

TE Vwgh Erkenntnis 2023/3/28 Ro 2021/04/0035

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2023

Index

L72005 Beschaffung Vergabe Salzburg
001 Verwaltungsrecht allgemein
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)
40/01 Verwaltungsverfahren
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

ABGB §1313a
AVG §13
AVG §76 Abs2
BVerG 2018 §123 Abs8
BVerG 2018 §2 Z15 lita sublitdd
BVerG 2018 §2 Z7
BVerG 2018 §71 Abs5
BVerG 2018 §88 Abs2
BVerG 2018 §88 Abs5
BVerG 2018 §89 Abs1
LVergKG Slbg 2018 §12 Abs1
LVergKG Slbg 2018 §13 Abs3

VwRallg

1. ABGB § 1313a heute
2. ABGB § 1313a gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBI. Nr. 69/1916
1. AVG § 13 heute
2. AVG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 13 gültig von 01.01.2012 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. AVG § 13 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
5. AVG § 13 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. AVG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
7. AVG § 13 gültig von 01.03.2004 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
8. AVG § 13 gültig von 20.04.2002 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
9. AVG § 13 gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
10. AVG § 13 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

11. AVG § 13 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 76 heute
2. AVG § 76 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
6. AVG § 76 gültig von 18.08.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
7. AVG § 76 gültig von 01.01.1999 bis 17.08.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
8. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
9. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
10. AVG § 76 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
11. AVG § 76 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. BVergG 2018 § 123 heute
2. BVergG 2018 § 123 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 71 heute
2. BVergG 2018 § 71 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 88 heute
2. BVergG 2018 § 88 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 88 heute
2. BVergG 2018 § 88 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 89 heute
2. BVergG 2018 § 89 gültig ab 21.08.2018

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der T GmbH in Z, vertreten durch die Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 35, gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/67-2021, betreffend Kostenersatz gemäß § 76 AVG in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: C GmbH in S, vertreten durch die Singer Fössl Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 30), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der T GmbH in Z, vertreten durch die Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Sterneckstraße 35, gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/67-2021, betreffend Kostenersatz gemäß Paragraph 76, AVG in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: C GmbH in S, vertreten durch die Singer Fössl Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Prinz-Eugen-Straße 30), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1 Die T GmbH (Revisionswerberin) führte als Auftraggeberin beginnend im Dezember 2020 ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Bauauftrages durch.

2 Die in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe aufgeforderte C GmbH (Mitbeteiligte) brachte mit Schriftsatz vom 18. Februar 2021 beim Landesverwaltungsgericht Salzburg einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie die Nichtigerklärung der „Ausschreibung (Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistungen er zu welchen Bedingungen erhalten möchte)“ für das (näher bezeichnete) Vergabeverfahren begehrte. Unter einem wurde - neben einer einstweiligen Verfügung - beantragt, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten. Die Mitbeteiligte machte in ihrem Nachprüfungsantrag ua. die Rechtswidrigkeit einzelner Positionen des Leistungsverzeichnisses geltend.

3 Dem Antrag auf einstweilige Verfügung wurde vom Verwaltungsgericht stattgegeben.

4 Am 1. März 2021 bzw. am 30. März 2021 wurde die Ausschreibung von der Auftraggeberin berichtigt, indem einzelne der von der Mitbeteiligten in ihrem Nachprüfungsantrag monierten Positionen des Leistungsverzeichnisses gestrichen bzw. abgeändert wurden.

5 Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17. März 2021 bestellte das Verwaltungsgericht Ing. W zum nichtamtlichen Sachverständigen und beauftragte ihn, zu näher dargelegten Fragen (insbesondere zur Nachvollziehbarkeit einzelner Positionen des Leistungsverzeichnisses) ein Gutachten zu erstellen. In seinem Gutachten vom 25. Mai 2021 gelangte der Sachverständige (auf das Wesentliche verkürzt) zum Ergebnis, dass näher dargestellte Positionen des Leistungsverzeichnisses weder erklärbar noch nachvollziehbar seien bzw. eine seriöse Kalkulation durch die Bieter (hinsichtlich einzelner Punkte) nicht möglich sei. Die Mitbeteiligte, die zuvor zum Erlag eines Kostenvorschusses für das Sachverständigengutachten verpflichtet worden war, beantragte daraufhin, der Auftraggeberin den Ersatz der Kosten für das Gutachten aufzuerlegen.

