

Der dornige Weg zum Bauvertrag

Zivilrechtliche Abwehransprüche
Drohnenüberflüge

Dynamisch, aber vorhersehbar
Verbrauchergerichtsstand 2.0

Das Officer's Certificate bei
M&A-Transaktionen

Private Enforcement: Korrektiv für
Rechtssicherheit im Beihilfenrecht

Diensterfindungsvergütung in
Abfertigung Alt

Autonomes Fahren in Ö
Eine Utopie?

Geheimhaltung im Vergaberecht: In welchen Konstellationen sind Vergabeinformationen top secret?

Das Spannungsverhältnis zwischen dem vergaberechtlichen Transparenzgebot und den datenschutzrechtlichen Geheimhaltungspflichten sorgt in Vergabeverfahren nicht selten für hitzige Diskussionen.

KATHARINA TRETTNAK-HAHNL

A. Transparenz vs Geheimhaltung

Vergabeverfahren sind im vorvertraglichen Stadium angesiedelt. Ziel der Durchführung (mehr oder weniger) formalisierter Verfahren ist grundsätzlich der Abschluss eines Vertrags. Bei öffentlichen Beschaffungen werden bereits in einem frühen Stadium (vor Vertragsabschluss) unterschiedliche Daten und Informationen ausgetauscht und offen gelegt; dies in unterschiedlicher Intensität und unterschiedlicher „Richtung“. Gleichzeitig werden aber aus dem im BVergG normierten Diskriminierungsverbot Anforderungen an Transparenz und Publizität abgeleitet und näher geregelt. Betrachtet man die im BVergG enthaltenen Transparenzvorschriften näher, so kann zwischen Bekanntmachungs- (zB §§ 46 ff BVergG) sowie Informations- und Auskunftsverpflichtungen (zB §§ 44, 58 BVergG) des Auftraggebers unterschieden werden. Auch der vergabespezifische Rechtsschutz bedarf zu seiner effektiven Ausgestaltung der Offenlegung von Informationen aus dem konkreten Vergabeverfahren selbst.

In der Praxis oft fraglich ist die Geheimhaltung der Informationen aus dem Vergabeverfahren: Sind diese Informationen und Daten tatsächlich geheim? An wen dürfen oder müssen diese weitergegeben werden?

Das BVergG¹⁾ beinhaltet zwar an einigen Stellen klare Vorgaben, welche Informationen etwa den teilnehmenden Unternehmen zwingend offenzulegen sind, doch gilt es, dabei wettbewerbs-, urheber- oder strafrechtliche Vorgaben nicht außer Acht zu lassen.²⁾ Dem vergaberechtlichen Regelwerk liegt gerade auch der Gedanke eines chancengleichen Wettbewerbs³⁾ zu Grunde. Die Weitergabe von Daten, welche va die Geschäfts- und Betriebsinteressen der Bieter betreffen, kann auf das Marktverhalten eines Unternehmers und damit auch auf die künftige Wettbewerbsintensität zentralen Einfluss haben.⁴⁾ Das vergaberechtliche Transparenzgebot steht dabei oft im Spannungsverhältnis zum berechtigten Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der teilnehmenden Unternehmer; oder umgekehrt.⁵⁾ Grundsätzlich liegt dem BVergG aber wiederum das Konzept des „Geheimwettbewerbs“⁶⁾ zugrunde.

In Folge ist aufzuzeigen, in welchen Konstellationen und Verfahrensphasen Informationen aus dem Beschaffungsvorhaben selbst oder generell über teilnehmende Unternehmer geheim zu halten sind.

B. Informationsfluss vom Auftraggeber

Unabdingbare Voraussetzung jedes (erfolgreichen) Beschaffungsvorgangs ist zunächst die Offenlegung des Ausschreibungsgegenstands wie auch der sonstigen Rahmenbedingungen selbst. Damit sind Auftraggeber gem BVergG verpflichtet, nähere Informationen über das Projekt offenzulegen. Die Offenlegung derartiger Grundlagen ist schon für die Preiskalkulation durch die potentiellen Auftragnehmer und generell für die Angebotslegung von zentraler Bedeutung. Auch vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter ist ein einheitlicher Informationsstand der potentiell teilnehmenden Bieter sicherzustellen. Unzulässige Informationsvorsprünge führen zum Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren.⁷⁾

Dr. Katharina Trettnak-Hahnl ist Rechtsanwältin bei KWR in Wien.

