

# TE Vwgh Erkenntnis 2019/2/27 Ra 2016/04/0131

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.2019

## **Index**

40/01 Verwaltungsverfahren

97 Öffentliches Auftragswesen

## **Norm**

AVG §17

AVG §8

BVergG 2006 §101 Abs2

BVergG 2006 §23 Abs1

BVergG 2006 §311

BVergG 2006 §314

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs2 idF 2013/I/128

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der G GmbH in W, vertreten durch die Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. September 2016, Zi. W131 2135322- 1/6E, betreffend Parteistellung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratorin in 1010 Wien, Singerstraße 17- 19), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

I.

1 1. Die Revisionswerberin begehrte Parteistellung in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, in dem die Ausschreibung eines offenen Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich betreffend Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Beschaffung von Impfstoffen angefochten wurde.

2 Die Revisionswerberin, die ein Angebot gelegt, jedoch selbst keinen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung eingebracht hatte, er hob Einwendungen und beantragte mit Schriftsatz vom 20. September 2016 die Zuerkennung der Parteistellung.

3 2.1. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 28. September 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) die Einwendungen der Revisionswerberin zurück und gab ihrem Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung nicht statt. Die ordentliche Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.

4 2.2. In der Begründung verwies das Verwaltungsgericht auf § 101 Abs. 2 BVergG 2006 führte dazu aus, dass - wenn nach dieser Bestimmung im offenen Vergabeverfahren Namen und Anzahl der Bieter bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten seien - diese Anordnung für sämtliche offene Vergabeverfahren gelte, egal ob es sich "um eine Vergabe auf einem oligopolen oder aber polypolen Anbietermarkt" handle. Wenn damit eine generelle gesetzliche Geheimhaltungswertung aufgestellt werde, erscheine dies zwecks Vermeidung wettbewerbswidriger Bieterabsprachen generell sachlich. Das Verwaltungsgericht habe als Vergabekontrollinstanz derartige Wertungen bei seiner Verfahrensgestaltung und insbesondere bei Interpretation des § 324 Abs. 2 BVergG 2006 zu berücksichtigen, weil dort auch auf rechtlich geschützte Interessen abgestellt werde. Eventuell "wertungsfragliche" Ergebnisse einer Normanwendung im Einzelfall machten aber eine generell abstrakte und grundsätzlich sachliche Norm nicht verfassungswidrig.

5 Beim Bundesverwaltungsgericht gebe es in Anwendung des BVergG 2006 bzw. des VwG VG zwar einen Ausschluss der Volksöffentlichkeit von einer Verhandlung, jedoch keinen solchen gegenüber Verfahrensparteien. Umgekehrt existierten zusätzlich keine Verfahrensvorschriften, die eine Verfahrensdurchführung mit partiell wechselseitig geheim zu haltenden Verfahrensparteien regeln würden. Es könne dem Gesetzgeber der §§ 101 Abs. 2 und 324 BVerG 2006 daher nicht zugesonnen werden, dass er einer Bieterin bzw. einer Bieterinteressentin wie der Revisionswerberin Parteistellung in einem Nachprüfungsverfahren zubilligen wollte, in dem eine andere Bieterin bzw. Bieterinteressentin vor Angebotsöffnung gegen eine Ausschreibung bzw. Ausschreibungsberichtigung vorgehe.

6 Die civil rights der Revisionswerberin im Sinn von Art. 6 EMRK in Zusammenhang mit der gegenständlichen Vergabe könnten vielmehr unter gleichzeitiger Beachtung des § 101 Abs. 2 BVergG 2006 zwanglos dadurch gewahrt werden, dass die Revisionswerberin im Fall eines Obsiegens der Nachprüfungsantragstellerin gegenüber der Auftraggeberin und einer Änderung der kundgemachten Ausschreibung (inklusive Berichtigung) selbst wiederum gegen die neu ergangene Änderungsentscheidung vorgehen könne, möge die "Änderung auch Folge einer anderweitigen inter partes erfolgten Nichtigerklärung" sein.

7 Den in § 101 Abs. 2 BVergG 2006 positivierten Geheimhaltungsinteressen sei daher der Vorzug einzuräumen und deshalb die Parteistellung der Revisionswerberin in einem von einer anderen Bieterin bzw. Bieterinteressentin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren betreffend ein offenes Vergabeverfahren vor der Angebotsöffnung zu verneinen. Vor Angebotsöffnung bestehe ein gesetzliches Geheimhaltungsinteresse an Bieternamen, das eine Parteistellung einer anderen Bieterin bzw. Bieterinteressentin vor Angebotsöffnung unzulässig erscheinen lasse. Dieses Ergebnis entspreche auch dem Grundsatz, dass das Verfahrensrecht keinen Selbstzweck habe, sondern nur der Umsetzung bzw. Anwendung des materiellen Rechts im jeweiligen Einzelfall diene.