6 Am 1. Juli 2021 erklärte die Auftraggeberin (nach vorangegangener Mitteilung der Widerrufsentscheidung und Ablauf der Stillhaltefrist) den Widerruf des Vergabeverfahrens. Daraufhin zog die Mitbeteiligte ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 15. Juli 2021 - unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihrer Anträge auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie auf Verpflichtung der Auftraggeberin zur Tragung der Gebühren für den Sachverständigen - zurück.

7 Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes vom 21. Juli 2021 wurden die Gebühren des Sachverständigen mit € 6.706,- bestimmt.

8 2. Mit dem hier angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichtes vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/67-2021, wurde der Auftraggeberin die Tragung der mit € 6.706,- bestimmten Barauslagen für die Erstellung des Sachverständigengutachtens auferlegt (Spruchpunkt I.). Weiters wurde ausgesprochen, dass der Mitbeteiligten der von ihr erlegte Kostenvorschuss in Höhe von € 4.000,- zurückzuerstatten sei (Spruchpunkt II.). Die Revision wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt III.). 2. Mit dem hier angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichtes vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/67-2021, wurde der Auftraggeberin die Tragung der mit € 6.706,- bestimmten Barauslagen für die Erstellung des Sachverständigengutachtens auferlegt (Spruchpunkt römisch eins.). Weiters wurde ausgesprochen, dass der Mitbeteiligten der von ihr erlegte Kostenvorschuss in Höhe von € 4.000,- zurückzuerstatten sei (Spruchpunkt römisch zwei.). Die Revision wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt römisch drei.).

9 Das Verwaltungsgericht stellte zunächst die wesentlichen Inhalte der (mit Bekanntmachung vom 11. Dezember 2020 zur Verfügung gestellten) Verfahrensordnung dar. Darin sei ua. festgehalten worden, dass in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe entsprechende Unterlagen, darunter das Leistungsverzeichnis, übermittelt würden. Weiters gab das Verwaltungsgericht das (in der zweiten Stufe am 31. Jänner 2021 zur Verfügung gestellte) Leistungsverzeichnis auszugsweise wieder. Ende der Angebotsfrist sei der 26. Februar 2021 gewesen. Zudem stellte das Verwaltungsgericht die von der Auftraggeberin vorgenommenen Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen, die Zusammenfassung des Sachverständigengutachtens sowie die

Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin dar.

1 0 In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Verwaltungsgericht auf die Regelung des § 76 Abs. 2 AVG, der zufolge dann, wenn eine Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten (als des Antragstellers) verursacht worden sei, die Barauslagen von diesem Beteiligten zu tragen seien. Auf der Grundlage des - vom Verwaltungsgericht als schlüssig und nachvollziehbar erachteten - Sachverständigengutachtens sei davon auszugehen, dass das Leistungsverzeichnis vergaberechtswidrig gewesen sei. Die Unterlassung der gebotenen Vorgangsweise durch die Auftraggeberin (nämlich der Erstellung einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung) sei kausal für die Einholung des Gutachtens gewesen; die Beziehung des Sachverständigen sei somit durch das Verschulden der Auftraggeberin verursacht worden. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin sei mit der an die Mitbeteiligte ergangenen Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, noch nicht dem Grunde nach darüber abgesprochen worden, wer die Barauslagen letztlich zu tragen habe. Es sei daher auch auszusprechen gewesen, dass der Mitbeteiligte der von ihr erlegte Kostenvorschuss zurückzuerstatten sei. In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Verwaltungsgericht auf die Regelung des Paragraph 76, Absatz 2, AVG, der zufolge dann, wenn eine Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten (als des Antragstellers) verursacht worden sei, die Barauslagen von diesem Beteiligten zu tragen seien. Auf der Grundlage des - vom Verwaltungsgericht als schlüssig und nachvollziehbar erachteten - Sachverständigengutachtens sei davon auszugehen, dass das Leistungsverzeichnis vergaberechtswidrig gewesen sei. Die Unterlassung der gebotenen Vorgangsweise durch die Auftraggeberin (nämlich der Erstellung einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung) sei kausal für die Einholung des Gutachtens gewesen; die Beziehung des Sachverständigen sei somit durch das Verschulden der Auftraggeberin verursacht worden. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin sei mit der an die Mitbeteiligte ergangenen Anordnung, einen Kostenvorschuss zu erlegen, noch nicht dem Grunde nach darüber abgesprochen worden, wer die Barauslagen letztlich zu tragen habe. Es sei daher auch auszusprechen gewesen, dass der Mitbeteiligte der von ihr erlegte Kostenvorschuss zurückzuerstatten sei.

