OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-840131/10/HW

Datum: Linz, 14. Juni 2017

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch den Richter Mag. Dr. Wiesinger über die Einwendungen/Anträge der X Gesellschaft m.b.H., X, X, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. C C, X, X, betreffend das Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde X betreffend das Vorhaben „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung“ den

B E S C H L U S S

I. Die Einwendungen der X Gesellschaft m.b.H. werden zurückgewiesen.

Der Antrag der X Gesellschaft m.b.H. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG iVm § 33 VwGVG wegen Versäumung der zehntägigen Frist zur Stellung von begründeten Einwendungen wird zurückgewiesen.

Die Anträge der X Gesellschaft m.b.H., „die bisherigen Schriftsätze an uns [zu] übermitteln“, Akteneinsicht „hinsichtlich der Stellungnahme der Antragstellerin im Verfahren LVwG-840129“ zu gewähren und die „Stellungnahme der I GmbH betreffend die Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung als unbegründet zurückzuweisen, in eventu abweisen“, werden zurückgewiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Eingabe vom 18. April 2017 hat die I GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung auf Ausscheiden ihres Angebotes im Vergabeverfahren betreffend das Vorhaben „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung“ gestellt. Die Verfahrenseinleitung betreffend die angefochtene Ausscheidungsentscheidung wurde vom Landesverwaltungsgericht unter Bezeichnung des Auftraggebers und des Vergabeverfahrens mit folgendem Hinweis am 18. April 2017 im Internet auf der Seite des Landesverwaltungsgerichtes bekannt gemacht:

„Unternehmerinnen bzw. Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin bzw. vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig berührt sein können, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin bzw. vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung erheben.

Sofern vor Ablauf dieser Fristen eine mündliche Verhandlung stattfindet, sind die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung zu erheben.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Mit Eingabe vom 12. Mai 2017, beim Landesverwaltungsgericht eingelangt am 15. Mai 2017, erhebt die X Gesellschaft m.b.H. (in der Folge kurz „X GmbH“) Einwendungen betreffend die Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung und bringt vor, dass sie am 3. Mai 2017 informell auf die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hingewiesen worden sei. Es sei unterlassen worden, sie über die Verfahrenseinleitung zu informieren, obwohl sie als präsumtive Zuschlagsempfängerin hierüber informiert hätte werden müssen. Die X GmbH stellt die Anträge, die Einwendungen betreffend die Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung dementsprechend zu berücksichtigen bzw. inhaltlich zu würdigen, die Parteistellung anzuerekennen, die bisherigen Schriftsätze zu übermitteln und den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

I.3. Mit gleicher Eingabe stellt die X GmbH einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG iVm § 33 VwGVG wegen Versäumung der zehntägigen Frist zur Stellung von begründeten Einwendungen. Begründend wird ausgeführt, dass sie stets davon ausgegangen sei, dass sich das Vergabeverfahren mitten im Prüfungsprozess der Angebote befinde und von ihr nicht erwartet werden könne, jeden Tag die Homepage zu überprüfen, ob ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden wäre. Die X GmbH wäre erst am 3. Mai 2017 über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens informiert worden. In einer weiteren Eingabe werden überdies die Anträge gestellt, Akteneinsicht hinsichtlich einer Stellungnahme der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren zu gewähren sowie die Stellungnahme der Nachprüfungswerberin als unbegründet zurückzuweisen.

II. Der unter Punkt I. festgestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den im Akt aufliegenden Unterlagen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 6 Abs. 2 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006 sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens „ferner jene Unternehmer bzw. Unternehmerinnen, die durch die vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig berührt sein können (Antragsgegner bzw. Antragsgegnerinnen).“ Insbesondere ist nach dieser Bestimmung im Fall der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw. die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin Partei.

Nach § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 verliert jedoch der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter bzw. die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin die Parteistellung, wenn er bzw. sie nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erhebt. Andere Parteien im Sinn des § 6 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 verlieren ihre Parteistellung nach der Anordnung von § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 18 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 erheben. Nach § 18 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat die Bekanntmachung durch das Landesverwaltungsgericht im Internet zu erfolgen.

III.2. In § 18 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist für den Fall der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung eine Verständigung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters vom Eingang des Nachprüfungsantrags vorgesehen. Wie sich aus dem klaren Gesetzeswortlaut („Im Fall der Bekämpfung einer Zuschlagsentscheidung“) ergibt, ist eine Verständigung nur bei Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung, nicht jedoch für den Fall der Bekämpfung einer Ausscheidensentscheidung vorgesehen. Eine Verständigung der X GmbH von der Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens war daher nicht erforderlich.

III.3. Aufgrund des Umstandes, dass kein Fall des § 18 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 vorliegt, und andere Parteien gemäß § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ihre Parteistellung verlieren, wenn sie ihre begründeten Einwendungen nicht binnen

zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 18 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 (welche gegenständlich bereits am 18. April 2017 erfolgte) erheben, kommt der X GmbH keine Parteistellung (mehr) zu.

