

TE Vwgh Erkenntnis 2019/2/27 Ra 2018/04/0139

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.02.2019

Index

24/01 Strafgesetzbuch

24/03 Sonstiges Strafrecht

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §334 Abs7 idF 2013/I/128

StGB §34 Abs1 Z17

VbVG 2006 §5 Abs3

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision des H in W, vertreten durch die Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 4. Juni 2018, Zl. W123 2006575-1/67E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren, zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.
Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 1. Mit dem - unangefochten gebliebenen - Erkenntnis vom 17. Oktober 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 fest, dass ein näher bezeichnetes Vergabeverfahren des revisionswerbenden Auftraggebers rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei, weil - so die wesentliche Begründung - die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit nicht erfüllt seien. Der Antrag, den Vertrag zwischen dem Revisionswerber und der P G betreffend die Umsetzung des gegenständlichen Projekts für absolut nichtig zu erklären, wurde unter Verweis auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, abgewiesen.

2 Mit dem in Ergänzung dazu ergangenen Erkenntnis vom 30. November 2016 verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht den revisionswerbenden Auftraggeber gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 zur Zahlung einer Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,--.

3 Begründend hielt das Verwaltungsgericht dazu fest, da die "Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages aufrechterhalten werden", sei zwingend eine Geldbuße zu verhängen. Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung eine Auftragssumme der gegenständlichen Leistung von ca. EUR 864.938,- zugrunde und führte zur Bemessung der Geldbuße wie folgt aus:

"Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung handelt es sich grundsätzlich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG 2006. Der Auftraggeber hat durch die gewählte Vorgangsweise drohende wirtschaftliche Nachteile und zeitlich Verzögerungen vermeiden und sich auf diese Weise wirtschaftliche Vorteile verschaffen wollen. Sein Vorgehen stellt damit im Ergebnis eine Umgehung der vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise dar. Erschwerend tritt hinzu, dass die Wirkungen des Vertrages (zugunsten des Auftraggebers) aufrechterhalten werden. Als mildernder Umstand ist zu berücksichtigen, dass dem Bundesverwaltungsgericht bisher keine derartigen Vorgangsweisen seitens des Auftraggebers bekannt sind."

4 2. Mit Erkenntnis vom 23. Oktober 2017, Ra 2017/04/0005, auf dessen Entscheidungsgründe hinsichtlich der Vorgeschichte des zugrunde liegenden Vergabeverfahrens verwiesen wird, hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes vom 30. November 2016 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

5 Nach Darlegung der aus seiner Rechtsprechung resultierenden Grundsätze für die Festsetzung einer Geldbuße gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 führte der Verwaltungsgerichtshof in der fallbezogenen Begründung wie folgt aus:

"7.3. Diesen Anforderungen werden die (oben wiedergegebenen) Ausführungen des Verwaltungsgerichtes nicht gerecht. Zunächst ist festzuhalten, dass der vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführte Umstand der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung Voraussetzung für eine Feststellung nach § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 und damit (im Fall des Absehens von der Nichtigerklärung des Vertrages) auch für die Verhängung der Geldbuße ist und daher für sich genommen nicht als Begründung für die in § 334 Abs. 8 BVergG 2006 angesprochene ‚Schwere des Verstoßes‘ herangezogen werden kann. Umgekehrt wäre entsprechend den zitierten Erläuterungen zu prüfen gewesen, ob die Vorgehensweise des Revisionswerbers ‚offenkundig unzulässig‘ gewesen ist, wobei in diesem Zusammenhang auch das vom Revisionswerber bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ins Treffen geführte Rechtsgutachten der Finanzprokurator zu berücksichtigen gewesen wäre. Der Revisionswerber bringt dem Grunde nach zutreffend vor, dass die Einholung eines Gutachtens von der - durch das Finanzprokuratorgesetz zur rechtlichen Beratung und Rechtsvertretung im Interesse des Staates berufenen - Finanzprokurator als Vorkehrung zur Verhinderung vergaberechtswidrigen Verhaltens und damit als Milderungsgrund nach § 5 Abs. 3 Z 1 VbVG angesehen werden kann. Im Hinblick darauf ist auch nicht ersichtlich, basierend auf welcher Grundlage das Verwaltungsgericht eine Absicht des Auftraggebers, sich wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen, angenommen hat."