- 1) Die Verweise beziehen sich auf die aktuelle Rechtslage des BVergG idF BGBl I 2016/6. Auf Regelungen der derzeit vorliegenden RV 69 BlgNR 26. GP (in Folge auch „BVergG-Novelle“) wird gesondert hingewiesen.
- 2) Vgl so auch ausdrücklich § 131 Abs 1, § 272 Abs 1 BVergG, nach welchen in der Zuschlagsentscheidung va die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots dann nicht bekannt zu geben sind, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.
- 3) Zur zentralen Stellung des Wettbewerbsprinzips vgl nur VfGH 20. 6. 2001, B 1560/00.
- 4) Vgl dazu bereits BVA 2. 10. 2001, N-80/01 – 19, dass „die Kenntnis von anderen Angeboten bzw von deren Inhalt (...) nur dann wettbewerbswidriges Verhalten (begründet), wenn sie durch darauf gerichtete Absprachen entstanden ist, zu konkreten Wettbewerbsvorteilen führt und nicht gesetzlich gedeckt ist“. Siehe auch EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, *Varec SA/Belgischer Staat*, Rz 35, wonach „die öffentlichen Auftraggeber keine das Vergabeverfahren betreffenden Informationen preisgeben (dürfen), deren Inhalt dazu verwendet werden könnte, den Wettbewerb entweder in einem laufenden Vergabeverfahren oder in späteren Vergabeverfahren zu verfälschen“.
- 5) In der vergaberechtlichen Literatur wird wiederum die Meinung vertreten, dass etwa Einschränkungen des Transparenzgebots und damit letztlich des Gebots des effektiven Bieterschutzes eng auszulegen sind (vgl so etwa zur Abstandnahme von der Begründung der Zuschlagsentscheidung *Aicher* in *Schramml/Aicher/Frubmann/Thiener*, BVergG 2006, § 131 Rz 28).
- 6) Zur Wesentlichkeit des Geheimwettbewerbs im d Kartellvergaberecht s etwa auch *Dreher* in *Immengal/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht – GWB⁵ § 97 Rz 12.
- 7) Derartige Informationsvorsprünge können etwa aufgrund von bestimmten „Vorarbeiten“ bestehen (§ 20 Abs 5, § 188 Abs 5 BVergG).

Je weiter die Bieterbeteiligung am jeweiligen Vergabeverfahren aber voranschreitet, desto mehr sind Geheimhaltungsregelungen zu beachten. Grundsätzlich ist der vertrauliche Charakter aller, den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.⁸⁾

Als nähere Ausgestaltung dieser Grundsatzregelung lassen sich exemplarisch folgende Regelungen hervorheben:

- Auskünfte über die einlangenden Angebote, insb über die Bieter oder über die Anzahl der abgegebenen Angebote, dürfen nicht erteilt werden.⁹⁾
- Die Angebote sind bis zur Öffnung so zu verwahren, dass sie für Unbefugte unzugänglich sind.¹⁰⁾
- Der Auftraggeber darf vom Inhalt der Angebote¹¹⁾ wie auch von den Teilnahmeanträgen¹²⁾ erst nach Ablauf der Teilnahme- oder Angebotsfrist Kenntnis erhalten. Mit einer derartigen Regelung soll wohl gerade eine Weitergabe der Information an interessierte Unternehmer vermieden werden.¹³⁾
- Für das Verhandlungsverfahren wie auch das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gilt, dass Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind.¹⁴⁾

Eine generelle Auskunftspflicht über den Prüfstand, oder aber gar den Stand der Prüfung anderer Angebote, ist nicht vorgesehen. Vielmehr ist gem § 129 Abs 3, § 269 Abs 4 BVergG nur über ein allfälliges Ausscheiden des eigenen Angebots zu informieren, nicht hingegen über jenes der Mitbewerber. Auch ist ein bloßes Einsichtsrecht in die Niederschrift der eigenen Angebotsprüfung vorgesehen.¹⁵⁾

Erst bei Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sind die Ergebnisse der eigenen Bewertung – uU aber auch der eigenen Prüfung – und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots allen im Verfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen.¹⁶⁾ Diese Regelung ist nach Judikatur und Literatur stets vor dem Hintergrund des Vergaberechtsschutzes¹⁷⁾ zu verstehen. In § 131 Abs 1, § 272 Abs 1 BVergG selbst ist jedoch eine Abstandnahme von der Bekanntgabe dieser Informationen vorgesehen, wenn dies öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widerspricht oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Der vergebende Auftraggeber hat daher stets zu prüfen, ob eine derart widersprechende oder schädliche Situation vorliegt. Die Abwägung und Prüfung hat va im Hinblick auf die Art und den Inhalt der Information, das konkrete Wettbewerbsumfeld, wie auch die konkrete Vergabe zu erfolgen. Sind die Informationen etwa bereits öffentlich bekannt, so wird eine Offenlegung zu bejahen sein.¹⁸⁾

