einer Ausschreibung für nichtig erklärt, der Auftraggeber aber nicht erkennt, dass dies unzulässig ist und zur Neuausschreibung führen müsste, und deshalb den Zuschlag erteilt, läuft Gefahr schadenersatzpflichtig zu werden bzw eine Geldbuße bezahlen zu müssen⁴²⁴.

⁴²² Vgl dazu auch: *Holoubek/Hanslik*, Haftung für Vergabefehler in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013), 83ff (91)

⁴²³ *Eder*, Der öffentliche Auftrag, 229

⁴²⁴ Vgl dazu auch: *Pointner*, Die Streichung einzelner Anforderungen der Ausschreibung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens kann den Auftraggeber zum Widerruf seiner gesamten Ausschreibung verpflichten in ZVB 2015, 112; Vgl zur Frage, ob der Auftraggeber auf eine Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde vertrauen darf oder nicht, um seine Schadenersatzverpflichtung auszuschließen *Aicher/M.-S. Kraus*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil I) in ZVB 2011, 315; *Wilhelm*, EuGH: Verschuldensfreier Schadenersatz bei Vergabeverstoß in *ecolex* 2010, 1117

Selbstverständlich müssen beide zitierten Judikate parallel gesehen werden. Die oben wiedergegebene Interpretation des Urteiles *Combinatie Spijker* von *Eder* führte zwar zu einem einheitlichen Haftungsregime, steht aber (scheinbar) im Widerspruch zum *Stad-Graz-Urteil*, welches ja jegliches Verschulden als Haftungsmaßstab ausschließt.

Aicher/M.-S. Kraus meinen, eben darin eine Inkonsistenz der Rechtsprechung des EuGH zu erkennen. Sie begründen ihre Ansicht im Wesentlichen damit, dass der EuGH in der Entscheidung *Stadt Graz* die Berücksichtigung von Verschulden des öffentlichen Auftraggebers untersagte, während nach der Entscheidung *Combinatie Spijker* eine Verschuldensprüfung unter dem Deckmantel des hinreichend qualifizierten Verstoßes möglich wäre⁴²⁵.

Diesem Dilemma könnte man entgehen, wenn man, wie etwa *Rihs/Steiner*⁴²⁶ argumentierte, dass die Entscheidung *Combinatie Spijker* nur Primärrecht betreffe und – wie auch *Eder*⁴²⁷ – den Haftungsgegenstand im *Stad-Graz-Urteil* in der Verletzung des nationalen Vergabegesetzes sieht, wohingegen im *Combinatie-Spijker-Urteil* der Haftungsgegenstand ein Unionsrechtsverstoß im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch die ausschreibende Behörde war. Konsequenz dieses Lösungsansatzes wäre, dass *Combinatie Spijker* letztlich als Staatshaftungsurteil zu qualifizieren wäre, im Rahmen dessen selbstverständlich ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorliegen müsste, wohingegen ein solcher im Rahmen der Haftung für Vergaberechtsverstöße iSd RMRL nicht erforderlich wäre, zumal die RMRL eine eigene Haftungsgrundlage darstellen würde⁴²⁸.

⁴²⁵ Vgl. *Aicher/M.-S. Kraus*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil II) in ZVB 2011, 358; *M.-S. Kraus*, Rechtsschutz, 49

⁴²⁶ *Rihs/Steiner*, „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil I), in ZVB 2013, 138ff

⁴²⁷ *Eder*, Der öffentliche Auftraggeber, 236

⁴²⁸ *Eder*, Der öffentliche Auftraggeber, 236f

Ein anderer Lösungsansatz wäre darin zu erblicken, dass man einen hinreichend qualifizierten Verstoß auch im Rahmen der sekundärrechtlichen Haftung zu prüfen hat, dieser jedoch einen anderen Inhalt hat als im Bereich der Staatshaftung⁴²⁹.

Eder führt dazu aus, dass „im Ergebnis [...] jeder schlichte Rechtsverstoß hinreichend qualifiziert [sei]“⁴³⁰. Begründend ist dazu auszuführen, dass im Sinne dieses Lösungsansatzes der „hinreichend qualifizierte Verstoß“ im Bereich der sekundärrechtlichen Haftung im Stadt-Graz-Urteil näher spezifiziert wird, was im Ergebnis zu einer reinen Unrechtshaftung führt⁴³¹.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass, unabhängig davon, welcher der zwei vorhin skizzierten Lösungsansätze zur Auflösung der Widersprüchlichkeiten zwischen den Urteilen *Combinatie Spijker* und *Stadt Graz* herangezogen wird, im Endeffekt ein hinreichend qualifizierter Verstoß iSd Staatshaftungsjudikatur – also mit Elementen, die auf nationaler Ebene dem Verschulden zuzurechnen wären – nicht notwendig ist. Umso mehr gilt dies, wenn die Zuerkennung von Schadenersatz die einzige Möglichkeit ist, um Vergaberechtsverstößen zu begegnen, da ansonsten das Effektivitätsgebot verletzt wäre.

5. Rechtsschutz gegen diskriminierende Spezifikationen in Ausschreibungsunterlagen

Wie bereits oben erörtert, muss der Verlust einer Chance tatsächlich und sicher sein, um als Schaden anerkannt zu werden. Das bedeutet, wenn der Bieter eine Möglichkeit hat, etwa mittels Primärrechtsschutz, den Schaden, also den Chancenverlust, zu verhindern, dieser eben nicht tatsächlich und sicher ist. Folglich sind also die

⁴²⁹ ebenda

⁴³⁰ *Eder*, Der öffentliche Auftraggeber, 238

⁴³¹ Siehe oben 148

Rechtsschutzmöglichkeiten im Zusammenhang mit diskriminierenden Ausschreibungsinhalten näher darzustellen. Umgekehrt sind aber aus den Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters mittels einstweiliger Verfügung bzw der Nichtigerklärung von Verträgen Antworten auf die Frage der Ersatzfähigkeit des Chancenverlustes zu gewinnen.

Besonderes Augenmerk ist gerade deshalb auf die Möglichkeit der Nichtigerklärung von Verträgen bzw auf die Möglichkeit der Beantragung der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu legen. Die Nichtigerklärung eines Vertrages wie auch eine einstweilige Verfügung wären Möglichkeiten, den Verlust der Teilnahmemöglichkeit, also den Schadenseintritt, zu verhindern. Wenn diese Möglichkeiten für den Bieter nicht bestehen, folgt daraus, dass – infolge des Effektivitätsgrundsatzes – Schadenersatz zuzuerkennen ist, mithin also der Verlust der Chance nicht nur ein Schaden im Sinne des Unionsrechtes ist, sondern auch ein ersatzfähiger Schaden ist. Zu erörtern sind daher die diesbezüglichen Möglichkeiten und Voraussetzungen.

5.1. Artikel 2 – Die Befugnisse im Nachprüfungsverfahren

Gemäß Artikel 2 RMRL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren folgende Befugnisse vorgesehen werden:

Die für die Nachprüfung zuständigen Instanzen müssen im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergreifen können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern. Dazu gehören auch Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen, oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber⁴³².

Weiters müssen noch die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument, vorgenommen oder veranlasst werden können⁴³³.

Weiters muss noch sichergestellt werden, dass denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann⁴³⁴.

Darüber hinaus haben die Mitgliedsstaaten gemäß Art 2d RMRL dafür Sorge zu tragen, dass ein Vertrag in bestimmten, näher geregelten Fällen, durch eine vom öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt⁴³⁵.

⁴³² Art 2 Abs 1 lit a 89/665/EWG idgF

⁴³³ Art 2 Abs 1 lit b 89/665/EWG idgF

⁴³⁴ Art 2 Abs 1 lit c 89/665/EWG idgF

⁴³⁵ Art 2d RMRL und die näheren Ausführungen unten

Letztlich muss noch gemäß Art 2e RMRL bei bestimmten Verstößen in Zusammenhang mit der Unwirksamkeit/Nicht-Unwirksamkeit von Verträgen die Möglichkeit vorgesehen werden, alternative Sanktionen zu verhängen. Solche alternativen Sanktionen umfassen die Verhängung von Geldbußen bzw -strafen gegen den öffentlichen Auftraggeber oder die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages.

Im Wesentlichen sind daher für die Nachprüfungsinstanzen nachfolgende Befugnisse vorzusehen:

- Vorläufiger Rechtsschutz
- Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen
- Schadenersatz
- Erklärung von Verträgen als unwirksam
- Verhängung alternativer Sanktionen

Im Rahmen dieser Arbeit ist insbesondere auf die Befugnis der Nachprüfungsinstanz zur Erklärung von Verträgen als unwirksam einzugehen. Der Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieters ist dann schlagend, wenn eine Unwirksamklärung nicht in Betracht kommt oder – wenn auch rechtswidrig – unterbleibt.