6 3. Mit dem nunmehr angefochtenen, im fortgesetzten Verfahren ergangenen Erkenntnis vom 4. Juni 2018 verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht den Revisionswerber (erneut) gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 zur Zahlung einer Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution. Die Revision wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt.

7 Das Verwaltungsgericht stellte den Verfahrensgang sowie die eingeholten Stellungnahmen dar und verwies hinsichtlich des zugrunde gelegten Sachverhaltes auf die Feststellungen im Erkenntnis vom 17. Oktober 2016.

8 Als Milderungsgründe berücksichtigte das Verwaltungsgericht, dass ihm bislang keine derartigen Verstöße seitens des Auftraggebers bekannt seien und dass der Auftraggeber durch Einholung des Gutachtens der Finanzprokurator vom 26. Februar 2010 Vorkehrungen habe treffen wollen, "um sich nicht dem Vorwurf einer allfälligen unzulässigen Direktvergabe auszusetzen".

9 Dieser Umstand allein führe jedoch nicht dazu, dass die Geldbuße lediglich in symbolischer Höhe festzusetzen oder überhaupt davon abzusehen wäre. Der Auftraggeber trage die alleinige Verantwortung für ein rechtswidriges Verhalten und er hätte sich nicht ausschließlich auf die Ausführungen im Gutachten der Finanzprokurator verlassen dürfen. Diesbezüglich sei zu berücksichtigen, dass die Aussagen in diesem Gutachten zeitlich vor der hier maßgeblichen Projektvereinbarung getroffen worden seien und dass die Finanzprokurator noch von einer fehlenden Entgeltlichkeit ausgegangen sei, während in der Projektvereinbarung ein Entgelt für die Zuschlagsempfängerin in der Höhe von EUR 864.938,- vorgesehen gewesen sei. Darüber hinaus seien - so das Verwaltungsgericht unter Verweis auf die Begründung in seinem Erkenntnis vom 17. Oktober 2016 - die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie

interkommunale Zusammenarbeit schon deshalb nicht vorgelegen, weil der Vertrag nicht ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater abgeschlossen worden sei. Einem sorgfältigen Auftraggeber - so das Verwaltungsgericht weiter - hätte auffallen müssen, dass keine Umstände vorgelegen seien, die eine ausschreibungsfreie Vergabe gerechtfertigt hätten, weshalb der Verstoß des Auftraggebers als erschwerend im Sinn des § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) zu werten sei. Darüber hinaus hielt das Verwaltungsgericht Folgendes fest:

"Ferner war als erschwerender Umstand iSd § 5 VbVG anzusehen, dass der Auftraggeber im Rahmen der am 28.09.2016 stattgefundenen mündlichen Verhandlung nicht erheblich zur Wahrheitsfindung im Sinne des § 5 Abs. 3 Z 3 VbVG beigetragen hat. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung fehlten nämlich jene (entscheidungserheblichen) Unterlagen des Auftraggebers, aus denen sich schließlich ergab, wie hoch die bezahlten Summen aus der Projektvereinbarung tatsächlich waren (in concreto fehlten die Abrechnungen zwischen (S) und der Zuschlagsempfängerin bzw. der Zuschlagsempfängerin an den Auftraggeber; (...)). Zwar unterstellt das Bundesverwaltungsgericht dem Auftraggeber keineswegs, dass dieser absichtlich nicht sämtliche relevante Unterlagen im Zuge der mündlichen Verhandlungen bereitgehalten hat. Gleichzeitig ist jedoch festzuhalten, dass es dem Senat erst mit erheblicher Verzögerung möglich war, über den Feststellungsantrag zu entscheiden.

4. Auf Grund der gegenseitig abgewogenen Erschwerungs- und Milderungsgründe iSd § 5 Abs. 1 VbVG war daher die Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,00 festzusetzen."

10 4. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision des Auftraggebers.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

11 5. Der Revisionswerber moniert zur Zulässigkeit, das Verwaltungsgericht habe - entgegen den Vorgaben des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis Ra 2017/04/0005 - die Einholung des Gutachtens de facto nicht gewertet und es habe das Nicht-Bereithalten von Unterlagen in der mündlichen Verhandlung (ohne vorherige Aufforderung dazu) zu Unrecht als

Erschwerungsgrund angesehen.

12 Die Revision erweist sich im Hinblick darauf als zulässig. 13 6.1. § 334 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerGG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 128/2013, lautet auszugsweise:

"Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. ...