1 1 Zu den Einwendungen der Auftraggeberin, wonach die von der Mitbeteiligte geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nicht mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, sondern auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzufechten gewesen wären und der Nachprüfungsantrag daher unzulässig gewesen sei, hielt das Verwaltungsgericht Folgendes fest: Da die Mitbeteiligte in ihrem Antrag Rechtswidrigkeiten des Leistungsverzeichnisses bzw. der Ausschreibungsunterlagen geltend gemacht habe, sei der Antrag seinem Inhalt und seiner Zielsetzung nach gegen die Ausschreibung gerichtet gewesen (Verweis auf VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0045). Es sei daher weder die unrichtige Entscheidung angefochten worden, noch sei der Antrag verfristet. Zwar seien die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 89 Abs. 1 BVerGG 2018 mit der Bekanntmachung - und somit auch in einem zweistufigen Verfahren bereits zu Beginn des Verfahrens - zur Verfügung zu stellen. Allerdings ergebe sich aus der Sondernorm des § 114 Abs. 1 BVerGG 2018, dass die Ausschreibungsunterlagen bei einem Verhandlungsverfahren nicht schon zu Beginn „vollständig“ vorhanden sein müssten. Vorliegend habe die Auftraggeberin das Leistungsverzeichnis erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung gestellt (und dies in der Verfahrensordnung auch bestandfest so festgelegt). Es sei daher davon auszugehen, dass in diesem Fall die erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung gestellten Ausschreibungsbestandteile innerhalb der Frist des § 13 Abs. 3 S.VKG 2018 (und somit bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist) angefochten werden könnten. Daher wäre der Nachprüfungsantrag der Mitbeteiligten nicht zurückzuweisen gewesen. Ausgehend davon sei auch die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen erforderlich gewesen. Zu den Einwendungen der Auftraggeberin, wonach die von der Mitbeteiligte geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nicht mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, sondern auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzufechten gewesen wären und der Nachprüfungsantrag daher unzulässig gewesen sei, hielt das Verwaltungsgericht Folgendes fest: Da die Mitbeteiligte in ihrem Antrag Rechtswidrigkeiten des Leistungsverzeichnisses bzw. der Ausschreibungsunterlagen geltend gemacht habe, sei der Antrag seinem Inhalt und seiner Zielsetzung nach gegen die Ausschreibung gerichtet gewesen (Verweis auf VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0045). Es sei daher weder die unrichtige Entscheidung angefochten worden, noch sei der Antrag verfristet. Zwar seien die Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 89, Absatz eins, BVerGG 2018 mit der Bekanntmachung - und somit auch in einem zweistufigen Verfahren bereits zu Beginn des Verfahrens - zur Verfügung zu stellen. Allerdings ergebe sich aus der Sondernorm des Paragraph 114, Absatz eins, BVerGG 2018, dass die Ausschreibungsunterlagen bei einem Verhandlungsverfahren nicht schon zu Beginn „vollständig“ vorhanden sein müssten. Vorliegend habe die Auftraggeberin das Leistungsverzeichnis erst in der

zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung gestellt (und dies in der Verfahrensordnung auch bestandfest so festgelegt). Es sei daher davon auszugehen, dass in diesem Fall die erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung gestellten Ausschreibungsbestandteile innerhalb der Frist des Paragraph 13, Absatz 3, S.VKG 2018 (und somit bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist) angefochten werden könnten. Daher wäre der Nachprüfungsantrag der Mitbeteiligten nicht zurückzuweisen gewesen. Ausgehend davon sei auch die Bestellung des nichtamtlichen Sachverständigen erforderlich gewesen.

12 Die Zulassung der Revision begründete das Verwaltungsgericht ua. mit fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob bzw. wie und bis wann ein erst in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung gestelltes Leistungsverzeichnis angefochten werden könne.