Festzuhalten im Zusammenhang mit dem Ersatz für den Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ist der Umstand, dass ein solcher nur dann in Betracht kommt, wenn dieser Schaden tatsächlich und sicher ist. Das ist er dann nicht, wenn der – rechtswidrige – Vertrag nichtig erklärt wird und der Bieter Gelegenheit hat, sich am neuen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Wird der Vertrag für unwirksam erklärt, liegt der Zweck dieser Unwirksamklärung nämlich darin, ein neues Vergabeverfahren zu ermöglichen, und damit dem Bieter die Gelegenheit zu geben, sich an diesem Verfahren zu beteiligen⁴³⁶.

Reisner merkt zwar kritisch an, dass genau dies mittels der Nichtigkeitserklärung des Vertrages nicht sichergestellt werden könne, zumal ja fraglich sei, ob der Auftraggeber weiterhin den entsprechenden Beschaffungsbedarf habe⁴³⁷. Wie oben bereits erwähnt⁴³⁸, hängt dies vom zu beschaffenden Produkt ab.

Vorgelagert ist jedoch – zur Sicherstellung eines allfälligen Anspruches des Bieters – die Möglichkeit zu prüfen, eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Ohne eine solche wäre der Rechtsschutz völlig ineffektiv, weil, infolge der gebotenen raschen Durchführung eines Vergabeverfahrens, ohne eine solche, der Sieg des Bieters im Nachprüfungsverfahren regelmäßig zu spät käme.

⁴³⁶ So auch *Aicher*, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz in ÖGEBAU, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, 349

⁴³⁷ *Reisner* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht (2015) Rz 2283

⁴³⁸ Siehe oben 125

5.1.1. Unwirksamkeit von Verträgen

In bestimmten Fallkonstellationen sieht die RMRL vor, dass ein Vertrag durch die Nachprüfungsbehörde für unwirksam erklärt werden kann. Zu unterscheiden sind Fälle, in denen die Unwirksamkeitssanktion zwingend ist, und Fälle, in denen diese lediglich fakultativ ist. Zusätzlich zur Unwirksamkeit bzw anstelle der Unwirksamkeit wird teilweise die Verhängung alternativer Sanktionen angeordnet. Diese müssen nach Art 2e Abs 2 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, und sie umfassen die Verhängung von Geldbußen bzw -strafen gegen den öffentlichen Auftraggeber oder die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages.

Die Unwirksamkeit ist – nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers –, das beste Mittel um den Wettbewerb wiederherzustellen und neue Geschäftsmöglichkeiten für die Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen, denen rechtswidrig Wettbewerbsmöglichkeiten vorenthalten wurden⁴³⁹. Hintergrund dessen, wie die Kommission in ihrem Vorschlag formulierte, ist das, bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Problem, dass durch rasche Zuschlagserteilung der Vertrag unumkehrbar gemacht werden konnte, was eben zur Ineffektivität des Nachprüfungsverfahrens führt und mit der Unwirksamkeitssanktion behoben werden sollte.⁴⁴⁰

Die Regelung der Unwirksamkeitssanktion in der RMRL ist komplex und unübersichtlich. Die zentrale unionsrechtliche Norm für die Unwirksamkeit von Verträgen ist Art 2d RMRL. Dieser ist in Zusammenhalt mit Art 2e RMRL (Verstöße

⁴³⁹ Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 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 2007/35, 31

⁴⁴⁰ KOM/2006/0195 endg.

gegen diese Richtlinie und alternative Sanktionen) zu lesen und zu interpretieren. Dies ist nun näher darzustellen:

Vorauszuschicken ist, dass sich gemäß Art 2d Abs 2 die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrages nach einzelstaatlichem Recht richten. Die Regelung der Folgen der Unwirksamkeit obliegt sohin den Mitgliedstaaten, wird jedoch gleichzeitig wiederum einschränkenden unionsrechtlichen Vorgaben unterworfen. Die Mitgliedstaaten können nach Art 2d Abs 2 UA 2 entweder vorsehen, dass die vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder eine Aufhebung ex nunc mit zusätzlicher Verhängung alternativer Sanktionen im Sinne des Art 2e Abs 2 erfolgt.

Als Zwischenergebnis kann an dieser Stelle also festgehalten werden, dass den Mitgliedstaaten die Kompetenz eingeräumt wird, zu entscheiden, ob sie einen Vertrag – unter den dafür erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen – mit ex tunc Wirkung für unwirksam erklären oder ihn mit ex nunc Wirkung für unwirksam erklären und zusätzlich eine Geldstrafe über den öffentlichen Auftraggeber verhängen.

Weiters wird den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt, von der Unwirksamkeitserklärung eines Vertrages abzusehen, wenn es zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen, die Wirkungen des Vertrages zu erhalten (Art 2d Abs 3). Hier hatte die Kommission im Auge, die Verhältnismäßigkeit der Sanktion zu wahren, und für den Fall, dass zwingende Gründe eines nichtwirtschaftlichen Allgemeininteresses dies rechtfertigen, ein Absehen von dieser Sanktion angedacht⁴⁴¹. In diesem Fall sind jedoch zwingend die Sanktionen iSd Art 2e zu verhängen.

⁴⁴¹ KOM/2006/0195 endg. 14. Erwägungsgrund

Die Umsetzung in Österreich – für den hier relevanten Bereich der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe durch Auftraggeber iSd Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG – erfolgte durch die Regelung des § 334 BVergG. Dieser sieht vor, dass das Bundesverwaltungsgericht im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 bis 5 den Vertrag für absolut nichtig zu erklären hat.

Vordergründig zu analysieren sind jedoch die unionsrechtlichen Vorgaben zur Unwirksamklärung von Verträgen.

5.1.1.1. Gründe für die Unwirksamkeit von Verträgen im Unionsrecht

Die Fälle, für die die Mitgliedstaaten eine Unwirksamkeitserklärung vorsehen können/müssen, werden in drei Fallgruppen geteilt⁴⁴²:

5.1.2. Rechtswidrige freihändige Vergaben:

Sanktioniert wird mit dieser Bestimmung derjenige Fall, dass der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag oder eine Konzession unzulässigerweise ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben hat.

5.1.3. Verstoß gegen Suspensiveffekt und Stillhaltepflicht

⁴⁴² Art 2d Abs 1 lit a bis c RMRL

Mit der Bestimmung des Art 2d Abs 1 lit b werden Verletzungen des Suspensiveffekts und der Stillhaltepflicht sanktioniert. Nach Art 1 Abs 5 wird den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt, zu normieren, dass jemand, der die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beabsichtigt, dies zunächst beim öffentlichen Auftraggeber beantragt. Sollte ein Mitgliedstaat eine solche Regelung vorsehen, so hätte er auch dafür zu sorgen, dass ein dementsprechender Antrag einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsabschluss auslöst. Im Prinzip ist dies notwendig, da ansonsten der Auftraggeber, für den Fall der Beantragung einer Nachprüfung, auf den Vertragsabschluss drängen könnte, um so die Folgen des Zuschlags unumkehrbar zu machen. Es ist daher nur konsequent, wenn genau diese Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers mit der Unwirksamkeitssanktion belegt ist⁴⁴³.

Die zweite Variante der Verletzung des Suspensiveffekts stellt sich folgendermaßen dar: Nach Art 2 Abs 3 haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass für den Fall, dass die Nachprüfungsstelle mit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung befasst ist, der öffentliche Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung darüber getroffen hat bzw zumindest eine Entscheidung über einen Antrag auf eine vorläufige Maßnahme getroffen hat⁴⁴⁴. Es handelt sich um eine vergleichbare Situation wie im Falle der Verletzung des Suspensiveffektes nach Art 1 Abs 5. Auch hier könnte der Auftraggeber den Vertrag durch schnellen – rechtswidrigen – Zuschlag bestandfest machen. Auch hier soll eben diese Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers mit einer Unwirksamkeitssanktion belegt werden.

Die dritte Variante, die von Art 2d Abs 1 lit b sanktioniert wird, ist die Verletzung der Stillhaltefrist. Zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung ist eine Stillhaltefrist einzuhalten, während der der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

⁴⁴³ Mit Einschränkungen, siehe sogleich

⁴⁴⁴ Art 2 Abs 3 RMRL

Zentraler Punkt ist die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, seine Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter und Bewerber abzusenden⁴⁴⁵. In der oben erwähnten Frist ist es diesen daher möglich, die Zuschlagsentscheidung zu überprüfen und gegebenenfalls ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. An die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung werden bestimmte inhaltliche Anforderungen gestellt⁴⁴⁶. Durch Artikel 2a wird somit zweierlei normiert: zum einen die Stillhaltefrist und zum anderen eine Mitteilungspflicht.

Die Stillhaltefrist wurde durch die RMÄRL⁴⁴⁷ eingefügt. Mit den ursprünglichen Regelungen der RMRL ist ein Rechtsschutzdefizit insofern vorgelegen, dass oftmals im unmittelbaren Anschluss an die Zuschlagsentscheidung der Vertrag unterschrieben wurde und damit unanfechtbar war. Im 4. Erwägungsgrund der RMÄRL findet sich der eindeutige Hinweis darauf, dass zu den ermittelten Schwächen insbesondere das Fehlen einer Frist, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des Vertrages ermöglicht, gehört⁴⁴⁸. Die anderen Bieter waren dann auf Schadenersatzansprüche angewiesen.