(7) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20 vH, im Unterschwellenbereich 10 vH, der Auftragssumme. (...)

(8) Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes - VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu

berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

14 6.2. § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, lautet:

"Bemessung der Verbandsgeldbuße

§ 5. (1). Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

(2) Die Anzahl ist insbesondere umso höher zu bemessen,

1. je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist;
2. je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte

Vorteil ist;

3. je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde.

(3) Die Anzahl ist insbesondere geringer zu bemessen, wenn

1. der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat;
2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3);
3. er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;
4. er die Folgen der Tat gutgemacht hat;
5. er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat;
6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat."

15 7.1. Nach § 334 Abs. 8 BVergG 2006 sind bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird. Nach den Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP, 39 f) muss die verhängte Sanktion entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war.

16 Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem festgehalten, dass ein Verschulden des Auftraggebers (zwar) nicht als Voraussetzung für die Verhängung einer Geldbuße normiert ist, dass aber das von den dort revisionswerbenden Parteien ins Treffen geführte Vertrauen (dort: in vorangegangene Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden) "alleine bei der Bemessung der (Höhe der) Geldbuße nach § 334 Abs. 8 BVergG 2006 berücksichtigt werden" könne (siehe VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073). Weiters wurde in diesem Erkenntnis unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, zur Bemessung der Geldbuße Folgendes ausgeführt:

"Die Festsetzung einer Geldbuße (nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006) ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation. Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung des Ermessens ist, dass der Sachverhalt in den für die Ermessensübung maßgebenden Punkten ordnungsgemäß und hinreichend vollständig ermittelt wurde. Um die Überprüfbarkeit des bei der Ausmessung der Geldbuße geübten Ermessens zu gewährleisten, hat die Behörde ausgehend von konkreten Feststellungen zu den Sachverhaltsgrundlagen, die in die Ermessensentscheidung erschwerend oder mildernd einfließen, darzulegen, weshalb die Höhe der im Einzelfall verhängten Geldbuße den in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 festgelegten gesetzlichen Anforderungen der Wirksamkeit, Angemessenheit und Eignung zur Abschreckung entspricht".

17 7.2. Das Verwaltungsgericht hat im Erkenntnis vom 30. November 2016 für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße mit EUR 90.000,- einen Milderungsgrund (keine bislang bekannten derartigen Vorgehensweisen des Auftraggebers) angenommen. Erschwerend wurden - neben der Aufrechterhaltung des Vertrages - der Umstand der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sowie die Absicht der Verschaffung wirtschaftlicher Vorteile durch diese Vorgehensweise gewertet.

18 Demgegenüber hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis Ra 2017/04/0005 die Begründung der Schwere des Verstoßes mit dem Vorliegen der Voraussetzung für die Verhängung der Geldbuße

(nämlich der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) abgelehnt und die vom Verwaltungsgericht angenommene Absicht der Verschaffung wirtschaftlicher Vorteile als nicht nachvollziehbar begründet angesehen. Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof die fehlende Auseinandersetzung mit der grundsätzlich als Milderungsgrund in Betracht kommenden Einholung eines Gutachtens der Finanzprokuratur moniert.

19 Im angefochtenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht nunmehr zwar die Einholung des Gutachtens als Milderungsgrund anerkannt, die Bedeutung des Gutachtens in gewisser Hinsicht allerdings relativiert. Unter Verweis auf seine Ausführungen im (den Feststellungsantrag erledigenden) Erkenntnis vom 17. Oktober 2016 vertrat das Verwaltungsgericht die Ansicht, dem Auftraggeber hätte auffallen müssen, dass keine Umstände vorgelegen seien, die eine ausschreibungsfreie Vergabe gerechtfertigt hätten. Zudem wurde als erschwerend gewertet, dass der Auftraggeber durch das Nicht-Bereithalten von Unterlagen im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht erheblich zur Wahrheitsfindung im Sinne des § 5 Abs. 3 Z 3 VbVG beigetragen habe.

20 Auch diese Ausführungen werden den oben (Pkt. 7.1.) dargestellten Anforderungen aus nachstehenden Gründen nicht gerecht.