1 3 3. Mit (weiterem) Beschluss (ebenfalls) vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/68-2021, stellte das Verwaltungsgericht das über Antrag der Mitbeteiligten eingeleitete, gegenständlich zugrundeliegende Nachprüfungsverfahren infolge Zurückziehung des Nachprüfungsantrages ein (Spruchpunkt I.). Unter einem wurde die Auftraggeberin verpflichtet, der Mitbeteiligten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 1.945,50 zu ersetzen (Spruchpunkt II.). Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt III).3. Mit (weiterem) Beschluss (ebenfalls) vom 30. August 2021, Zl. 405-5/86/1/68-2021, stellte das Verwaltungsgericht das über Antrag der Mitbeteiligten eingeleitete, gegenständlich zugrundeliegende Nachprüfungsverfahren infolge Zurückziehung des Nachprüfungsantrages ein (Spruchpunkt römisch eins.). Unter einem wurde die Auftraggeberin verpflichtet, der Mitbeteiligten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 1.945,50 zu ersetzen (Spruchpunkt römisch zwei.). Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt römisch drei).

Die seitens der Revisionswerberin gegen Spruchpunkt II. dieses Beschlusses erhobene ordentliche Revision ist Gegenstand des zu hg. Ro 2021/04/0036 protokollierten Verfahrens.Die seitens der Revisionswerberin gegen Spruchpunkt römisch zwei. dieses Beschlusses erhobene ordentliche Revision ist Gegenstand des zu hg. Ro 2021/04/0036 protokollierten Verfahrens.

1 4 4. Gegen den in Pkt. I.2. dargestellten Beschluss zum Kostenersatz gemäß § 76 AVG richtet sich die vorliegende ordentliche Revision.4. Gegen den in Pkt. römisch eins.2. dargestellten Beschluss zum Kostenersatz gemäß Paragraph 76, AVG richtet sich die vorliegende ordentliche Revision.

15 Die Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu die Abweisung dieser Revision beantragt.

16 Die Revisionswerberin erstattete dazu ihrerseits eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwohen:

II.römisch zwei.

1 7 1. Die Revisionswerberin erachtet in ihrer Zulässigkeitsbegründung die Frage als grundsätzlich, ob dem Auftraggeber auch dann ein Verschulden (im Sinn des § 76 Abs. 2 AVG) anzulasten sei, wenn er die Vorgaben des § 88 Abs. 5 BVergG 2018 beachtet und für die Vorbereitung der Ausschreibung einen Sachverständigen beigezogen habe.1. Die Revisionswerberin erachtet in ihrer Zulässigkeitsbegründung die Frage als grundsätzlich, ob dem Auftraggeber auch dann ein Verschulden (im Sinn des Paragraph 76, Absatz 2, AVG) anzulasten sei, wenn er die Vorgaben des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2018 beachtet und für die Vorbereitung der Ausschreibung einen Sachverständigen beigezogen habe.

18 Die Revision erweist sich im Hinblick darauf als zulässig.

19 2.1. § 76 AVG lautet auszugsweise:2.1. Paragraph 76, AVG lautet auszugsweise:

„§ 76. (1) Erwachsen der Behörde bei einer Amtshandlung Barauslagen, so hat dafür, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen. [...]

(2) Wurde jedoch die Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht, so sind die Auslagen von diesem zu tragen. Wurde die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet, so belasten die Auslagen den Beteiligten dann, wenn sie durch sein Verschulden herbeigeführt worden sind.

[...]

2 0 2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018), BGBl. I Nr. 65, lauten auszugsweise: 2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018), Bundesgesetzblatt, I Nr. 65, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

7 . Ausschreibung ist die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bedingungen erhalten möchte (Bekanntmachung sowie Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen).

[...]

15. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

[...]

dd) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und bei Innovationspartnerschaften: die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

[...]

Angebotsfrist

§ 71. [...] Paragraph 71, [...]

(5) Die gemäß Abs. 1 bis 3 festgesetzte Angebotsfrist ist um fünf Tage zu verlängern, falls die Ausschreibungsunterlagen nicht gemäß § 89 Abs. 1 elektronisch zur Verfügung gestellt werden. [...] (5) Die gemäß Absatz eins bis 3 festgesetzte Angebotsfrist ist um fünf Tage zu verlängern, falls die Ausschreibungsunterlagen nicht gemäß Paragraph 89, Absatz eins, elektronisch zur Verfügung gestellt werden. [...]