Auch die Verletzung dieser Verpflichtung zur Einhaltung der Stillhaltefrist wird unter die Unwirksamkeitssanktion gestellt.

⁴⁴⁵ Art 2a Abs 2 RMRL

⁴⁴⁶ Vgl dazu 55 Abs 2 RL 2014/24/EU und eine genaue Angabe der Stillhaltefrist;

⁴⁴⁷ Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/12/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge

⁴⁴⁸ 4. Erwägungsgrund RL 2007/66/EG; siehe auch KOM (2006), 195 endg 2006/0066 wonach sich „Der europäische Gesetzgeber [...] zur Regelung einer Stillhaltefrist veranlasst [sah], da die Mitgliedstaaten hinsichtlich Umfang und Inhalt einer Verpflichtung zur Einhaltung einer Stillhaltefrist unterschiedliche Ansätze verfolgen

Gemeinsam ist diesen drei Varianten nach Art 2d Abs 1 lit b, dass es sich dabei um „relative“ Unwirksamkeitsgründe handelt. Sie führen nicht zwingend in jedem Fall zur Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages, sondern nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen. Die etwas sperrige Regelung des Art 2d Abs 2 lit b sieht vor, dass die Unwirksamkeitssanktion unter den vorhin genannten drei Varianten nur dann greift, wenn

1. der Bieter, der eine Nachprüfung beantragt hat, nicht mehr die Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrages Rechtsschutz zu erlangen, und

2. dieser Verstoß verbunden ist mit einem Verstoß gegen materielles Vergaberecht,

3. allerdings nur dann, wenn der Verstoß gegen materielles Vergaberecht die Aussichten des Bieters auf die Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt hat.

Für den Fall, dass zwar ein Verstoß gegen Art 1 Abs 5, Art 2 Abs 3 oder Art 2a Abs 2 vorliegt, der aber nicht den oben genannten drei Voraussetzungen genügt, ist die Unwirksamkeitssanktion nicht zwingend, sondern können auch alternative Sanktionen verhängt werden⁴⁴⁹.

5.1.4. Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme

⁴⁴⁹ Art 2e RMRL

Gemäß Artikel 2b RMRL können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass in den von der RMRL vorgesehenen Fällen die Stillhaltefrist nicht eingehalten zu werden braucht.

Dies ist zum einen nicht erforderlich, wenn nach der Richtlinie 2014/24/EU oder 2014/23/EU keine vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erforderlich ist⁴⁵⁰.

Weiters ist dies dann der Fall, wenn der einzige betroffene Bieter derjenige ist, dem der Zuschlag erteilt wird, und wenn es keine betroffenen Bewerber gibt⁴⁵¹. Ausgangspunkt dieser Ausnahmebestimmung ist, dass lediglich eine einzige Person im Vergabeverfahren verblieben ist. Naturgemäß können die Mitgliedstaaten dann vorsehen, dass die Stillhaltefrist nicht einzuhalten ist, da ohnehin – mangels Antragslegitimation – niemand ein Nachprüfungsverfahren einleiten könnte. Die Einhaltung der Stillhaltefrist wäre in so einem Fall lediglich ein unsinniger Formalakt.

Letztlich kann auch noch vorgesehen werden, dass die Stillhaltefrist bei einem Auftrag, dem eine Rahmenvereinbarung zugrunde liegt, sowie bei einem Einzelauftrag, der auf einem dynamischen Beschaffungssystem beruht nicht eingehalten werden muss⁴⁵².

Bei letzterer Ausnahme handelt es sich um Einzelabrufe/Einzelaufträge, denen bereits ein Vergabeverfahren (Rahmenvereinbarung bzw. dynamisches Beschaffungssystem) vorausgegangen ist. Es muss dann eben nicht zwingend bei jedem Einzelabruf neuerlich die Stillhaltefrist eingehalten werden.

Sollte ein Mitgliedsstaat allerdings von letzterer Ausnahmeregelung Gebrauch machen, muss er gleichzeitig sicherstellen, dass ein Vertrag im Falle eines Verstoßes gegen Artikel 33 Abs 4 lit c oder Artikel 34 Abs 6 der RL 2014/24/EU und Übersteigen des Schwellenwertes gemäß Artikel 4 leg cit unwirksam ist.

⁴⁵⁰ Art 2b Abs 1 lit a RMRL

⁴⁵¹ Art 2b Abs 1 lit b RMRL

⁴⁵² Art 2b Abs 1 lit c RMRL

Die Regelung der Folgen der Unwirksamkeit richten sich nach dem nationalen Recht⁴⁵³, welches vorsehen kann, dass der Vertrag entweder zur Gänze rückwirkend aufgehoben wird oder – in Kombination mit der Verhängung von alternativen Sanktionen – die Aufhebung lediglich auf die noch ausstehenden vertraglichen Pflichten begrenzt wird.

Gemäß § 334 Abs 2 BVergG ist der Vertrag im Oberschwellenbereich im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 bis 5 BVergG für absolut nichtig zu erklären⁴⁵⁴. Sollte allerdings die Rückstellung des bisher Geleisteten unmöglich sein oder dieses nur unter erheblichem Wertverlust rückstellbar sein, so hat das BVwG den Vertrag nur in dem Ausmaß aufzuheben, in dem Leistungen noch rückstellbar bzw ohne Wertverlust rückstellbar sind, sowie auf Antrag des Auftraggebers den Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben oder bei Vorliegen von öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung des Vertrages überhaupt von einer Nichtigkeitserklärung abzusehen⁴⁵⁵.

In den meisten Fällen wird eine Unmöglichkeit oder zumindest Untunlichkeit einer Rückabwicklung des Vertrages entgegenstehen. Bei Verbrauchsgütern liegt dies auf der Hand. Doch Gebrauchsgüter, beispielsweise Gebäude oder Rettungsfahrzeuge, werden in den meisten Fällen für den Auftraggeber als Kunden individualisiert, weshalb eine Rückabwicklung in aller Regel untunlich sein wird.

5.1.4.1. Kritische Würdigung

⁴⁵³ Art 2d Abs 2 RMRL

⁴⁵⁴ Siehe auch *Stalzer/Porsch*, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung (Teil II) in ZVB 2009, 203

⁴⁵⁵ Reisner in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht (2015), Rz 2286

Im Zusammenhang mit diskriminierenden Ausschreibungsbestimmungen ist Folgendes zu berücksichtigen:

Vordergründig stehen demjenigen, der diskriminierende Bedingungen in Ausschreibungsunterlagen bekämpfen will, die Unwirksamkeitssanktionen nicht zur Verfügung. Zunächst hätte der Rechtsmittelwerber die Ausschreibung mittels eines Nachprüfungsverfahrens anzufechten und die Streichung dieser diskriminierenden Spezifikationen zu begehren⁴⁵⁶. Wenn die Nachprüfungsbehörde die bekämpften Spezifikationen tatsächlich streicht und die Ausschreibung aufrechterhalten werden kann, ist die Angelegenheit damit auch bereits erledigt.

Anderes gilt dann, wenn entweder die Nachprüfungsbehörde die bekämpfte Spezifikation – rechtswidrig – nicht streicht oder aber die bekämpfte Spezifikation zwar streicht, die Ausschreibung aber dadurch zu widerrufen wäre, mithin die Streichung einzelner Spezifikationen bei richtiger rechtlicher Beurteilung unzulässig ist, was nach der Rechtsprechung dann der Fall ist, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde⁴⁵⁷.

In beiden Fällen ist der Rechtsmittelwerber nicht mit seinem Rechtsschutzziel durchgedrungen. Für den Fall, dass die Ausschreibung infolge der Streichung der Bestimmungen zu widerrufen gewesen wäre, wäre die Vergabe als – rechtswidrige – freihändige Vergabe zu qualifizieren⁴⁵⁸. Es könnte also dann mit der Unwirksamkeitssanktion vorgegangen werden. Diese kommt allerdings in aller Regel viel zu spät, als dass sie dem Rechtsmittelwerber noch helfen würde. Faktisch ist der Rechtsschutz gescheitert, wenn er bei einer solchen Fallkonstellation auch keinen

⁴⁵⁶ Siehe dazu Art 2 Abs 1 lit b RMRL

⁴⁵⁷ VwGH, 16. 12. 2015, Ra 2014/04/0045

⁴⁵⁸ VwGH 27. 10. 2014, 2013/04/0104

Schadenersatz für den Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren erhalten kann.

5.1.5. Einstweilige Verfügungen

Dem vorläufigen Rechtsschutz kommt innerhalb des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zentrale Bedeutung zu⁴⁵⁹. Diese besonders hohe Bedeutung ist damit zu erklären, dass ein wirksamer Rechtsschutz nur dann gewährleistet sein kann, wenn der Rechtsschutzsuchende nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden kann⁴⁶⁰.

Der Rechtsschutz soll in erster Linie eine bevorstehende Rechtsverletzung verhindern bzw eine bereits eingetretene Rechtsverletzung wieder rückgängig machen. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn nicht während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens bereits Fakten geschaffen werden, die nicht oder nur schwer beseitigt werden können.

