

TE Verg Bescheid 2011/5/26 VKS-2573/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.05.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §33 Abs2

WVRG 2007 §34 Abs1

WVRG 2007 §35

WVRG 2007 §36 Abs2 Z2

WVRG 2007 §36a in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit a sublit nn

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §29 Abs2

BVergG 2006 §54 Abs6

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 54 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 54 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 54 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH, in Salzburg auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Anschaffung eines oder mehrerer Radlader durch die Antragsgegnerin Magistrat der Stadt Wien, MA 48, Einsiedlergasse 2, 1050 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Festgestellt wird, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung eines Radladers der Type Caterpillar 966H wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, rechtswidrig war (§ 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007). Festgestellt wird, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung eines Radladers der Type Caterpillar 966H wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, rechtswidrig war (Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007).

1. 2.Ziffer 2

Gemäß § 36a Abs. 2 WVRG 2007 wird der von der Auftraggeberin mit dem Unternehmen *** GmbH, ***, über einen Radlader Marke Catterpillar 966H, Seriennummer A6G05397 am 18.10.2010 abgeschlossene Kaufvertrag mit Wirkung vom 31.12.2011, für nichtig erklärt. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007 wird der von der Auftraggeberin mit dem Unternehmen *** GmbH, ***, über einen Radlader Marke Catterpillar 966H, Seriennummer A6G05397 am 18.10.2010 abgeschlossene Kaufvertrag mit Wirkung vom 31.12.2011, für nichtig erklärt.

2. 3.Ziffer 3

Gemäß § 36a Abs. 6 WVRG 2007 wird über die Antragsgegnerin eine Geldbuße von Euro 15.000,-- (in Worten fünfzehntausend) verhängt. Diese ist binnen vier Wochen dem Fonds Soziales Wien unter Angabe des Aktenzeichens des gegenständlichen Verfahrens zu überweisen. Gemäß § 36a Abs. 7 WVRG 2007 bildet dieser Bescheid einen Vollstreckungstitel nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, BGBl. Nr. 53/1991, in der Fassung des BGBl. I Nr. 3/2008. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 6, WVRG 2007 wird über die Antragsgegnerin eine Geldbuße von Euro 15.000,-- (in Worten fünfzehntausend) verhängt. Diese ist binnen vier Wochen dem Fonds Soziales Wien unter Angabe des Aktenzeichens des gegenständlichen Verfahrens zu überweisen. Gemäß Paragraph 36 a, Absatz 7, WVRG 2007 bildet dieser Bescheid einen Vollstreckungstitel nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, Bundesgesetzblatt Nr. 53 aus 1991,, in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 3 aus 2008,.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 212,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 33 Abs. 2, 34 Abs. 1, 35, 36 Abs. 2 Z 2, 36a WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.nn, 19 Abs. 1, 29 Abs. 2, 54 Abs. 6 BVergG 2006 Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 33 Absatz 2, 34, Absatz eins, 35, 36, Absatz 2, Ziffer 2, 36 a, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n,, 19 Absatz eins, 29, Absatz 2, 54, Absatz 6, BVergG 2006

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien - Magistratsabteilung 48, Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark (im folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Jahr 2010 ein Vergabeverfahren zur Beschaffung eines neuen Radladers mit Schutzkabine zum Einsatz in der Schlackenaufbereitungsanlage am Standort 1220 Wien, Percostraße 2 (Rinterzelt) durchgeführt. In der am 01.03.2011 an das Amtsblatt der EU abgeschickten Bekanntmachung über vergebene Aufträge wird als Tag der Auftragsvergabe der 18.10.2010 und der Auftragswert mit Euro 275.000 (ohne USt) angegeben. Für

