

TE Bvwg Erkenntnis 2018/6/4 W123 2006575-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.06.2018

Entscheidungsdatum

04.06.2018

Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs7

BVergG 2006 §334 Abs8

B-VG Art.133 Abs4

VbVG §5 Abs1

VbVG §5 Abs2

VbVG §5 Abs3

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VbVG § 5 heute
 2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006
1. VbVG § 5 heute
 2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006
1. VbVG § 5 heute
 2. VbVG § 5 gültig ab 01.01.2006
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W123 2006575-1/67E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie SCHÖN als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "e-Medikation" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, eingeleitet über Antrag der XXXX, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie SCHÖN als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "e-Medikation" des Auftraggebers Hauptverband der

österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, eingeleitet über Antrag der römisch 40, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, zu Recht erkannt:

A)

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß § 334 Abs. 7 BVergG verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,00 zu bezahlen. Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ist gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG verpflichtet, dem Bundesverwaltungsgericht binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,00 zu bezahlen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.10.2016, W123 2006575-1/41E, wurde gemäß 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 festgestellt, dass das Vergabeverfahren "e-Medikation" rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (Spruchpunkt I.). Von einer Nichtigkeitsklärung des Vertrages zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Pharmazeutischen Gehaltskasse wurde gemäß § 334 Abs. 2 BVergG abgesehen. 1. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.10.2016, W123 2006575-1/41E, wurde gemäß 312 Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 festgestellt, dass das Vergabeverfahren "e-Medikation" rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (Spruchpunkt römisch eins.). Von einer Nichtigkeitsklärung des Vertrages zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Pharmazeutischen Gehaltskasse wurde gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG abgesehen.

2. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30.11.2016, W123 2006575-1/43E, wurde der Auftraggeber gemäß § 334 Abs. 7 BVergG zu einer Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,- verpflichtet. Die rechtliche Beurteilung lautet auszugsweise: 2. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30.11.2016, W123 2006575-1/43E, wurde der Auftraggeber gemäß § 334 Absatz 7, BVergG zu einer Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,- verpflichtet. Die rechtliche Beurteilung lautet auszugsweise:

Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit. a BVergG 2006). Die Auftragssumme der gegenständlichen Leistung beträgt EUR ca. 864.938,00 (exkl. USt). Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer vergleiche Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG 2006). Die Auftragssumme der gegenständlichen Leistung beträgt EUR ca. 864.938,00 (exkl. USt).

Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorige 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.

3. Mit Erkenntnis vom 23.10.2017, Ra2017/04/0005, hob der Verwaltungsgerichtshof das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30.11.2016, W123 2006575-1/43E, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf und hielt auszugsweise folgendes fest:

31 7.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat im mehrfach zitierten Erkenntnis Ra 2015/04/0073 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. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof zur Bemessung der Geldbuße unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, Folgendes ausgeführt:³¹ 7.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat im mehrfach zitierten Erkenntnis Ra 2015/04/0073 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 Paragraph 334, Absatz 8, BVergG 2006 berücksichtigt werden" könne. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof zur Bemessung der Geldbuße unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, Folgendes ausgeführt:

32 "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".³² "Die Festsetzung einer Geldbuße (nach Paragraph 334, Absatz 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 Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 festgelegten gesetzlichen Anforderungen der Wirksamkeit, Angemessenheit und Eignung zur Abschreckung entspricht".

33 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 Nichtigkeitserklärung 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.³³ 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 Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 und damit (im Fall des Absehens von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages) auch für die Verhängung der Geldbuße ist und daher für sich genommen nicht als Begründung für die in Paragraph 334, Absatz

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 Finanzprokuratur zu berücksichtigen gewesen wäre. Der Revisionswerber bringt dem Grunde nach zutreffend vor, dass die Einholung eines Gutachtens von der - durch das Finanzprokuraturgesetz zur rechtlichen Beratung und Rechtsvertretung im Interesse des Staates berufenen - Finanzprokuratur als Vorkehrung zur Verhinderung vergaberechtswidrigen Verhaltens und damit als Milderungsgrund nach Paragraph 5, Absatz 3, Ziffer eins, 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.