[...]

„Grundsätze der Ausschreibung

§ 88. [...] Paragraph 88, [...]

(2) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können. Die Vergleichbarkeit der Angebote muss sichergestellt sein; beim Verhandlungsverfahren gilt dies nur für die endgültigen Angebote.

(3) Soweit in einem offenen oder nicht offenen Verfahren eine konstruktive Leistungsbeschreibung erfolgt, sind die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können.

[...]

(5) Die Vorbereitung einer Ausschreibung ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene Sachverständige beizuziehen.

[...]

Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen

§ 89. (1) Wird ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt, sind die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist oder die Aufforderung zur Interessensbestätigung

übermittelt bzw. bereitgestellt wurde. [...] Paragraph 89, (1) Wird ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt, sind die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist oder die Aufforderung zur Interessensbestätigung übermittelt bzw. bereitgestellt wurde. [...]

[...]

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 114. (1) Im Verhandlungsverfahren hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt. Paragraph 114, (1) Im Verhandlungsverfahren hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

[...]

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei Innovationspartnerschaften

§ 123. [...] Paragraph 123, [...]

(8) Der öffentliche Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig zur Angebotsabgabe [...] aufzufordern. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe [...] hat einen Verweis auf die Internet-Adresse zu enthalten, unter der die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt sind. Wenn die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 89 Abs. 3 ausnahmsweise nicht auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung gestellt wurden und diese Unterlagen nicht bereits auf andere Art und Weise übermittelt oder zur Verfügung gestellt wurden, so sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe [...] die Ausschreibungsunterlagen sowie allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. [...]“(8) Der öffentliche Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig zur Angebotsabgabe [...] aufzufordern. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe [...] hat einen Verweis auf die Internet-Adresse zu enthalten, unter der die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt sind. Wenn die Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 89, Absatz 3, ausnahmsweise nicht auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung gestellt wurden und diese Unterlagen nicht bereits auf andere Art und Weise übermittelt oder zur Verfügung gestellt wurden, so sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe [...] die Ausschreibungsunterlagen sowie allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. [...]“

2 1 2.3. Die §§ 13 und 14 des Salzburger Vergabekontrollgesetzes 2018 (S.VKG 2018), LGBl. Nr. 63, lauten auszugsweise: 2.3. Die Paragraphen 13 und 14 des Salzburger Vergabekontrollgesetzes 2018 (S.VKG 2018), Landesgesetzblatt, Nr. 63, lauten auszugsweise:

„Fristen für Nachprüfungsanträge

§ 13 Paragraph 13

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einem anderen geeigneten Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. der Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

[...]

(3) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung - mit Ausnahme der Bekanntmachung bei einer Direktvergabe mit

vorheriger Bekanntmachung - können über den in Abs 1 genannten Zeitraum hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen nicht auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt, übermittelt bzw bereitgestellt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmeantragsfrist mehr als 22 Tage beträgt.(3) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung - mit Ausnahme der Bekanntmachung bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung - können über den in Absatz eins, genannten Zeitraum hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen nicht auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt, übermittelt bzw bereitgestellt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmeantragsfrist mehr als 22 Tage beträgt.

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 14 Paragraph 14

(1) Ein Antrag gemäß § 12 Abs 1 hat jedenfalls zu enthalten(1) Ein Antrag gemäß Paragraph 12, Absatz eins, hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung;

[...]

7. einen Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung und

8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn er

1. sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet;

2. nicht innerhalb der im § 13 genannten Fristen gestellt wird odemicht innerhalb der im Paragraph 13, genannten Fristen gestellt wird oder

[...]"

2 2 3.1. Die Revisionswerberin bringt zum einen vor, sie habe die Erstellung des Leistungsverzeichnisses einem Sachverständigen übertragen und sich damit an die Vorgaben des § 88 Abs. 5 BVergG 2018 gehalten. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sei nicht hervorgekommen, dass dieser „untüchtig“ gewesen sei. Ausgehend davon könne ihr kein Verschulden im Sinn des § 1294 ABGB angelastet werden.3.1. Die Revisionswerberin bringt zum einen vor, sie habe die Erstellung des Leistungsverzeichnisses einem Sachverständigen übertragen und sich damit an die Vorgaben des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2018 gehalten. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sei nicht hervorgekommen, dass dieser „untüchtig“ gewesen sei. Ausgehend davon könne ihr kein Verschulden im Sinn des Paragraph 1294, ABGB angelastet werden.