Diese Zielsetzung geht auch bereits aus dem fünften Erwägungsgrund der RMRL hervor, der klarstellt, dass *„angesichts der Kürze der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge [...] die für die Nachprüfung zuständigen Stellen vor allem befugt sein [müssen], vorläufige Maßnahmen zu treffen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörde auszusetzen“*.⁴⁶¹

5.1.5.1. Der Begriff der „vorläufigen Maßnahme“

Der Begriff der vorläufigen Maßnahme ist in der RMRL nicht definiert. Die Definition der vorläufigen Maßnahmen im Sinne der RMRL ist aber jedenfalls mehr als nur die Aussetzung des Vergabeverfahrens⁴⁶². Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm, die diesbezüglich ausführt, dass *„dazu [...] auch Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Durchführung jeder sonstigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen [gehören]“*. Da die Richtlinie keine spezielle, abschließende Regelung

⁴⁵⁹ Pietzcker in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union IV B18 Rz 32

⁴⁶⁰ Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004), Rz 165 und 189

⁴⁶¹ 5. Erwägungsgrund der RMRL

⁴⁶² M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 35 die auf den Wortlaut der Richtlinie verweist.

darüber enthält, welche vorläufigen Maßnahmen die Mitgliedstaaten zu erlassen haben, ist die diesbezügliche Regelungsbefugnis bei den Mitgliedsstaaten⁴⁶³. Freilich haben sie sich dabei innerhalb des vom Unionsrecht vorgegebenen Rahmens zu bewegen.

Eine Beschränkung der vorläufigen Maßnahmen auf die Aussetzung ist daher nicht im Einklang mit dem Unionsrecht⁴⁶⁴, wenn auch mit anderer Begründung als *M.-S. Kraus*. *M.-S. Kraus* begründet dies mit der unten dargestellten Entscheidung des EuGH C-236/95. Aus dieser Entscheidung ist allerdings ein anderer Schluss zu ziehen, wie sogleich unten gezeigt werden wird. Die Aussetzung des laufenden Vergabeverfahrens oder der Durchführung jeder Entscheidung ist nur eine beispielhafte Anführung⁴⁶⁵.

Zur näheren Bestimmung des Umfangs der vorläufigen Maßnahmen liefert der EuGH im Beschluss Rs C-202/03, B v. 29. 04. 2004, ABl C 118/31 Rn 22 Anhaltspunkte. Mit diesem Beschluss entschied der EuGH, dass jedwede vorläufige Maßnahme verfügt werden kann.

Interpretationsgrundlage für den Umfang der vorläufigen Maßnahmen ist daher die Zielsetzung der RMRL. Es müssen vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern⁴⁶⁶.

Aus der klaren Formulierung des Textes der RMRL, dass ein behaupteter Verstoß beseitigt werden können muss bzw weitere Schädigungen der betroffenen Interessen verhindert werden können müssen, ist deutlich abzuleiten, dass die vorläufigen Maßnahmen der Effektivität des Rechtsschutzes dienen. Daraus kann umgekehrt gefolgert werden, dass eine nationalstaatliche Regelung, die die vorläufigen Maßnahmen

⁴⁶³ Vgl *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 348

⁴⁶⁴ EuGH 19. 9. 1996, C-236/95, Kommission/Griechenland; So auch *M.-S. Kraus*, Rechtsschutz, 35

⁴⁶⁵ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, Rz 1492

⁴⁶⁶ Art 2 Abs 1 lit a 1 HS RMRL

einer derartigen Beschränkung unterwirft, sodass ein wirksamer Rechtsschutz damit verunmöglicht wird, dem Effektivitätsgrundsatz widerspricht⁴⁶⁷.

5.1.6. EuGH C-236/95, Kommission/Griechenland⁴⁶⁸

Gegenstand des Verfahrens war eine Klage der Kommission, mit der diese die Feststellung begehrte, dass die Griechische Republik gegen ihre Verpflichtung zur Umsetzung der RMRL verstoßen hat.

Soweit an dieser Stelle der Arbeit relevant, wurde der Griechischen Republik vorgeworfen, ihre Verpflichtung zur Umsetzung von Artikel 2 der RMRL nicht erfüllt zu haben. Es seien die Nachprüfungsinstanzen nicht ermächtigt worden, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, um ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber auszusetzen.

Die griechische Regierung gestand zwar zu, nicht innerhalb der Frist die zur förmlichen Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Maßnahmen erlassen zu haben, dass jedoch aufgrund der griechischen Rechtsvorschriften, insbesondere Artikel 52 des Präsidialdekrets Nr 18/89 mit dem Titel „Kodifizierung der Rechtsvorschriften über den Staatsrat“ bereits ein den Anforderungen der Richtlinie genügender Rechtsschutz vorhanden wäre.

Der EuGH erkannte, dass die Griechische Republik die Richtlinie nicht korrekt umgesetzt hatte.

5.1.7. Rechtliche Analyse:

⁴⁶⁷ vgl dazu auch *Egger*, Europäisches Vergberecht, Rz 1495

⁴⁶⁸ EuGH 19. 9. 1996, C-236/95, Kommission/Griechenland

M.-S. Kraus führt aus, dass in der zitierten Entscheidung betont werde, dass es keine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie darstelle, die Befugnis zum Erlass vorläufiger Maßnahmen allein auf die Aussetzung des Verfahrens zu beschränken⁴⁶⁹.

Der Schlussfolgerung, dass es nicht unionsrechtskonform ist, die vorläufigen Maßnahmen allein auf die Aussetzung des Verfahrens zu beschränken, ist zuzustimmen. Dies folgt aber nicht (nur) aus der zitierten Entscheidung, sondern bereits aus dem Wortlaut des RMRL⁴⁷⁰.

Die zentrale Aussage dieser Entscheidung ist vielmehr darin zu sehen, dass vorläufige Maßnahmen **unabhängig** von einer vorherigen Klageerhebung erlassen werden können müssen. Der EuGH führt in der Entscheidung aus, dass „[...] ihren Nachprüfungsinstanzen ganz allgemein die Befugnis übertragen müssen, unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung vorläufige Maßnahmen zu erlassen, einschließlich von „Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen“⁴⁷¹.

Ab den Ausführungen „Maßnahmen, um das Verfahren...“ wird lediglich der Wortlaut der Richtlinie in Grundzügen wiederholt, sodass daraus kein im Vergleich zum ursprünglichen Text der Richtlinie zusätzlicher Erkenntnisgewinn erzielt werden kann. Dieser ist eben darin zu sehen, dass eine vorläufige Maßnahme unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung erlassen werden kann.

5.1.8. Suspensiveffekt eines Nachprüfungsverfahrens

Nachprüfungsverfahren haben nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt. Davon gibt es aber zwei Ausnahmen.

⁴⁶⁹ M.-S. Kraus, Rechtsschutz, 35

⁴⁷⁰ siehe oben

⁴⁷¹ EuGH 19. 9. 1996, C-236/95, Kommission/Griechenland Rz 11

Die erste Ausnahme von dieser Bestimmung gilt für den Fall, dass die nationale Regelung vorsieht, dass die Person, die ein Nachprüfungsverfahren beantragt, dieses zunächst beim öffentlichen Auftraggeber beantragt⁴⁷². In diesem Fall müssen die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass die Einreichung eines solchen Antrages einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsabschluss auslöst.

Der andere Fall ist, dass eine gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Stelle in erster Instanz mit der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung befasst ist. Diesfalls müssen die Mitgliedsstaaten dafür sorgen, dass der öffentliche Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat⁴⁷³.

5.1.8.1. Interessenabwägung:

Nach Artikel 2 Abs 5 RMRL können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass – vor Erlassung einer vorläufigen Maßnahme – eine Interessenabwägung zwischen den möglicherweise geschädigten Interessen und den Interessen der Allgemeinheit durchzuführen ist. In weiterer Folge kann dann, sollte diese Interessenabwägung ergeben, dass die mit der vorläufigen Maßnahme verbundenen Nachteile die Vorteile überwiegen könnten, vom Erlass der vorläufigen Maßnahme abgesehen werden.

Diese Bestimmung wirft unterschiedliche Probleme auf. Zu klären ist zunächst, welche Interessen in die Abwägung einfließen sollen. In weiterer Folge müsste abgeklärt werden, wie genau die Abwägung der abzuwägenden Interessen erfolgen soll, was also der daran anzulegende Maßstab sein soll.

⁴⁷² Art 2 Abs 4 iVm Art 1 Abs 5 RMRL

⁴⁷³ Art 2 Abs 3 RMRL

Vorab sollen die Interessengegensätze hinsichtlich einer Aufschiebung des Vergabeverfahrens analysiert werden. Wie oben bereits dargestellt, kommt dem Erlass vorläufiger Maßnahmen bzw der Aufschiebung eines Vergabeverfahrens zentrale Bedeutung für den Rechtsschutz zu. Die Rechtsschutzqualität ist umso höher, je leichter eine Aufschiebung erwirkt werden kann. Am höchsten ist sie dann ausgeprägt, wenn ein Nachprüfungsantrag automatisch einen Suspensiveffekt auf das Vergabeverfahren hätte.