C. Informationsfluss von den Bietern/ Bewerbern an den Auftraggeber

Auch Bieter und Bewerber haben im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG wiederum zahlreiche Informations- und Auskunftspflichten. Diese betreffen neben der Offenlegung von Kalkulationsgrundlagen, welche den Ansatz für Gemeinkos-

ten, Gewinn, Wagnis etc beinhalten,¹⁹⁾ auch allgemeine Informationen über das Unternehmen selbst. Schon iZm der Eignungsprüfung werden Rückstandsnachweise, Strafregisterauszüge, Bankauskünfte, Bonitätserklärungen, aber auch Lebensläufe von zentralen Schlüsselpersonen abgefragt und offengelegt. Gerade bei der Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit sind im Rahmen der Glaubhaftmachung gem §§ 73, 231 BVergG weitergehende, oft unternehmensinterne (effektive) Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit im Detail darzulegen.

Generell betreffen derartige Informationen aber nicht nur den teilnehmenden Unternehmer selbst, sondern von diesem wiederum zu unterscheidende Dritte: Va Subunternehmer, verbundene Unternehmen oder gar Lieferanten können dabei erfasst sein. Zudem werden vom Auftraggeber (und der ausschreibenden Stelle) personenbezogene Daten natürlicher Personen verarbeitet. Dies sowohl zur Eignungsprüfung als auch häufig im Zuge der Bewertung von Auswahl- und Zuschlagskriterien, aber auch der Prüfung der Preisplausibilität. Gerade aufgrund der in Kürze erfolgenden datenschutzrechtlichen Neuerungen ist auch vom Bieter/Bewerber und damit in Folge vom Auftraggeber zu prüfen, ob ein ausdrücklicher Ermächtigungsgrund nach der DSGVO²⁰⁾ vorliegt oder die Einwilligung der betroffenen Person zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten einzuholen ist. Der Begriff der personenbezogenen Daten ist weit gefasst: Unter personenbezogenen Daten sind dabei alle Informationen zu verstehen, „die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person“²¹⁾ (betroffene Person) beziehen. Identifizierbar ist eine natürliche Person dann, wenn sie aufgrund der ihr zugeordneten Daten (wie Name, Standortdaten etc) identifiziert werden kann. Es wird daher künftig verstärkt notwendig sein, dass eine detaillierte Prüfung erfolgt, ob die Verarbeitung der

8) § 23 Abs 1, § 191 Abs 1 BVergG.

9) § 117 Abs 2 BVergG.

10) § 117 Abs 3, § 264 Abs 3 BVergG.

11) § 117 Abs 4, § 264 Abs 4 BVergG.

12) § 103 Abs 5 BVergG.

13) Nach der Judikatur ermöglicht „die Kenntnis, wer die Ausschreibungsunterlagen behoben hat und damit die Kenntnis über etwaige Mitbewerber vor Abgabe eines Angebots, (...) und verleitet gerade dazu, das eigene Angebot strategisch entsprechend zu gestalten“ (BVA 9. 8. 2013, N/0040-BVA/11/2013–27, N/0043-BVA/11/2013–22; ZVB 2013/123, 408).

14) § 104 Abs 3, § 105 Abs 6 BVergG.

15) § 128 Abs 2 BVergG.

16) § 131 Abs 1, § 272 Abs 1 BVergG.

17) Zum Leit-Judikat des EuGH 28. 10. 1999, C-81/98, *Alcatel Austria AG ua, Siemens AG Österreich, SAG-Schrack Anlagentechnik AG/Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*.

18) So etwa BVwG 1. 12. 2017, W134 2173603-2/26E, dass im konkreten Fall unter Abwägung der Interessen (Recht auf faires Verfahren und Geheimhaltung) der Name des Referenzprojekts offen zu legen war, nicht aber der Name der anzugebenden Schlüsselperson.

19) § 125 BVergG.

20) VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), ABl L 2016/119, 1.

21) Art 4 Z 1 DSGVO.

personenbezogenen Daten aufgrund einer rechtmäßigen Grundlage erfolgt oder aber die Bieter vor Teilnahme an einem Vergabeverfahren die Einwilligung jener betroffenen Personen einholen müssen, deren Daten im Zuge des Vergabeverfahrens an den Auftraggeber weitergegeben werden.