23 3.2. Die Mitbeteiligte hält dem in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen, dass die Verschuldensfrage anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen und somit nicht grundsätzlich sei. Die Einhaltung der Regelung des § 88 Abs. 5 BVergG 2018 entbinde die Auftraggeberin nicht von den darüber hinausgehenden Sorgfaltspflichten. Die von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Tüchtigkeit des von ihr herangezogenen Technischen Büros wäre nur bei der Besorgungsgehilfenhaftung des § 1315 ABGB relevant; der Auftraggeberin sei das Handeln des von ihr (vertraglich mit der Ausarbeitung des Leistungsverzeichnisses beauftragten) Technischen Büros aber gemäß § 1313a ABGB zuzurechnen, zumal sich Auftraggeber und Bieter im Zuge des Vergabeverfahrens in einem vorvertraglichen Verhältnis befänden. Die Revisionswerberin habe daher auch für ein Verschulden des von ihr eingesetzten Gehilfen einzustehen.3.2. Die Mitbeteiligte hält dem in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen, dass die Verschuldensfrage anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen und somit nicht grundsätzlich sei. Die Einhaltung der Regelung des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2018 entbinde die Auftraggeberin nicht von den darüber hinausgehenden Sorgfaltspflichten. Die von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Tüchtigkeit des von ihr herangezogenen Technischen Büros wäre nur bei der Besorgungsgehilfenhaftung des Paragraph 1315, ABGB relevant;

der Auftraggeberin sei das Handeln des von ihr (vertraglich mit der Ausarbeitung des Leistungsverzeichnisses beauftragten) Technischen Büros aber gemäß Paragraph 1313 a, ABGB zuzurechnen, zumal sich Auftraggeber und Bieter im Zuge des Vergabeverfahrens in einem vorvertraglichen Verhältnis befänden. Die Revisionswerberin habe daher auch für ein Verschulden des von ihr eingesetzten Gehilfen einzustehen.

24 3.3. Im vorliegenden Fall ging das Verwaltungsgericht gestützt auf das von ihm als schlüssig und nachvollziehbar erachtete Sachverständigengutachten davon aus, dass das von der Revisionswerberin zur Verfügung gestellte Leistungsverzeichnis vergaberechtswidrig gewesen sei. Die Revision tritt dieser Annahme bzw. dem zugrunde gelegten Sachverständigengutachten nicht substantiiert entgegen, sondern führt insoweit - unter Verweis auf die Ausführungen im Erkenntnis VwGH 20.4.2016, Ra 2015/04/0050 - lediglich die Einhaltung der Vorgaben des § 88 Abs. 5 BVergG 2018 ins Treffen. 3.3. Im vorliegenden Fall ging das Verwaltungsgericht gestützt auf das von ihm als schlüssig und nachvollziehbar erachtete Sachverständigengutachten davon aus, dass das von der Revisionswerberin zur Verfügung gestellte Leistungsverzeichnis vergaberechtswidrig gewesen sei. Die Revision tritt dieser Annahme bzw. dem zugrunde gelegten Sachverständigengutachten nicht substantiiert entgegen, sondern führt insoweit - unter Verweis auf die Ausführungen im Erkenntnis VwGH 20.4.2016, Ra 2015/04/0050 - lediglich die Einhaltung der Vorgaben des Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2018 ins Treffen.