Das Vergabeverfahren steht andererseits unter einem Beschleunigungsgebot. Das Vergabeverfahren ist umso schneller, je schwerer eine Aufschiebung erwirkt werden könnte. Die stärkste Ausprägung des Beschleunigungsgebotes wäre dann realisiert, wenn überhaupt keine Aufschiebung vorgesehen wäre. (auch noch Zitate von Boesen, in Gormley einbauen.)

Aus den obigen Ausführungen wird das Spannungsfeld Rechtsschutzqualität – Beschleunigungsgebot⁴⁷⁴ offensichtlich. Es handelt sich bei diesen Charakteristika um diametral entgegengesetzte Interessen. Je stärker man die eine Seite realisiert, umso mehr verhindert man die Umsetzung des anderen Interesses.

Festzuhalten ist, dass das Verfahren hinsichtlich des Erlasses vorläufiger Maßnahmen gegenüber dem eigentlichen Vergabeverfahren gesondert zu betrachten und zu beurteilen ist. Der Erlass vorläufiger Maßnahmen unterliegt eigenen Voraussetzungen und ist nicht etwa von einer Rechtswidrigkeit des eigentlichen Vergabeverfahrens abhängig. Dies ist auch insofern einsichtig, als ja die Rechtswidrigkeit des Hauptverfahrens erst im Nachprüfungsverfahren beurteilt wird, also zu einem Zeitpunkt, zu dem bereits eine vorläufige Maßnahme anzuordnen gewesen wäre (oder nicht anzuordnen gewesen wäre)⁴⁷⁵. Nichtsdestotrotz muss aber eine summarische Prüfung der Rechtsrichtigkeit des Hauptverfahrens gemacht werden, da andernfalls keine Interessenabwägung vorgenommen werden kann. Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Entscheidung über

⁴⁷⁴ *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts in EuZW 2000, 133

⁴⁷⁵ Vgl dazu Boesen, in Gormley (Hrsg.), Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht, 47 (50f).

vorläufige Maßnahmen nicht gleichlautend mit der Entscheidung in der Hauptsache verlaufen muss, was besonders plastisch am Urteil EuGH C-87/94, Kommission/Belgien „Wallonische Busse“⁴⁷⁶ zu sehen ist.

5.1.9. Die „möglicherweise geschädigten Interessen“

Der erste Teil, der in die Abwägung einzubeziehen ist, sind die „möglicherweise geschädigten Interessen“. Es wird aber nicht gesagt, **wessen** möglicherweise geschädigten Interessen relevant sind. Nachdem die Allgemeinheit gesondert erwähnt wird und deren Interessen der andere Teil der Abwägung sind, scheidet sie wohl aus. Natürlich drängt sich sofort auf, dass es um die möglicherweise geschädigten Interessen derjenigen Person geht, die den Antrag auf Erlass der vorläufigen Maßnahme stellt. Fraglich ist aber, ob nicht auch die Interessen des Auftraggebers selbst, oder überhaupt die Interessen Dritter geschädigt sein könnten.

5.1.10. Das Interesse der Allgemeinheit

Das Interesse der Allgemeinheit ist nach Art 2 Abs 5 RMRL gegenüber den „möglicherweise geschädigten Interessen“ abzuwägen.

Typischerweise wird der Allgemeinheit ein Interesse an der raschen Abwicklung eines Vergabeverfahrens nicht abzusprechen sein⁴⁷⁷. Es drängt sich daher naturgemäß der Gedanke auf, dass das Interesse der Allgemeinheit an der raschen Durchführung eines Vergabeverfahrens regelmäßig so stark ins Gewicht fällt, dass es die Interessen des Antragstellers überwiegt⁴⁷⁸. Dies würde dann dazu führen, dass der Primärschutz damit gegenstandslos und überflüssig wäre. Daraus wird dann weiter gefolgert, dass infolge der

⁴⁷⁶ Siehe die Falldarstellung oben 3.6.4.2.5

⁴⁷⁷ So auch *Schenk*, Vergaberecht, 140

⁴⁷⁸ Vgl dazu *Schenk*, Vergaberecht, 140; *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts in EuZW 2000, 133ff

bei anderer Interpretation zwingend folgenden Konsequenz klar sei, dass mit dem Interesse der Allgemeinheit nicht das bei jedem öffentlichen Auftrag bestehende Interesse der Allgemeinheit an der zügigen Abwicklung gemeint sein kann⁴⁷⁹.

5.1.11. Kritische Würdigung

Im Rahmen des hier untersuchten Themas ist zunächst festzuhalten, dass die einstweilige Verfügung vom Bieter – mangels aufschiebender Wirkung des Nachprüfungsantrages – extra zu beantragen ist. Für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens hat der Bieter daher – sofern die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen wird – ausreichend Rechtsschutz⁴⁸⁰.

Sollte die Nachprüfungsbehörde aber, wie im Rahmen dieser Arbeit angenommen, eine rechtswidrige Entscheidung treffen und auch der Auftraggeber sich weiterhin nicht rechtskonform verhalten, müsste letztlich ein Verfahren vor dem VwGH bzw VfGH angestrengt werden. Eine diesbezügliche Entscheidung ergeht aber typischerweise erst zu einem Zeitpunkt, zu dem sich der Schaden des Bieters längst realisiert hat, zumal eine einstweilige Verfügung oder aufschiebende Wirkung der diesbezüglichen Beschwerde – in der Regel – nicht in Betracht kommt⁴⁸¹.

5.1.12. Zwischenergebnis:

⁴⁷⁹ *Schenk*, Vergaberecht, 141

⁴⁸⁰ Vgl ausführlich zur diesbezüglichen Rechtslage in Österreich R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2015), 809ff

⁴⁸¹ Siehe dazu ausführlich: *Denk*, Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts *) Eine kritische Auseinandersetzung mit § 181 Abs 2 BVergG 2002. Zugleich ein Beitrag zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 85 Abs 2 VfGG im Vergaberecht in ÖZW 2002, 97

Hinsichtlich der Frage der Ersatzfähigkeit des Schadens des Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ist festzuhalten, dass aus der Rechtsprechung des EuGH folgt, dass dessen Regelung in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt, diese aber durch das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot eingeschränkt ist.

Der Schadenersatzanspruch eines Bieters soll als Sekundärrechtsschutz Ersatz für Schäden bieten, die im Rahmen des Primärrechtsschutzes nicht verhindert werden konnten.

Im Hinblick darauf folgt allein aus der Anerkennung der europäischen Rechtsprechung des Chancenverlustes als Schaden im Rahmen eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes bzw als die Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens begründend die Ersatzfähigkeit dieses Schadens. Wie oben bereits dargestellt, wäre es widersinnig, zunächst etwas als Schaden anzuerkennen und in weiterer Folge – wenn sich genau dieser realisiert – keinen Ersatz dafür zu gewähren.

Unterstützt wird dieses Interpretationsergebnis noch durch den ausdrücklichen Wortlaut der RMRL, in deren Art 2 Abs 1 lit c normiert ist, dass die Nachprüfungsbehörde die Befugnis haben muss, den Geschädigten Schadenersatz zuzuerkennen. Auch daraus ist erschießbar, dass etwas, das als Schaden anerkannt wird, auch ersatzfähig sein muss.

Zu eben diesem Interpretationsergebnis gelangt man, wenn man die Entwicklung des Rechtsschutzes berücksichtigt. Wie im Rahmen der Erörterung der Unwirksamkeitssanktion erwähnt, sollte durch die RMÄRL⁴⁸² der Rechtsschutz – unter anderem – durch die Nichtigkeitssanktion verstärkt werden. Es soll dadurch verhindert werden, dass der Bieter gleichsam vor vollendete Tatsachen gestellt wird und das

⁴⁸² Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/12/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge

Nachprüfungsverfahren damit faktisch obsolet wird. Genau diesen Effekt würde man aber erreichen, wenn – in anderer Fallkonstellation, nämlich der hier untersuchten – der Schaden nicht ersatzfähig wäre. Wie bereits im Eingangsfall geschildert, hätte dies zur Konsequenz, dass der Bieter – trotz Obsiegens in letzter Instanz – letztlich mit einem völlig effektlosen Nachprüfungsverfahren konfrontiert wäre.

Auf den Punkt gebracht, folgt aus dem Umstand, dass der Bieter in einem Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts keinen Schutz durch eine einstweilige Verfügung genießt und eine Unwirksamklärung des Vertrages – so eine solche überhaupt ausgesprochen wird – zu spät kommt, sodass es der Effektivitätsgrundsatz erfordert, den Schaden zu ersetzen.

6. Anspruchsgrundlage im österreichischen Recht

Im Rahmen dieses Abschnitts wird abschließend eine Anspruchsgrundlage für den Ersatz des Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren auf mündlichen Wegen hergeleitet.