8 3. Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

9 Die Auftraggeberin erstattete keine Revisionsbeantwortung. II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

10 1. Die Revisionswerberin begründet die Zulässigkeit ihrer Revision damit, dass im vorliegenden Fall Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle, weil der angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts die erste Entscheidung seiner Art darstelle, mit dem die Parteistellung einer Bieterin/Bieterinteressentin in einem von einer anderen Bieterin/Bieterinteressentin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zur Bekämpfung einer Ausschreibung verneint und ihr damit die Teilnahme am Nachprüfungsverfahren verwehrt worden sei.

11 Entgegen den unzutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss sei die Rechtslage nicht klar und eindeutig. § 101 Abs. 2 und § 324 Abs. 2 BVergG 2006 würden sich vom Wortlaut her widersprechen, weshalb eine Normenkollision vorliege. Zudem handle es sich um eine Rechtsfrage, die über den Einzelfall hinausgehende

weitreichende Bedeutung habe. Bis zur angefochtenen Entscheidung sei es nämlich herrschende Praxis gewesen, dass man Bieterinnen/Bieterinteressentinnen Parteistellung in derartigen Nachprüfungsverfahren eingeräumt habe, auch wenn es um die Anfechtung einer Ausschreibung gegangen sei.

12 Die Wesentlichkeit der Rechtsfrage ergebe sich überdies daraus, dass mit § 101 Abs. 2 BVergG 2006 vergleichbare Regelungen für das nicht offene Verfahren in § 104 Abs. 3 und das Verhandlungsverfahren in § 105 Abs. 6 BVergG 2006 bestünden. Damit würde es zu einem generellen Ausschluss anderer Bieter/Bieterinteressenten als des Antragstellers in sämtlichen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung kommen.

13 Die Revision ist zulässig und auch berechtigt. 14 2. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBI. I Nr. 17 in der Stammfassung (§ 101) bzw. in der Fassung BGBI. I Nr. 128/2013 (§ 324), lauten auszugsweise wie folgt:

"Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

(3) Im offenen Verfahren können Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen.

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bieterinnen über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden."

"Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 324. (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber.

(2) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens.

(3) Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Abs. 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. § 42 Abs. 3 AVG gilt sinngemäß.

(4) Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu."

15 3. Das Verwaltungsgericht erkannte im vorliegenden Fall der Revisionswerberin die Parteistellung mit der Begründung nicht zu, dass die nach § 101 Abs. 2 BVergG 2006 gebotene Geheimhaltung der Bieter des Vergabeverfahrens einer Mitwirkung der Revisionswerberin im Nachprüfungsverfahren entgegenstehe.

16 3.1. Gemäß § 324 Abs. 2 BVergG 2006 sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens (neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber) auch jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können. Nach den Gesetzmaterialien sind bei der Beurteilung des Vorliegens rechtlich geschützter Interessen sinngemäß die in § 320 Abs. 1 BVergG 2006 umschriebenen Antragsvoraussetzungen heranzuziehen, das heißt es kommt darauf an, ob der betreffende Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss haben kann und durch die beantragte Entscheidung einen Schaden erleiden könnte. Die Parteistellung nach § 324 Abs. 2 BVergG 2006 setzt zudem voraus, dass der betreffende Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits durch entsprechende Handlungen (Beteiligung am Vergabeverfahren) manifestiert hat. Fehlt eine solche Manifestation, sind die Beziehungen zum betreffenden Vergabeverfahren zu vage und weitläufig, um eine Parteistellung zu begründen (vgl. RV 1171 BlgNR 22.GP 140). Wird

daher - so die zitierten Gesetzesmaterialien zu § 324 Abs. 2 BVergG 2006 weiter - zB eine angeblich diskriminierende Ausschreibung angefochten, sind dadurch begünstigte Unternehmer, die sich noch nicht am Vergabeverfahren beteiligt haben, nicht Parteien dieses Verfahrens.

17 Daraus folgt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers einer Unternehmerin, die sich bereits am Vergabeverfahren beteiligt und ihr Interesse am Vertragsabschluss manifestiert hat, Parteistellung in einem von einer Mitbieterin initiierten Nachprüfungsverfahren, in dem die Ausschreibung angefochten wurde, zukommt.