25 In dem genannten Erkenntnis hat sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage des allfälligen Verschuldens (im Sinn des § 76 Abs. 2 AVG) der Auftraggeberin im Zusammenhang mit dem Ersatz von Barauslagen für die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren auseinandergesetzt. Er hat darin festgehalten, dass für das Verschulden im Sinn des § 76 Abs. 2 AVG vom Verschuldensbegriff des § 1294 ABGB auszugehen ist und ein Verschulden des Beteiligten somit nur dann anzunehmen ist, wenn ihn zumindest der Vorwurf trifft, dass er es an der gehörigen Aufmerksamkeit oder dem gehörigen Fleiß habe fehlen lassen. Weiters setzt die Heranziehung eines Beteiligten nach § 76 Abs. 2 AVG (ua.) voraus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Beteiligten und der mit Kosten verbundenen Amtshandlung bestand (vgl. VwGH Ra 2015/04/0050, Rn. 11, mwN). In dem genannten Erkenntnis hat sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage des allfälligen Verschuldens (im Sinn des Paragraph 76, Absatz 2, AVG) der Auftraggeberin im Zusammenhang mit dem Ersatz von Barauslagen für die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren auseinandergesetzt. Er hat darin festgehalten, dass für das Verschulden im Sinn des Paragraph 76, Absatz 2, AVG vom Verschuldensbegriff des Paragraph 1294, ABGB auszugehen ist und ein Verschulden des Beteiligten somit nur dann anzunehmen ist, wenn ihn zumindest der Vorwurf trifft, dass er es an der gehörigen Aufmerksamkeit oder dem gehörigen Fleiß habe fehlen lassen. Weiters setzt die Heranziehung eines Beteiligten nach Paragraph 76, Absatz 2, AVG (ua.) voraus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Beteiligten und der mit Kosten verbundenen Amtshandlung bestand vergleiche , VwGH Ra 2015/04/0050, Rn. 11, mwN).

2 6 Der Hinweis des Verwaltungsgerichtshofes in diesem Erkenntnis darauf, dass (dort) die Angebotsprüfung nach § 122 BVergG 2006 Personen zu übertragen war, die über die fachlichen Voraussetzungen verfügten (Rn. 13), lässt sich nicht dahingehend zu verstehen, dass die Übertragung (hier) der Vorbereitung der Ausschreibung gemäß § 88 Abs. 5 BVergG 2018 an fachlich geeignete Personen die Heranziehung der Auftraggeberin zur Kostentragung gemäß § 76 Abs. 2 AVG per se ausschließt. So hat die Auftraggeberin auch bei der Heranziehung Dritter für die Ausarbeitung der Ausschreibung die gehörige Aufmerksamkeit und den gehörigen Fleiß anzuwenden. Vor allem aber ist zu beachten, dass der Auftraggeber gemäß § 88 Abs. 2 BVergG 2018 die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten hat, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können. Da der Auftraggeber den Bietern gegenüber zu dieser Leistung gesetzlich verpflichtet ist, haftet er diesen gemäß § 1313a ABGB für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung der Verpflichtung bedient. Ausgehend davon ist ihm ein Verschulden des von ihm herangezogenen Dritten auch im Rahmen des § 76 Abs. 2 AVG zuzurechnen. Der Umstand, dass es sich bei diesem Dritten - nach dem Vorbringen der Revisionswerberin - vorliegend um eine fachlich geeignete Person bzw. um einen Sachverständigen im Sinn des § 88 Abs. 5 BVergG 2018 gehandelt hat, vermag an der Zurechnung des Verhaltens dieser Person zur Revisionswerberin (als Auftraggeberin) nichts zu ändern. Dass es dem vorliegend herangezogenen Dritten bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit und des gehörigen Fleißes seinerseits unmöglich bzw. unzumutbar gewesen wäre, die Mängel des Leistungsverzeichnisses zu erkennen bzw. zu vermeiden, wird in der Revision nicht aufgezeigt. Der Hinweis des Verwaltungsgerichtshofes in

diesem Erkenntnis darauf, dass (dort) die Angebotsprüfung nach Paragraph 122, BVerG 2006 Personen zu übertragen war, die über die fachlichen Voraussetzungen verfügten (Rn. 13), lässt sich nicht dahingehend zu verstehen, dass die Übertragung (hier) der Vorbereitung der Ausschreibung gemäß Paragraph 88, Absatz 5, BVerG 2018 an fachlich geeignete Personen die Heranziehung der Auftraggeberin zur Kostentragung gemäß Paragraph 76, Absatz 2, AVG per se ausschließt. So hat die Auftraggeberin auch bei der Heranziehung Dritter für die Ausarbeitung der Ausschreibung die gehörige Aufmerksamkeit und den gehörigen Fleiß anzuwenden. Vor allem aber ist zu beachten, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 88, Absatz 2, BVerG 2018 die Ausschre

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at