Gemäß § 1326 ABGB ist einer Person, welche durch eine Misshandlung verunstaltet worden ist, Schadenersatz zu leisten, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.

Zu dieser Norm sind derart viele widersprüchliche Entscheidungen ergangen, wie zu kaum einer anderen Norm und bereitet sie der Praxis erhebliche Anwendungsprobleme⁴⁸³. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich zu nach § 1325 gewährendem Schadenersatz. Dieser sieht den Ersatz der Heilungskosten und des Verdienstentganges sowie Schmerzensgeld vor. Folglich ist für eine erlittene Narbe, neben den Heilungskosten, Schmerzensgeld zuzusprechen, darüber hinaus, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, auch Ersatz für den Verdienstentgang, den der Geschädigte konkret erleidet.

Eine Entschädigung nach § 1326 hingegen soll einen Chancenverlust ausgleichen. Konsequenterweise sieht die Rechtsprechung in der Entschädigung nach § 1326 daher – zutreffend – eine Abgeltung der objektiven Chance eines besseren Fortkommens⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Schwimann/Harrer, ABGB² VII, § 1326 Rz 1

⁴⁸⁴ EFSlg 38.603

Ersetzt werden soll im Rahmen der Verschlechterung der Heiratsaussichten die bloße Möglichkeit, also die Chance darauf, einen Ehepartner zu finden.

Wenn jemand durch eine Verunstaltung einer konkreten, zukünftigen Heirat verlustig wird, weil etwa dessen Verlobter infolge der Verunstaltung von der Heirat Abstand nimmt, ist dadurch ein konkreter Schaden entstanden.

Ein Ersatz für verminderte Heiratschancen ist aber bereits dann zuzusprechen, wenn die Chance darauf, einen Ehepartner zu finden, verschlechtert wird. Das bedeutet, dass durch diese Bestimmung der Ersatz für eine verlorene Chance anerkannt ist, mithin der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd ist.

Nach Ansicht des Autors ist diese Bestimmung zum Ersatz des Schadens durch den Chancenverlust im Rahmen eines Vergabeverfahrens analog heranzuziehen. Hier wie dort geht eine Chance verloren. Hier die Frau, die nicht angeben kann, ob sie geheiratet hätte, aber sehr wohl sagen kann, dass durch die Verunstaltung ihre Chance darauf, einen Mann zu finden, gesunken oder sogar ganz geschwunden ist. Dort der Bieter, der nicht angeben kann, ob er den Zuschlag erhalten hätte, wären keine rechtswidrigen Bedingungen in der Ausschreibung enthalten gewesen. Definitiv kann er aber sagen, dass jetzt die Chance auf den Zuschlag verloren ist. Hier kann die Frau Ersatz für diesen Chancenverlust erlangen, dort muss dasselbe analog gelten.

Beachtlich im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines auf § 1326 ABGB gestützten Schadenersatzanspruches im hier gegebenen Kontext, ist das Sonderzivilrecht des BVergG hinsichtlich des Schadenersatzes beachtlich. Der Gesetzgeber wollte

klarstellen, dass Schadenersatzansprüche der Teilnehmer am Vergabeverfahren in den Bestimmungen der §§ 337ff BVergG abschließend geregelt sind⁴⁸⁵.

Nach § 340 BVergG bleiben aber im Übrigen die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden, soweit hier von Interesse, Ersatzansprüche unberührt⁴⁸⁶.

Nur soweit also die §§ 337 – 339 BVergG keine besonderen Vorschriften enthalten (wie insbesondere das Erfordernis des vorangehenden Feststellungsbescheides), gelten die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechtes⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ *Fink in Schwartz* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006² (2013) § 340 Rz 1

⁴⁸⁶ Vgl § 340 BVergG

⁴⁸⁷ *Fink in Schwarz*, Bundesvergabegesetz² (2013) § 340 Rz 2

7. Conclusio und Ausblick

Schäden im Wirtschaftsleben sind oftmals bloße Vermögensschäden. Diese äußern sich in verlorenen Gewinn- und Erwerbschancen oder Ähnlichem. Die Frage des Ersatzes solcher Schäden ist daher virulent.

Von hoher Bedeutung und damit von verstärktem Interesse ist die genannte Problematik im Bereich des Vergaberechts. Durch das Vergaberecht soll das Beschaffungswesen der Mitgliedstaaten geöffnet werden und die seit langer Zeit verfestigten „Haus-und-Hoflieferanten“-Strukturen aufgebrochen werden. Ziel dabei ist eine Effizienzsteigerung der Wirtschaft einerseits und das Erreichen eines sparsamen Mitteleinsatzes bei den öffentlichen Auftraggebern andererseits.

Ein funktionierendes Vergabewesen ist daher nicht nur für die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter und öffentlichen Auftraggeber bedeutsam, sondern darüber hinaus auch für die Allgemeinheit.

Da jedoch die öffentlichen Auftraggeber – in der Regel – nicht dazu bereit sind, ihre gefestigten Beschaffungsstrukturen bei von ihnen favorisierten Lieferanten freiwillig aufzugeben, ist die normative Regelung eines Vergabeverfahrens geboten. Mit der gesetzlichen Regelung des materiellen Vergaberechts allein ist es allerdings nicht getan, wie auch die Union erkennen musste. Zur Sicherstellung der Einhaltung des materiellen Vergaberechts ist daher ein Rechtsschutzinstrumentarium notwendig, welches den einzelnen Beteiligten ein subjektives Recht auf Einhaltung der vergaberechtlichen Spielregeln gewährt.

Knackpunkt des Vergabeverfahrens ist die Ausschreibung, insbesondere die Leistungsbeschreibung. Mithilfe genauer Regelungen, die im historischen Ablauf der vergaberechtlichen Regelungen immer spezifischer und genauer wurden, soll verhindert werden, dass eine Leistungsbeschreibung vom öffentlichen Auftraggeber auf den von ihm gewünschten Lieferanten maßgeschneidert wird.

Trotz der teilweise detaillierten Regelungen hinsichtlich der technischen Spezifikationen ist vielfach strittig, ob eine tatsächlich verwendete Spezifikation als diskriminierend anzusehen ist oder nicht. Erschwerend bei der Beurteilung einer Spezifikation kommt hinzu, dass Fallkonstellationen denkbar sind, bei welchen eine einzelne technische Spezifikation, etwa eine Größenangabe, für sich genommen unproblematisch ist. Im Zusammenhang mit den übrigen Spezifikationen könnte sie sich dennoch – aus der Zusammenschau heraus – als diskriminierend entpuppen.

Wenn tatsächlich ein oder mehrere diskriminierende Inhalte im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gefunden werden, ist zu hinterfragen, ob die Streichung dieser einzelnen Bestimmungen erfolgen darf, was unzulässig ist, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbleibt, die Ausschreibung einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde, oder ob die Ausschreibung insgesamt für nichtig zu erklären ist.

Durch das Beschleunigungsgebot wird ein enormer Zeitdruck in einem Nachprüfungsverfahren – nach § 326 BVergG ist über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages, zu entscheiden – aufgebaut. Zu dieser kurzen Entscheidungsfrist kommt, dass zwischen den Verfahrensparteien regelmäßig ein mehrfacher Wechsel umfangreicher, detaillierter Schriftsätze stattfindet. Oft werden noch am Tag der mündlichen Verhandlung Schriftsätze mit neuem Vorbringen eingebracht.

Diese Beschleunigung geht auf Kosten des Rechtsschutzes. Die Verfahrensdauer und die Effektivität des Rechtsschutzes sind diametral entgegengesetzt. Bedingt dadurch stellt sich die Frage, wie nach einer Fehlentscheidung vorzugehen ist.

Bei einem Bieter, der eine Ausschreibung wegen diskriminierender Bestandteile anfechtet, letztlich aber erst vor dem VwGH Recht bekommt, natürlich zu einem Zeitpunkt, zu dem das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen ist und schlimmstenfalls auch der abgeschlossene Vertrag bereits vollständig abgewickelt ist, stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten dieser hat.

Die Verhinderung der Fortführung des Vergabeverfahrens kann er mittels Antrages auf Erlassung einer darauf abzielenden einstweiligen Verfügung nur im Nachprüfungsverfahren vor dem BVwG erwirken. Nach dessen Entscheidung tritt die einstweilige Verfügung außer Kraft. Im daran anschließenden Verfahren vor dem VwGH bzw VfGH kann er tendenziell keinen „Vergabestopp“ mehr erreichen. Während des Verfahrens vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wird also der Zuschlag erteilt und aus dem Vertrag geleistet.

Perfiderweise kann der Bieter die Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde bezüglich diskriminierender Ausschreibungsbestimmungen mittels neuerlichen Nachprüfungsantrags hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung zwar rechtlich relevieren, faktisch hilft ihm das aber nicht. Regelmäßig wird nämlich das BVwG keine Bedenken gegen einen Zuschlag haben, der in einem Vergabeverfahren erteilt wurde, in dem es ja selbst – wenn auch bei nachträglicher Betrachtung rechtswidrig – bestätigt hat, dass die Ausschreibung keine diskriminierenden Inhalte aufweist.