In der künftig verstärkt zum Einsatz gelangenden Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE),²²⁾ welche zum Nachweis der Eignung in der Eignungsprüfung vorzulegen ist,²³⁾ findet sich zudem die folgende Festlegung: „Die Unterzeichner stimmen förmlich zu, dass [der öffentliche Auftraggeber] (...) Zugang zu allen Unterlagen erhält, mit denen die Informationen belegt werden, die die Unterzeichner in [den betroffenen Punkten] dieser Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung für die Zwecke des [Vergabeverfahrens] angegeben haben.“ Damit wird wohl auch die Einwilligung des Unternehmers zur Verarbeitung personenbezogener Daten mit Unterfertigung und Abgabe der EEE erfasst sein.²⁴⁾ Offen ist jedoch, ob die rechtsgültige Unterfertigung durch den Bieter auch die Einwilligung der vom Bieter namhaft gemachten Schlüsselpersonen umfasst.

D. Informationsfluss an Dritte

Unter Dritten sind va die zur Nachprüfung berufenen Landesverwaltungsgerichte, aber auch Organe der Gebarungskontrolle zu verstehen. Wird eine Auftragsgeberentscheidung angefochten, so ist vom Auftraggeber der Vergabeakt an das Gericht zu übermitteln. Sowohl der zuständige Richter als auch die beisitzenden Laienrichter sind zur vertraulichen Behandlung der Unterlagen²⁵⁾ verpflichtet. Ob darin enthaltene Dokumente oder Informationen va an den Antragsteller und damit oft dem Mitbewerber eines Zuschlagsempfängers weitergegeben werden dürfen, ist nach § 17 Abs 3 AVG iVm den im BVergG normierten Geheimhaltungsverpflichtungen²⁶⁾ zu beurteilen: Von der Akteneinsicht sind Aktenbestandteile auszunehmen, die bei Einsichtnahme zu einer Schädigung berechtigter Interessen einer Partei führen würden. Geht es um eine Nichtigerklärung, welche iZm der Preisprüfung oder aber dem Vorliegen von Referenzprojekten steht, bieten in der Praxis oft Fragen der Zulässigkeit der Akteneinsicht des Antragstellers Diskussionsstoff. In diesen Fällen hat das Gericht eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen (Recht auf faires Verfahren vs Interessen an der Wahrung

von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) vorzunehmen.²⁷⁾ IdR werden etwa Einzelpreise und Kalkulationsgrundlagen selbst, aber auch die Namen von Subunternehmern wie auch Details aus Referenzprojekten und auch die Namen von Schlüsselpersonen keiner Offenlegung gegenüber dem Antragsteller oder weiteren Mitbewerbern zugeführt. Dies führt faktisch dazu, dass derartige Problemstellungen idR lediglich zwischen Auftraggeber, Gericht und uU dem betroffenen Mitbewerber erörtert werden. Die Wahrung der Parteirechte des rechtsschutzsuchenden Antragstellers ist dabei eingeschränkt.

22) Vgl dazu DurchführungsVO (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl L 2016/3, 16.

23) Vgl dazu etwa unter <https://ec.europa.eu/tools/esp/filter?lang=de> (abgefragt am 3. 4. 2018).

24) In § 80 Abs 5 der BVergG-Novelle ist dies ausdrücklich für die Nutzung von Datenbanken (Katasterdiensten) vorgesehen. Die Materialien zur BVergG-Novelle gehen offenbar davon aus, dass die „Abschlussklärungen“ der EEE als Einwilligung anzusehen sind und daher den Vorgaben insb des Art 7 DSGVO entsprechen (69 BlgNR 26. GP 106).

25) Selbst im Rahmen der (internen) Weitergabe der entscheidungsrelevanten Dokumente vom Richter an die Laienrichter sind diese etwa bloß zur Verfügung zu stellen (und nicht zu übermitteln), wenn dies zur Wahrung der Vertraulichkeit der Dokumente unbedingt erforderlich ist (§ 294 BVergG).

26) So auch *Merl*, Rechtsfolgen einer fehlenden oder unzureichenden Begründung der Zuschlagsentscheidung, RPA 2010, 321, welche diese als *leges speciales* zu § 17 AVG sieht und damit von einer verfahrensrechtlichen Bindung der nachprüfenden Gerichte ausgeht. Siehe auch *Eisner/Schiffkorn*, Geheimhaltung von Beweisen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, ZVB 2010/43, 145.

27) EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, *Varec SA/Belgischer Staat*, Rz 51.

SCHLUSSTRICH

Der Schutz der Vertraulichkeit steht oftmals im Spannungsverhältnis zum vergaberechtlichen Grundsatz der Transparenz. Aufgrund der steigenden Datenmengen und der strengeren (va auch datenschutzrechtlichen) Anforderungen ist der Geheimhaltung von Informationen in und aus Vergabeverfahren vermehrt Beachtung zu schenken. Aufgrund der Vielfältigkeit der Informationsflüsse wie auch der Informationsinhalte ist jeweils im Einzelfall unter Abwägung der unterschiedlichen Interessen zu prüfen, ob eine Weitergabe der Daten zulässig ist.