34 8. Ausgehend davon war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.34 8. Ausgehend davon war das angefochtene Erkenntnis gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

4. Am 15.03.2018 übermittelte der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte vor, dass er im gegenständlichen Fall besonders sorgfältig vorgegangen sei und ein Rechtsgutachten der Finanzprokuratur eingeholt habe. Dies sei als Vorkehrung zur Verhinderung vergaberechtswidrigen Verhaltens geschehen. Explizit stelle dies laut VwGH einen Milderungsgrund im Sinne des VbVG dar. Daher bleibe aufgrund der umsichtigen Vorgangsweise des Auftraggebers kein Vorwurf übrig. Der Auftraggeber habe daher zweifellos nicht in dem Bestreben gehandelt, sich wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Angemessen sei daher diesen Überlegungen zur Folge die Verhängung einer Geldstrafe im symbolischen Bereich, den es nach Ansicht des Auftraggebers mit EUR 0,00 festzusetzen sei. Die Verhängung einer Geldbuße in einem höheren Ausmaß als bloß symbolischer Höhe wäre daher ein unangemessener Eingriff in das Eigentumsrecht des Auftraggebers und aus dessen Sicht daher auch verfassungswidrig.

5. Am 03.04.2018 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und führte aus, dass ein Verschulden keine Voraussetzung der Verhängung einer Geldbuße nach §334 Abs. 7 BVergG sei. Zudem habe der EuGH bereits ausdrücklich klargestellt, dass die Einholung von anwaltlichen Gutachten im Falle eines Rechtsverstoßes den Übertreter keineswegs exkulpiere. Abgesehen davon habe gegenständlich ohnehin kein Anlass bestanden, auf die Richtigkeit des Gutachtens der Finanzprokuratur zu vertrauen:5. Am 03.04.2018 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und führte aus, dass ein Verschulden keine Voraussetzung der Verhängung einer Geldbuße nach §334 Absatz 7, BVergG sei. Zudem habe der EuGH bereits ausdrücklich klargestellt, dass die Einholung von anwaltlichen Gutachten im Falle eines Rechtsverstoßes den Übertreter keineswegs exkulpiere. Abgesehen davon habe gegenständlich ohnehin kein Anlass bestanden, auf die Richtigkeit des Gutachtens der Finanzprokuratur zu vertrauen:

Zum einen erhebe das Gutachten ausdrücklich keinen Anspruch auf Vollständigkeit vgl. Gutachten Seite 1.). Zum anderen gehe es von offenkundig falschen Prämissen aus, nämlich, dass die Zusammenarbeit unentgeltlich erfolgen würde. Auch räume das Gutachten ein, dass zu der strittigen Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft im Gutachtenzeitpunkt keine einschlägige Entscheidung einer Vergabebehörde vorgelegen sei. Auch im Bericht des Rechnungshofes zum Pilotprojekt e-Medikation heiße es "Das Gutachten der Finanzprokuratur war für die Projektgremien nur von eingeschränktem Nutzen, weil darin nicht klargelegt war, welche Unterlagen der rechtlichen Beurteilung zugrunde lagen." Ferner habe der Rechnungshof kritisiert, dass der Projektleitungsausschuss die Finanzprokuratur mit einem weiteren, seitens der mitbeteiligten Partei eingeholten Gutachten hätte befassen müssen.Zum einen erhebe das Gutachten ausdrücklich keinen Anspruch auf Vollständigkeit vergleiche Gutachten Seite 1.). Zum anderen gehe es von offenkundig falschen Prämissen aus, nämlich, dass die Zusammenarbeit unentgeltlich erfolgen würde. Auch räume das Gutachten ein, dass zu der strittigen Frage der öffentlichen Auftraggebereigenschaft im Gutachtenzeitpunkt keine einschlägige Entscheidung einer Vergabebehörde vorgelegen sei. Auch im Bericht des Rechnungshofes zum Pilotprojekt e-Medikation heiße es "Das Gutachten der Finanzprokuratur war für die Projektgremien nur von eingeschränktem Nutzen, weil darin nicht klargelegt war, welche Unterlagen der rechtlichen Beurteilung zugrunde lagen." Ferner habe der Rechnungshof kritisiert, dass der Projektleitungsausschuss die Finanzprokuratur mit einem weiteren, seitens der mitbeteiligten Partei eingeholten Gutachten hätte befassen müssen.