Typischerweise wird also in diesem Fall der Vertrag geschlossen. Denkbar wäre also, Rechtsschutz durch Nichtigkeitserklärung des Vertrages zu gewährleisten. Da die Entscheidung des VwGH bzw VfGH erst zu einem – in der Regel Jahre – späteren Zeitpunkt ergeht, ist eine Nichtigkeitserklärung normalerweise ausgeschlossen, da eine Rückabwicklung in der Regel gar nicht oder nur mit erheblichem Wertverlust möglich ist, weshalb eine Nichtigkeitserklärung – zumindest im bereits geleisteten Umfang – ausscheidet.

Eine alternative Sanktion, nämlich eine Geldbuße, die letzten Endes gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verhängt wird, hilft dem Bieter auch nicht aus seiner misslichen Lage und ist für diesen daher unerheblich.

Klar ist zunächst, dass der Primärrechtsschutz fehlgeschlagen ist und infolgedessen Sekundärrechtsschutz, nämlich Schadenersatz, zum Tragen kommt. Die etwas spärliche Regelung diesbezüglich in der RMRL sagt zwar, dass den Geschädigten Schadenersatz zuerkannt können werden muss, schweigt aber zur Schadensdefinition, zu den Voraussetzungen und dem Umfang eines allfälligen Schadenersatzanspruches.

Die Position des Geschädigten ist nicht dergestalt, dass er behaupten könnte, bei rechtskonformer Vorgangsweise des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag hätte erhalten zu müssen. In Wahrheit ist er durch die rechtswidrige Ausschreibung an der Legung eines Angebotes gehindert worden und hat damit die Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren verloren.

Im gegebenen Zusammenhang stellt sich daher zunächst die Frage, ob der Bieter in gegenständlicher Fallkonstellation überhaupt einen Schaden erlitten hat, ob also dieser Chancenverlust ein Schaden im Rechtssinn ist.

Dass die Schadensdefinition als solche aus dem Unionsrecht kommen muss, wird am *effet utile* deutlich. Wollte man die Schadensdefinition den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen, stünde diesen frei, qua Schadensdefinition, Schadenersatz zuzusprechen oder nicht.

Der Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ist ein Schaden im unionsrechtlichen Sinn. Dafür spricht zunächst, dass im Unionsrecht der Chancenverlust – als solcher – als eigene Schadenskategorie anerkannt ist.

Dies geht insbesondere aus der Judikatur zum Beamtenrecht hervor, so ausgesprochen wurde, dass der Verlust der Chance ein Schaden ist. Die Interessenlage beim Verlust der Chance auf eine Bewerbung mit der Interessenlage beim Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, also die Chance auf den Zuschlag, ist gleich. Die Rechtsprechung des Beamtenrechts kann also in dieser Hinsicht auf schadenersatzrechtliche Fragestellungen im Vergaberecht übertragen werden.

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung auch gesagt worden, dass der Schaden aus dem Verlust einer Chance im Verfahren der einstweiligen Verfügung als tatsächlich und sicher anzusehen ist. Ebenso ist im Rahmen der Rechtsprechung zur Antragslegitimation bejaht worden, dass der Verlust der Chance, – in einem allenfalls späteren Vergabeverfahren – ein Angebot legen zu können, als Schaden zu qualifizieren ist. Aus der Notwendigkeit des Vorliegens oder zumindest drohenden Schadens zur Antragslegitimation folgt, dass eben dieser Verlust der Chance, der zur Antragslegitimation führt, als Schaden zu qualifizieren ist.

Aus der Qualifikation des Verlustes der Chance auf rechtskonforme Teilnahme an einem Vergabeverfahren als Schaden im Sinne des vorigen Absatzes wird gleichzeitig deutlich,

dass dieser Schaden auch ersatzfähig ist. Undenkbar erscheint es, etwas als Schaden anzuerkennen, was zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt und die Legitimation zur Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens gibt, aber gleichzeitig, wenn sich genau dieser Schaden realisiert, kein Ersatz dafür zu erlangen ist.

Für einen Schadenersatzanspruch ist kein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers erforderlich. Dies folgt aus dem Umstand, dass die sekundärrechtliche Haftung grundsätzlich eine Konkretisierung des Staatshaftungsgrundsatzes ist. Wohingegen beim Staatshaftungsanspruch jedoch ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ zur Haftungsbegründung maßgeblich ist, ist dies bei einem Schadenersatzanspruch aufgrund der RMRL nicht der Fall. Zwar wird auch terminologisch von einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gesprochen, doch hat dieser einen völlig anderen materiellrechtlichen Inhalt als bei der Staatshaftung.

Somit liegen die Voraussetzungen zur Zuerkennung von Schadenersatz in gegenständlicher Fallkonstellation vor. Der Verlust der Chance ist als Schaden zu qualifizieren. Rechtswidrig sind diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen. Verschulden ist nicht notwendig.

Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz dieses Schadens in Österreich ist § 1326 ABGB analog. Durch diese Bestimmung wird deutlich, dass der Chancenverlust dem österreichischen Recht nicht fremd ist.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass die im Eingangsfall geschilderte Rechtsprechung des OGH, mit welcher das Erfüllungsinteresse von der Voraussetzung der Zuschlagserteilung an den geschädigten Bieter – im Falle des rechtskonformen Vorgehens – abhängig gemacht wird, insofern grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

Es ist jedoch mittels des Verlustes der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren letztlich ein eigener Anspruch des Bieters vorhanden der zu einer befriedigenden Lösung dieses Problems führt.

Hinsichtlich der Höhe eines allfälligen Ersatzanspruches wäre denkbar, diesen mit der Eintrittswahrscheinlichkeit der tatsächlichen Zuschlagserteilung bei rechtskonformer Vorgangsweise zu bemessen. Dies hätte zur Konsequenz, dass wenn der Bieter im Falle der Zuschlagserteilung durch den Vertrag einen Gewinn in Höhe von € 100.000,- erzielte, gleichzeitig aber die Wahrscheinlichkeit, dass er diesen erhalten hätte, aber nur bei 10% läge, ein Ersatzanspruch in Höhe von € 10.000,- zustünde.

In ökonomischer Hinsicht hätte der Bieter also – wenngleich auch mit völlig anderem rechtlichen Hintergrund als nach den §§ 337 ff BVergG – einen Anspruch, der einem mit der Wahrscheinlichkeit der Zuschlagserteilung bei rechtskonformer Vorgangsweise entspräche.

Diese Arbeit widmete sich dem Anspruch des Bieters dem Grunde nach, der bejaht wurde. Die Bestimmung der Anspruchshöhe muss anderweitigen Forschungen vorbehalten bleiben.

8. Anhang

8.1. Abkürzungen:

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen jenen der Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR); besondere Abkürzungen bzw Zeitschriften sind wie folgt:

AJP/PJA = Aktuelle juristische Praxis : Publikationsorgan der Schweizerischen Richtervereinigung Paralleltitel: Pratique juridique actuelle : PJA

EuR = Schriften zum Europäischen Recht

EvBl = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in ÖJZ

GPA = Government Procurement Agreement, ABl L 1994/336, 273

JuS = (deutsche) Juristische Schulung

JZ = Juristenzeitung

Konzessionsvergabe-RL = RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 2014/94, 1

NJW = (deutsche) Neue Juristische Wochenschrift

ÖBA = Österreichisches Bankarchiv

ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung

ÖZW = Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

RMRL = RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 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 idF der RL 2014/23/EU, ABl L 2014/94, 1

RPA = Zeitschrift für Vergaberecht mit Vergabe Infoletter: Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe

Sektoren-RL = RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl L 2015/94, 243

Sektoren-RMRL = RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl L 1992/76, 14 idF der RL 2014/23/EU, ABl L 2014/94, 1

Vergabe-RL = RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 2014/94, 65

ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins und Monatsblatt für bernische Rechtsprechung Paralleltitel: Revue de la Société des Juristes Bernois

ZfV = Zeitschrift für Verwaltung

ZHR = (deutsche) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZVB = Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

8.2. Literatur:

Ackermann, Die Haftung des Auftraggebers bei Vergabeverstößen. Ein Beitrag zum Umgang mit den Vorgaben des EG-Rechts für nationales Privatrecht in ZHR 2000, 394

Aicher, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz, in ÖGEBAU (Hrsg), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht: 30jähriges Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008)

Aicher/M.-S. Kraus, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil I) in ZVB 2011, 315

Aicher/M.-S. Kraus, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil II) in ZVB 2011, 358

S. Arrowsmith, Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts, in S. Arrowsmith (Hrsg), Remedies für Enforcing the Public Procurement Rules (1993), 1ff

Arztmann, Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich: Schadenersatzansprüche nach mangelhafter Auftragsvergabe sowie nach rechtmäßigem und unrechtmäßigem Widerruf der Ausschreibung, Europäische Hochschulschriften Reihe II, Rechtswissenschaft; Bd/Vol 4082 (2005)

Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs in NJW 1982, 1177 ff

Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus Sicht der Europäischen Kommission, in *Gormley* (Hrsg), Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht (1997)