III.4. Da die Wiedereinsetzung gemäß § 71 AVG bzw. gemäß § 33 VwGVG ein Parteirecht ist, kann eine solche von einer Person, die (in Folge des Unterlassens der Erhebung von Einwendungen) keine Parteistellung hat, nicht geltend gemacht werden (vgl. etwa VwGH 15.09.2005, 2004/07/0135). Es ist aber in § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 normiert, dass „§ 42 Abs. 3 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009, [...] sinngemäß“ gilt. Nach dieser Bestimmung kann eine Person, die glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, und die kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache bei der Behörde Einwendungen erheben. Auch wenn man den Antrag der X GmbH als Antrag im Sinne des § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 42 Abs. 3 AVG versteht, verhilft dies der X GmbH jedoch nicht zum Erfolg:

Entgegen der Ansicht der X GmbH ist von einem Bieter, welcher an einem Vergabeverfahren teilnimmt, durchaus zu erwarten, dass er sich regelmäßig darüber informiert, ob eine Bekanntmachung einer Verfahrenseinleitung nach § 18 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 erfolgt ist. Der für den Bieter dadurch entstehende Aufwand ist auch äußert gering. Der Bieter muss hierfür nicht etwa zum Landesverwaltungsgericht fahren, um auf einer Amtstafel nachzuschauen, sondern es genügt vielmehr das Aufrufen der Internetseite des Landesverwaltungsgerichtes. Da Unternehmer regelmäßig über einen Internetzugang verfügen und für das Aufrufen der frei zugänglichen Internetseite des Landesverwaltungsgerichtes weder besondere Kosten anfallen, noch dies einen erheblichen Zeitaufwand verursacht, ist von einem Bieter jedenfalls zu erwarten, dass er sich regelmäßig darüber informiert, ob eine Bekanntmachung einer Verfahrenseinleitung nach § 18 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 erfolgt ist und zwar insbesondere auch dann, wenn er davon ausgeht, sich „mitten im Prüfprozess der Angebote im laufenden Vergabeverfahren zu befinden“. Gerade im Zuge der Angebotsprüfung können Auftraggeber allfällige Angebotsmängel, die ein Ausscheiden nach sich ziehen, erkennen. Die X GmbH musste daher auch und gerade damit rechnen, dass in der Phase der Angebotsprüfung Ausscheidensentscheidungen erfolgen könnten, wobei sie vom gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ohne großen Aufwand (durch regelmäßiges Aufrufen der Internetseite des Landesverwaltungsgerichtes) Kenntnis erlangen hätte können. Nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes ist daher von einem über den minderen Grad des Versehens hinausgehenden Verschulden im Hinblick auf die Versäumung der Frist zur Erhebung von Einwendungen auszugehen.

Auch wenn man das Tatsachenvorbringen der X GmbH (Kenntnis von der Verfahrenseinleitung wurde erst am 3. Mai 2017 erlangt; die X GmbH ging davon aus, dass sich das Vergabeverfahren mitten im Prüfungsprozess der Angebote befinde) als wahr annimmt, sind die Voraussetzungen für die Wiedererlangung der Parteistellung daher nicht gegeben.

III.5. Die Einwendungen der X GmbH sind somit verspätetet und daher zurückzuweisen (vgl. *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 42 Rz 61).

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass der X GmbH keine Parteistellung (mehr) zukommt.

Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass dies nur für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung (und nicht auch für ein allfälliges neues Verfahren in Zusammenhang mit einer Zuschlagsentscheidung) gilt.

III.6. Die Ausführungen der X GmbH in Zusammenhang mit dem „Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ sind nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes aufgrund der inhaltlichen Ausführungen (zumindest auch) als Vorbringen im Sinne des § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 42 Abs. 3 AVG zu verstehen, wobei diesbezüglich unter Punkt III.4. dargelegt wurde, dass die Voraussetzungen für die Wiedererlangung der Parteistellung nach dieser Gesetzesstelle nicht gegeben sind. Zudem ist aufgrund des ausdrücklichen Antrags „auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ unter Anführung der §§ 71 AVG bzw. 33 VwGVG die Eingabe auch als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu behandeln, welcher aufgrund der fehlenden Parteistellung der Antragstellerin jedoch zurückzuweisen ist (vgl. etwa VwGH 18.10.2012, 2012/06/0102).

III.7. Der X GmbH kommt auch kein Recht auf Zusendung von Schriftsätzen durch das Landesverwaltungsgericht zu, dies einerseits mangels Parteistellung und andererseits, weil eine Übermittlung von Schriftsätzen im Oö. VergRSG 2006 nicht vorgesehen ist. Ebenso wenig kommt der X GmbH ein Recht auf Einsicht in eine Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren oder auf Zurückweisung (bzw. Abweisung) einer Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren zu, sodass auch diese Anträge zurückzuweisen sind.

III.8. Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden. Eine mündliche Verhandlung war nicht erforderlich, da die Anträge der X GmbH zurückzuweisen sind. Zudem lässt eine mündliche Erörterung auch keine weitere Klärung erwarten (vgl. insbesondere auch die Ausführungen unter Punkt III.4. aE) und es wurde von der X GmbH auch keine mündliche Verhandlung beantragt.

IV. Die ordentliche Revision ist unzulässig. Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 42 Abs. 3 AVG (iVm § 6 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006) vorliegen, war anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen, sodass dem keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt. Auch sonst war im gegenständlichen Fall keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Wiesinger