Zusammengefasst könne das Gutachten der Finanzprokuratur für einen sorgfältigen Auftraggeber sohin nicht anders als nutzlos bewertet werden - und jedenfalls nicht geeignet, ein Vertrauen in die Rechtsmäßigkeit der Vorgehensweise

des Auftraggebers zu begründen. Eine spürbare Geldbuße sei mangels anderer wirksamer Sanktionsmechanismen, wie sich gerade am vorliegenden Fall eindrucksvoll zeige, insbesondere mit Blick auf generalpräventive Erwägungen dringend geboten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Diesbezüglich wird auf die Feststellungen (bzw. den Sachverhalt) im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.10.2016, W123 2006575-1/41E, verwiesen (siehe ie Seiten 24 - 28).

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung

1. § 334 Abs. 7 BVergG lautet: Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung 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. Geldbußen fließen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (§ 2 des Bundesgesetzes zur Förderung der Forschung und Technologieentwicklung, BGBl. Nr. 434/1982) zu.1. Paragraph 334, Absatz 7, BVergG lautet: Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Absatz 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. Geldbußen fließen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Paragraph 2, des Bundesgesetzes zur Förderung der Forschung und Technologieentwicklung, Bundesgesetzblatt Nr. 434 aus 1982,) zu.

§ 334 Abs. 8 BVergG lautet: 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.Paragraph 334, Absatz 8, BVergG lautet: Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes - VbVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird.

Gemäß § 5 Abs. 1 VbVG hat bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Gemäß Abs. 2 leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere umso höher zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist (Z 1); je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist (Z 2); je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde (Z 3). Gemäß Abs. 3 leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere geringer zu bemessen, wenn der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat (Z 1); der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3) [Z 2]; er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat (Z 3); er die Folgen der Tat gutgemacht hat (Z 4); er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat (Z 5); die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat (Z 6).Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VbVG hat bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Gemäß Absatz 2, leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere umso höher zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist (Ziffer eins,); je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist (Ziffer 2,); je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde (Ziffer 3,). Gemäß Absatz 3, leg. cit. Ist die Anzahl insbesondere geringer zu bemessen, wenn der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung

solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat (Ziffer eins,); der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (Paragraph 3, Absatz 3,) [Z 2]; er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat (Ziffer 3,); er die Folgen der Tat gutgemacht hat (Ziffer 4,); er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat (Ziffer 5,); die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat (Ziffer 6,).

2. Wie bereits im Erkenntnis W123 2006575-1/41E festgehalten, werden die Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages aufrechterhalten. Daher ist zwingend eine Geldbuße gemäß § 334 Abs. 7 BVergG zu verhängen. 2. Wie bereits im Erkenntnis W123 2006575-1/41E festgehalten, werden die Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages aufrechterhalten. Daher ist zwingend eine Geldbuße gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG zu verhängen.

Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit. a BVergG 2006). Die Auftragssumme der gegenständlichen Leistung beträgt EUR ca. 864.938,00 (exkl. USt). Als Auftragssumme kann nur die Auftragssumme des betreffenden (bereits vergebenen) Vertrages bzw. der erbrachten Leistung verstanden werden (so VwGH 23.5.2014, 2013/04/0025). Die Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer vergleiche Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG 2006). Die Auftragssumme der gegenständlichen Leistung beträgt EUR ca. 864.938,00 (exkl. USt).

3. § 334 Abs. 7 BVergG legt die Höchstgrenze für die Geldbuße mit 20 vH der Auftragssumme fest. Die Höchstgrenze würde also im gegenständlichen Fall knapp EUR 173.000,00 betragen. Die Verhängung einer Geldbuße in diesem Ausmaß würde aber voraussetzen, dass de facto ausschließlich Erschwerungsgründe im Sinne des § 5 Abs. 2 VbVG vorlägen. Diese Voraussetzungen treffen auf das gegenständliche Verfahren nicht zu, da sowohl Erschwerungs- als auch Milderungsgründe heranzuziehen sind: 3. Paragraph 334, Absatz 7, BVergG legt die Höchstgrenze für die Geldbuße mit 20 vH der Auftragssumme fest. Die Höchstgrenze würde also im gegenständlichen Fall knapp EUR 173.000,00 betragen. Die Verhängung einer Geldbuße in diesem Ausmaß würde aber voraussetzen, dass de facto ausschließlich Erschwerungsgründe im Sinne des Paragraph 5, Absatz 2, VbVG vorlägen. Diese Voraussetzungen treffen auf das gegenständliche Verfahren nicht zu, da sowohl Erschwerungs- als auch Milderungsgründe heranzuziehen sind:

Wie bereits im Erkenntnis W123 2006575-1/41E festgehalten, ist als mildernder Umstand zunächst zu berücksichtigen, dass dem Bundesverwaltungsgericht bisher keine derartigen Verstöße seitens des Auftraggebers bekannt sind.