Boesen, Vergaberecht : Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000)

C. Bovis, The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market (1998)

Bröhmer, Die Weiterentwicklung des europäischen Staatshaftungsrechts in JuS 1997, S. 117 ff

Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 287

Denk, Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts *) Eine kritische Auseinandersetzung mit § 181 Abs 2 BVergG 2002. Zugleich ein Beitrag zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 85 Abs 2 VfGG im Vergaberecht in ÖZW 2002, 97

Dreher, Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa in EuZW 1998, 197ff

Eder, Der öffentliche Auftraggeber im System des unionsrechtlichen Haftungsrechts (2015)

Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich : Kommentierung aller 10 Vergabenachprüfungsgesetze in systematischer Gesamtdarstellung; Rechtsschutzregime von Bund und Ländern ; Rechtsquellen und Materialien (2004)

Egger, Europäisches Vergaberecht (2008)

Feuchtmüller, EuGH: Schadenersatz nicht mehr vom Verschulden des Auftraggebers abhängig in ZVB 2010, 444

Fischer/Köck, Europarecht :einschließlich des Rechts supranationaler Organisationen² (1995)

Fleischer, Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht in JZ 1999, 766

Frenz, Handbuch Europarecht : Band 1: Europäische Grundfreiheiten (2012)

Frenz, Handbuch Europarecht: Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010)

Fruhmann, Aus der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union, ÖJZ 1996, 401

Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union : Vertrag über die Europäische Union ; Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ; Kommentar (1994-2009)

Hardiman/Murphy, Remedies in Ireland in *Tyrrell/Bedord (Hrsg)* Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies (1997) 175ff

Heid/Presmlayer, Handbuch Vergaberecht³ (2010)

Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015)

Hofer, VwGH: Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage einzelner Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen in RPA 2013/3, 146

Hoffer/Schmölz, Nichtigkeit von freihändigen Vergaben in ecolex 2002, 67

Hoffer/Schmölz, Praxiskommentar zu den Neuerungen des Bundesvergabegesetzes 2002 in RPA 2002, 333

Holoubek, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz in ZfV 1998, 592

Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁴ (2014)

Holoubek/Hanslik, Haftung für Vergabefehler in WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013)

Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht² (2014)

Koziol, Schadenersatz für verlorene Chancen? in ZBJV 2001, 889

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II (2001)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³, Band 1 Allgemeiner Teil (1997)

Koziol, Schadenersatz für den Verlust einer Chance? in FS Stoll 75. Geburtstag (2001) 233ff

R. Mayer/Berger, Weiterführung einer teilweise für nichtig erklärten Ausschreibung als unzulässiges Verfahren ohne Bekanntmachung in ZVB 2015, 210

H. Mayer/Stöger, Kommentar zu EUV / AEUV

Müller, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd? in AJP/PJA 2002, 389

Nehl/Wurmnest, Die Verfahrens- und haftungsrechtliche Bedeutung der Sorgfaltspflicht der Verwaltung – Anmerkung zum Urteil des EuG vom 9.7.1999, New Europe Consulting Ltd/Kommission, Rs. T-231/97 in EuR 2001, 101

Keisler, Recht auf Widerruf? in RPA 2007, 270

Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} (Stand 1.10.2013, rdb.at)

M. –S. Kraus, Der vergaberechtliche Rechtsschutz (2012)

P. Kraus/Trischler, Auswirkung einer Nichtigklärung auf laufende Rahmenvereinbarungen in ZVB 2015, 390

Leffler, Damages and liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, PPLR 2003, 151ff

Obwexer, Der Vertrag von Lissabon, ecolex 2008, 285

Oskierski, Schadenersatz im Europäischen Recht: Eine vergleichende Untersuchung des Acquis Communautaire und der EMRK in *Schulze* (Hrsg) Europäisches Privatrecht
Sektion B Gemeinsame Rechtsprinzipien Band 37 (2010)

Öhler, Glosse zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b in ZVB 2004, 333

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union:
Zugleich ein Beitrag zur Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts (1997)

Pointner, Die Streichung einzelner Anforderungen der Ausschreibung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens kann den Auftraggeber zum Widerruf seiner gesamten Ausschreibung verpflichten in ZVB 2015, 112

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts: Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe² (2001)

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe³ (2005)

Rebhan, Schadenersatz wegen nicht erteilter Devisenhandelsermächtigung? in ÖBA 1996, 185

Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht: Schadenersatz bei fehlerhafter Auftragsvergabe (2002)

Reisinger/Ulreich, Zum Primat der Teilnichtigkeitsklärung von Ausschreibungsunterlagen in ZVB 2016, 156

Resch, Die „neuen“ Vergabeverfahren, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)

Rihs/Steiner, „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil II) in ZVB 2013, 188ff

Rummel, ABGB³ Kommentar (Stand 1. 1. 2007, rdb.at)

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts in ÖZW 1999, 1

Schenk, Das neue Vergaberecht: Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts, in *Schwarze* (Hrsg), Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft (2001)

Schnitzer, Internationales Vergaberecht: bilaterale und regionale Abkommen der EG unter Berücksichtigung des Teilnahmerechts ausländischer Unternehmen an nationalen Vergabeverfahren (2007)

Schockweiler, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten gegenüber dem einzelnen bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts in EuR 1993, 107ff

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006² Kommentar (2009)

Schramm/Pesendorfer, Antragslegitimation oder effektiver Rechtsschutz: Eine Bestandsaufnahme in ZVB 2015, 5

Schwartz (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006², Kommentar (2013)

Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts in EuZW 2000, 133

Schwimann/Harrer, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen² Band VII (1997)

Stalzer/Porsch, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung (Teil II) in ZVB 2009, 203

Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht (1996)

Tonne, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in *Götz/Rauschning* (Hrsg), Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht (1997)

Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in *Raschauer (Hrsg)*, Wirtschaftsrecht³ (2010)

Wilby/Bennett, The Law of Damages (2003)

Wilhelm, EuGH: Verschuldensfreier Schadenersatz bei Vergabeverstoß in *ecolex* 2010, 1117

Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer, Schadenersatz in der Praxis² (2004)

8.3. Weitere Quellen:

Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, ABl 2002 L 114/430

ErläutRV BlgNR 20. GP 103

ErläutRV 1513 BlgNR 24. GP 139

1171 BlgNR 22. GP 134

KOM (87) 134 endg. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

KOM (88) 733 endg. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

KOM (96), endg 24 Grünbuch, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft (Seite 29)

SA von GA Leger vom 19. 9. 1996 zu C-66/95

SA von GA Mischo vom 13. 12. 2001 zu C-513/99

SA von GAin Stix-Hackl vom 12. 4. 2005 zu C-231/03

SA von GA Villalon vom 1. 6. 2015 zu C-570/08

KOM (2004) 327, Nr. 30Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen

KOM/2006/0195 endg. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 2000/121, 2 (Seite 55)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994, 199

Wirtschafts und Sozialausschuß: Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI C 347 vom 22. 12. 1987, S25

8.4. Internet:

<http://www.duden.de/rechtschreibung/Chance>

www.e-lawresources.co.uk/cases/chaplin-v-hicks.php

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, S 269

WTO Aufstellung über Parteien des GPA
https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm

8.5. Abstract

Durch diskriminierende Bestandteile in den Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit einer Fehlentscheidung der Nachprüfungsbehörde kann es dazu kommen, dass ein Unternehmer daran gehindert wird, ein zuschlagsfähiges Angebot zu erstellen. Eine Anfechtung der Nachprüfungsentscheidung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts ist in der Regel so langwierig, dass eine Aufhebung der Nachprüfungsentscheidung üblicherweise erst zu einem Zeitpunkt kommt, zu dem der Auftrag bereits erfüllt ist. Diesem Problem kann typischerweise auch nicht mit der Beantragung einer aufschiebenden Wirkung begegnet werden. Grundsätzlich ist in den allermeisten Fällen dieser Art auch eine Rückabwicklung des Vertrages nicht möglich oder zumindest nicht tunlich und damit ausgeschlossen. Damit ist aber klar, dass dem Unternehmer durch einen rechtswidrigen Vorgang die Möglichkeit genommen wurde, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen und dort den Zuschlag zu erhalten. Kern der Untersuchung in gegenständlicher Arbeit ist Art 2 Abs 1 lit c Rechtsmittel-RL, welcher normiert, dass „denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann“. Fraglich ist, ob der genannte Unternehmer Geschädigter im Sinne dieser Bestimmung ist. Es wird untersucht, wodurch diskriminierende Ausschreibungsbedingungen charakterisiert sind. In weiterer Folge wird herausgearbeitet, dass der Schaden des Unternehmers im Verlust der Chance auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren liegt, für welchen aufgrund des Unionsrechts auch Schadenersatz zu leisten ist, zumal der Primärrechtsschutz versagt hat und der Rechtsschutz andernfalls dem Effektivitätsgebot nicht genügen würde. Abschließend wird für den Anspruch des Unternehmers noch eine mögliche Anspruchsgrundlage im österreichischen Recht umrissen.