So hat auch der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass Parteien eines Nachprüfungsverfahrens neben dem Auftraggeber und dem Antragsteller die sonstigen Bewerber und Bieter sind, "die durch die Entscheidung über die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtsverletzungen in ihren Rechtspositionen betroffen sind" (vgl. VfSlg. 15.733/2000; zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben betreffend die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren siehe auch Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009) § 324 Rz. 7 f).

18 3.2. Entgegen der Auffassung der Verwaltungsgerichte ändert daran auch die in § 101 Abs. 2 BVergG 2006 normierte Geheimhaltungspflicht nichts:

19 § 101 Abs. 2 BVergG 2006 ordnet an, dass Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten sind.

20 Die Gesetzesmaterialien zum BVergG 2006 führen dazu aus (RV 1171 BlgNR 22.GP 77 f), dass die

"§§ 101 bis 105 einen eigenen Abschnitt (bilden), der die Regelungen betreffend den Ablauf des offenen, des nicht offenen und des Verhandlungsverfahrens enthält. Im Gegensatz zum BVergG 2002 (vgl. die bisherigen Regelungen der §§ 31 bis 35 und 96 BVergG 2002) werden die Verfahrensabläufe in konsistenter Form geregelt.

§ 101 regelt den Ablauf des offenen Verfahrens (vgl. dazu auch schon die Definition in § 25 Abs. 2). § 101 Abs. 2 beinhaltet implizit die Verpflichtung, dass die Namen der Bieter bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten sind (arg. alle Bieter haben ihr Interesse am Verfahren bekundet). Klargestellt werden soll, dass eine im Rahmen eines offenen Verfahrens stattfindende Auktion nicht als Verhandeln iSd Abs. 4 gilt.

(...)

Die Bestimmungen der §§ 101 Abs. 2, 104 Abs. 3 und 105 Abs. 6 gehen unter anderem auf die Empfehlung des Berichtes der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung von Korruption im Vergabewesen (1999) Punkt 2.7 zurück, wonach die „vergebende Stelle ... alle denkbaren organisatorischen und sonstigen Sicherungsmaßnahmen zu treffen (hat), um die Bieter- bzw. Interessentenliste geheim zu halten.“

(...)"

21 Daraus ergibt sich, dass § 101 Abs. 2 BVergG 2006 wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen den Bieterinnen und Bieter verhindern soll. Die Geheimhaltung der Namen der Bieter dient einem der wesentlichen Ziele des Vergaberechts, nämlich für den Bereich von Auftragsleistungen für die öffentliche Hand eine gleichmäßige Ausschreibung und Vergabe unter Beachtung der Grundsätze eines freien und lauteren (fairen) Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sicherzustellen (vgl. OGH 16.3.1999, 14 Os 155/98, mwN).

§ 101 Abs. 2 BVergG 2006 stellt eine Konkretisierung der in § 23 Abs. 1 BVergG 2006 enthaltenen allgemeinen Geheimhaltungspflicht des Auftraggebers dar (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009) § 101 Rz. 12). Das in § 23 Abs. 1 leg. cit. verankerte "allgemeine Vertraulichkeitsprinzip" soll den - dem Vergabeverfahren inhärenten - "Geheimwettbewerb" schützen (vgl. Zellhofer/Stickler in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009) § 23 Rz. 3).

22 Die in § 101 Abs. 2 BVergG 2006 getroffene Anordnung, die Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten, richtet sich demnach an den Auftraggeber und gilt somit - auch entsprechend ihrer systematischen Stellung im zweiten Teil des BVergG 2006 - für das eigentliche Vergabeverfahren. Anders als die Vertraulichkeit von Informationen und Unterlagen,

die auf Grund ausdrücklicher Regelungen auch von der verwaltungsgerichtlichen Kontrollinstanz zu gewährleisten ist (vgl. § 314 BVerG 2006 und § 311 BVerG 2006 iVm § 17 AVG), findet § 101 Abs. 2 BVerG 2006 im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Anwendung.

23 § 101 Abs. 2 BVerG 2006 bewirkt somit nicht, dass Unternehmern, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können, (entgegen § 324 Abs. 2 BVerG 2006) keine Parteistellung im Nachprüfungsverfahren zukommt.

24 4. Indem das Verwaltungsgericht dies verkannte und der Revisionswerberin unter Verweis auf § 101 Abs. 2 BVerG 2006 die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren versagte, hat es die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet. Der angefochtene Beschluss war aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

25 Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 20

14.

Wien, am 27. Februar 2019

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2016040131.L00

**Im RIS seit**

20.08.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

20.08.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)