Ferner ist als mildernder Umstand jedenfalls das (seitens Auftraggebers vor Abschluss des Vertrages) eingeholte Gutachten der Finanzprokuratur vom 26.02.2010 zu berücksichtigen und zuzubilligen, dass der Auftraggeber grundsätzlich Vorkehrungen treffen wollte, um sich nicht dem Vorwurf einer allfälligen unzulässigen Direktvergabe auszusetzen.

Entgegen der Auffassung des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 15.03.2018 führt jedoch alleine der Umstand, ein Rechtsgutachten der Finanzprokuratur eingeholt zu haben, nicht automatisch dazu, die Geldbuße lediglich in symbolischer Höhe festzusetzen oder gar von einer Geldbuße abzusehen. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass letztlich der Auftraggeber die alleinige Verantwortung für ein - allfällig nachträglich festgestelltes - rechtswidriges Verhalten (wie in concreto vorliegend, vgl. die inhaltliche Beurteilung im Erkenntnis W123 2006575-1/41E) zu tragen hat. Die Vorgangsweise des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Direktvergabe verdeutlicht nämlich, dass dieser sich nicht ausschließlich auf die Ausführungen im Gutachten der Finanzprokuratur verlassen hätte dürfen: Entgegen der Auffassung des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 15.03.2018 führt jedoch alleine der Umstand, ein Rechtsgutachten der Finanzprokuratur eingeholt zu haben, nicht automatisch dazu, die Geldbuße lediglich in symbolischer Höhe festzusetzen oder gar von einer Geldbuße abzusehen. Dies erhellt sich schon aus dem Umstand, dass letztlich der Auftraggeber die alleinige Verantwortung für ein - allfällig nachträglich festgestelltes - rechtswidriges Verhalten (wie in concreto vorliegend, vergleiche die inhaltliche Beurteilung im Erkenntnis W123 2006575-1/41E) zu tragen hat. Die Vorgangsweise des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Direktvergabe verdeutlicht nämlich, dass dieser sich nicht ausschließlich auf die Ausführungen im Gutachten der Finanzprokuratur verlassen hätte dürfen:

Das Gutachten der Finanzprokuratur geht zwar - insoweit schlüssig - davon aus, dass die Entgeltlichkeit dann fehlt, wenn "nur eine Leistungszusage des Unternehmers ohne geldwerte Verpflichtung des Auftraggebers und ohne Rechtseinräumung durch den Auftraggeber" vorliege. Diese Aussagen wurden jedoch zeitlich vor der (entscheidungsrelevanten) Projektvereinbarung zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin vom 30.07.2010

bzw. 10.08.2010 getroffen, da das Gutachten das Datum des 26.02.2010 trägt. Die Projektvereinbarung sah demgegenüber jedoch einen Kostenrahmen von EUR 3 150.000,-- vor, worin Kosten in Höhe von EUR 864.938,-- enthalten waren, die die Zuschlagsempfängerin für die Adaptionen der bestehenden e-Medikation erhielt. Dass diese Kosten auch in weiterer Folge tatsächlich entstanden sind, wurde bereits im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes festgestellt (siehe dazu die ausführliche Begründung im Erkenntnis vom 17.10.2016, W123 2006575-1/41E, S. 30 ff.) Darüber hinaus lagen nach diesem Erkenntnis die Voraussetzungen für eine "ausschreibungsfreie" interkommunale Zusammenarbeit schon deshalb nicht vor, da der Vertrag nicht ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen wurde (siehe dazu wiederum die Begründung im Erkenntnis W123 2006575-1/41E, S. 31).