21 7.3. Dem Verwaltungsgericht ist zuzugestehen, dass ein eingeholtes Gutachten dann nicht (bzw. nur eingeschränkt) mildernd zu werten wäre, wenn die dem Gutachten zugrunde liegenden Annahmen mit der tatsächlich erfolgten vertraglichen Ausgestaltung nicht (bzw. nur teilweise) übereinstimmen. Das Verwaltungsgericht verweist diesbezüglich auf die von der Finanzprokuratur angenommene fehlende Entgeltlichkeit, während der Projektvereinbarung ein Kostenersatz zugunsten der Zuschlagsempfängerin zu entnehmen sei. Allerdings ist in dem vom Verwaltungsgericht in weiterer Folge begründend herangezogenen Erkenntnis vom 17. Oktober 2016 neben der Frage der Unentgeltlichkeit auch der Ausnahmetatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit geprüft (und im Ergebnis verneint) worden. Der Darstellung des Verfahrensgangs in diesem Erkenntnis lässt sich wiederum entnehmen, dass auch das (nicht im Verwaltungsakt einliegende) Gutachten der Finanzprokuratur sowohl die Frage der Entgeltlichkeit als auch die Frage einer vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit zum Gegenstand hatte. Es lässt sich dem angefochtenen Erkenntnis (auch unter Berücksichtigung des darin bezogenen Erkenntnisses vom 17. Oktober 2016) aber keine hinreichende Begründung dafür entnehmen, warum ungeachtet des eingeholten und vom Verwaltungsgericht als Milderungsgrund anerkannten Gutachtens keine Umstände als gegeben angenommen wurden, die für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes der interkommunalen Zusammenarbeit herangezogen werden hätten können.

22 7.4. Soweit das Verwaltungsgericht den fehlenden erheblichen Beitrag des Auftraggebers zur Wahrheitsfindung als erschwerend gewertet hat, vermag der Verwaltungsgerichtshof dieser Beurteilung nicht beizutreten. Zunächst ist - im Hinblick darauf, dass das Verwaltungsgericht dazu auf den Milderungsgrund des § 5 Abs. 3 Z 3 VbVG Bezug nimmt - festzuhalten, dass die Nicht-Erfüllung eines Milderungsgrundes für sich genommen keinen Erschwerungsgrund konstituiert (vgl. zum inhaltlich vergleichbaren Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB die Nachweise bei Ebner, in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK2 StGB, §34 Rz. 38). Zudem ist - ausgehend von der Darstellung des Verfahrensgangs durch das Verwaltungsgericht (der gegenständliche Feststellungsantrag stammt vom 1. März 2011, in der ins Treffen geführten mündlichen Verhandlung am 28. September 2016 trug das Verwaltungsgericht dem Auftraggeber die Vorlage der Abrechnung zwischen ihm und der Zuschlagsempfängerin auf, dieser Aufforderung kam der Auftraggeber mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2016 nach, die inhaltliche Entscheidung über den Antrag erfolgte sodann mit Erkenntnis vom 17. Oktober 2016) - auch nicht ersichtlich, dass die fehlende Bereithaltung bestimmter Unterlagen durch den Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung (dass ein dahingehender Auftrag bereits zuvor erteilt worden wäre, wird nicht dargelegt) zu einer erheblichen Verzögerung geführt hätte.

23 7.5. Soweit der Revisionswerber fehlende Rechtsprechung dazu ins Treffen führt, ob sich die Geldbuße in einem Fall wie dem vorliegenden auf eine bloß symbolische Höhe beschränken dürfe bzw. davon auch gänzlich abgesehen werden könne, wird für das fortgesetzte Verfahren noch auf Folgendes hingewiesen: Ein Absehen von der Verhängung der Geldbuße ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 334 Abs. 7 BVergG 2006 nicht vorgesehen. Die Verpflichtung zur Verhängung einer Geldbuße sowie zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der Wirksamkeit, Angemessenheit und Eignung zur Abschreckung dürfen auch nicht dadurch umgangen werden, dass die Geldbuße in einer bloß symbolischen (gemeint offenbar: nur geringfügig über EUR 0,- liegenden) Höhe festgesetzt wird, weil eine solche Bemessung wohl keine wirksame Vorbeugung gegen eine zukünftige Wiederholung entsprechender Verstöße mit sich brächte (vgl. VwGH Ra 2015/04/0073).

24 8. Ausgehend von den Ausführungen unter Pkt. 7.3. und 7.4. war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

25 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 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:RA2018040139.L00

Im RIS seit

03.07.2019

Zuletzt aktualisiert am

03.07.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at