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hätte einem sorgfältiger Auftraggeber die Tatsache, dass gegenständlich keine Umstände vorlagen, die eine ausschreibungsfreie Vergabe gerechtfertigt hätten, auffallen müssen, womit insoweit der Verstoß des Auftraggebers gegen das Vergaberecht als erschwerend iSd § 5 VbVG zu qualifizieren ist. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hätte einem sorgfältiger Auftraggeber die Tatsache, dass gegenständlich keine Umstände vorlagen, die eine ausschreibungsfreie Vergabe gerechtfertigt hätten, auffallen müssen, womit insoweit der Verstoß des Auftraggebers gegen das Vergaberecht als erschwerend iSd Paragraph 5, VbVG zu qualifizieren ist.

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 (entscheidungswesentlichen) Unterlagen des Auftraggebers, aus denen sich schließlich ergab, wie hoch die bezahlten Summen aus der Projektvereinbarung tatsächlich waren (in concreto fehlten die Abrechnungen zwischen Siemens und Zuschlagsempfängerin bzw. Zuschlagsempfängerin an den Auftraggeber; vgl. Feststellungen W123 2006575-1/41E, S. 26 ff). Zwar unterstellt das Bundesverwaltungsgericht dem Auftraggeber keineswegs, dass dieser absichtlich nicht sämtliche relevante Unterlagen im Zuge der mündlichen Verhandlung bereitgehalten hat. Gleichzeitig ist jedoch festzuhalten, dass es dem Senat erst mit erheblicher Verzögerung möglich war, über den Feststellungsantrag zu entscheiden. Ferner war als erschwerender Umstand iSd Paragraph 5, VbVG anzusehen, dass der Auftraggeber im Rahmen der am 28.09.2016 stattgefundenen mündlichen Verhandlung nicht erheblich zur Wahrheitsfindung im Sinne des Paragraph 5, Absatz 3, Ziffer 3, VbVG beigetragen hat. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung fehlten nämlich jene (entscheidungswesentlichen) Unterlagen des Auftraggebers, aus denen sich schließlich ergab, wie hoch die bezahlten Summen aus der Projektvereinbarung tatsächlich waren (in concreto fehlten die Abrechnungen zwischen Siemens und Zuschlagsempfängerin bzw. Zuschlagsempfängerin an den Auftraggeber; vergleiche Feststellungen W123 2006575-1/41E, S. 26 ff). Zwar unterstellt das Bundesverwaltungsgericht dem Auftraggeber keineswegs, dass dieser absichtlich nicht sämtliche relevante Unterlagen im Zuge der mündlichen Verhandlung bereitgehalten hat. Gleichzeitig ist jedoch festzuhalten, dass es dem Senat erst mit erheblicher Verzögerung möglich war, über den Feststellungsantrag zu entscheiden.

4. Aufgrund der gegenseitig abgewogenen Erschwerungs- und Milderungsgründe iSd § 5 Abs. 1 VbVG war daher die Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,00 festzusetzen. 4. Aufgrund der gegenseitig abgewogenen Erschwerungs- und Milderungsgründe iSd Paragraph 5, Absatz eins, VbVG war daher die Geldbuße in der Höhe von EUR 90.000,00 festzusetzen.

Die Zahlung hat binnen 14 Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses auf das Konto des Bundesverwaltungsgerichts

BIC: BUNDATWW

IBAN: AT840100000005010167

zu erfolgen. Die Weiterleitung an den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Förderung gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 erfolgt durch das Bundesverwaltungsgericht. zu erfolgen. Die Weiterleitung an den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Förderung gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 erfolgt durch das Bundesverwaltungsgericht.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß

Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe dazu das bereits zitierte Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2014, 2013/04/0025; zur Geldbuße siehe auch VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe dazu das bereits zitierte Erkenntnis des VwGH vom 23.5.2014, 2013/04/0025; zur Geldbuße siehe auch VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Berechnung, Direktvergabe, Feststellungsantrag,
Feststellungsverfahren, Finanzprokurator, Geldbuße,
Generalprävention, Gutachten, mündliche Verhandlung,
Rechtswidrigkeit, Sorgfaltspflicht, Spezialprävention,
Strafbemessung, Unbescholtenheit, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W123.2006575.1.00

Zuletzt aktualisiert am

19.07.2018

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at