diesen Beschaffungsvorgang hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb gewählt und als Begründung dafür angegeben, dass das "vorhandene Gerät auf Grund eines Unfalls nicht mehr einsatzfähig war und die gebotene Dringlichkeit auf Grund der Tatsache, dass kein geeignetes Ersatzgeräte zur Verfügung steht, jedenfalls gegeben" war. Sie sieht die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 "jedenfalls als erfüllt". Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass zur Gewährleistung der Aufrechterhaltung des Betriebes einer der ursprünglich geplanten drei Stück fabrikneuen Radlader im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung angeschafft wurde, die weiteren zwei Stück Radlader in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden sind. Die Lieferung des Radladers ist am 22.12.2010 erfolgt. Mit dem am 03.03.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin der Vergabekontrollsenat möge feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung von zumindest einem Radlader des Typs Caterpillar 966H ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 bzw. die hiezu ergangenen Verordnungen bzw. wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Weiters begehrt sie, dass der diesbezügliche Vertrag und/oder Verträge und/oder ein allenfalls abgeschlossener Rahmenvertrag zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin für nichtig erklärt werde sowie hilfsweise die Verhängung einer Geldbuße über die Auftraggeberin. Im wesentlichen begründet sie ihre Anträge damit, sie habe in Erfahrung gebracht, dass die Auftraggeberin offensichtlich im Wege der Direktvergabe drei Radlader des Typs Caterpillar 966H noch im Jahr 2010 angeschafft hätte. Der geschätzte Auftragswert liege deutlich über € 100.000. Die Antragstellerin verfüge über keinerlei Informationen über einen Zuschlag. Im November 2010 habe die Antragstellerin erfahren, dass die Antragsgegnerin beabsichtige drei Radlader des Typs Caterpillar 966H anzuschaffen. Sie habe deshalb mit Schreiben vom 06.12.2010 die Antragsgegnerin um Mitteilung ersucht, ob drei Radlader im Wege der Direktvergabe angeschafft werden sollen. Mit Schreiben vom 07.12.2010 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass weder Beschaffungsvorgänge über Radlader mittels Direktvergabe im Laufen seien noch das im Geschäftsjahr 2010 Radlader mittels Direktvergabe angeschafft worden wären. Ein Mitarbeiter der Antragstellerin habe am 14.12.2010 erfahren, dass offensichtlich bereits ein Radlader des Typs Caterpillar 966H ausgeliefert wurde und im Rinterzelt im Einsatz sei. Die Antragstellerin habe daher neuerlich die Antragsgegnerin um Mitteilung ersucht, wann der Beschaffungsvorgang (allenfalls auch im Wege der Direktvergabe) im Zusammenhang mit der Beschaffung eines Radladers abgeschlossen worden sei. Daraufhin habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22.12.2010, der Antragstellerin zugewandt am 24.12.2010, darauf hingewiesen, dass derzeit nur ein einziger Radlader des Typs Caterpillar 966H in Österreich und zwar in Tirol eingesetzt werden würde, womit sie offensichtlich begründet habe, dass von ihr kein derartiger Radlader im Rinterzelt eingesetzt werde. Schließlich sei es am 18.01.2011 einem Mitarbeiter der Antragstellerin gelungen, den Radlader des Typs Caterpillar 966H beim Einsatz im Rinterzelt zu fotografieren. Ein daraufhin von der Antragstellerin am 28.01.2011 an die Antragsgegnerin gerichtetes Schreiben mit dem Ersuchen mitzuteilen, ob ein Beschaffungsvorgang (allenfalls auch im Wege der Direktvergabe) des im Rinterzelt eingesetzten Radladers des Typs Caterpillar 966H erfolgt ist bzw. abgeschlossen wurde, sei unbeantwortet geblieben. Es sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin den von ihr im Rinterzelt eingesetzten neuen Radlader ohne Durchführung eines entsprechenden Vergabeverfahrens beschafft habe. Eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG 2006 sei jedenfalls wegen des Wertes des Radladers gesetzwidrig. Es sei auch davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin eine Rahmenvereinbarung über drei Radlader mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen habe, wobei die jeweiligen Auftragswerte jedenfalls die für eine Direktvergabe zulässigen Werte übersteigen würden. Der Magistrat der Stadt Wien - Magistratsabteilung 48, Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark (im folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Jahr 2010 ein Vergabeverfahren zur Beschaffung eines neuen Radladers mit Schutzkabine zum Einsatz in der Schlackenaufbereitungsanlage am Standort 1220 Wien, Percostraße 2 (Rinterzelt) durchgeführt. In der am 01.03.2011 an das Amtsblatt der EU abgeschickten Bekanntmachung über vergebene Aufträge wird als Tag der Auftragsvergabe der 18.10.2010 und der Auftragswert mit Euro 275.000 (ohne USt) angegeben. Für diesen Beschaffungsvorgang hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb gewählt und als Begründung dafür angegeben, dass das "vorhandene Gerät auf Grund eines Unfalls nicht mehr einsatzfähig war und die gebotene Dringlichkeit auf Grund der Tatsache, dass kein geeignetes Ersatzgeräte zur Verfügung steht, jedenfalls gegeben" war. Sie sieht die Voraussetzungen des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 "jedenfalls als erfüllt". Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass zur Gewährleistung der Aufrechterhaltung des Betriebes einer der ursprünglich geplanten drei Stück fabrikneuen Radlader im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung angeschafft wurde, die weiteren zwei Stück Radlader in Form eines offenen

Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden sind. Die Lieferung des Radladers ist am 22.12.2010 erfolgt. Mit dem am 03.03.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin der Vergabekontrollsenat möge feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung von zumindest einem Radlader des Typs Caterpillar 966H ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 bzw. die hiezu ergangenen Verordnungen bzw. wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Weiters begehrt sie, dass der diesbezügliche Vertrag und/oder Verträge und/oder ein allenfalls abgeschlossener Rahmenvertrag zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin für nichtig erklärt werde sowie hilfsweise die Verhängung einer Geldbuße über die Auftraggeberin. Im wesentlichen begründet sie ihre Anträge damit, sie habe in Erfahrung gebracht, dass die Auftraggeberin offensichtlich im Wege der Direktvergabe drei Radlader des Typs Caterpillar 966H noch im Jahr 2010 angeschafft hätte. Der geschätzte Auftragswert liege deutlich über € 100.000. Die Antragstellerin verfüge über keinerlei Informationen über einen Zuschlag. Im November 2010 habe die Antragstellerin erfahren, dass die Antragsgegnerin beabsichtige drei Radlader des Typs Caterpillar 966H anzuschaffen. Sie habe deshalb mit Schreiben vom 06.12.2010 die Antragsgegnerin um Mitteilung ersucht, ob drei Radlader im Wege der Direktvergabe angeschafft werden sollen. Mit Schreiben vom 07.12.2010 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass weder Beschaffungsvorgänge über Radlader mittels Direktvergabe im Laufen seien noch das im Geschäftsjahr 2010 Radlader mittels Direktvergabe angeschafft worden wären. Ein Mitarbeiter der Antragstellerin habe am 14.12.2010 erfahren, dass offensichtlich bereits ein Radlader des Typs Caterpillar 966H ausgeliefert wurde und im Rinterzelt im Einsatz sei. Die Antragstellerin habe daher neuerlich die Antragsgegnerin um Mitteilung ersucht, wann der Beschaffungsvorgang (allenfalls auch im Wege der Direktvergabe) im Zusammenhang mit der Beschaffung eines Radladers abgeschlossen worden sei. Daraufhin habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22.12.2010, der Antragstellerin zugegangen am 24.12.2010, darauf hingewiesen, dass derzeit nur ein einziger Radlader des Typs Caterpillar 966H in Österreich und zwar in Tirol eingesetzt werden würde, womit sie offensichtlich begründet habe, dass von ihr kein derartiger Radlader im Rinterzelt eingesetzt werde. Schließlich sei es am 18.01.2011 einem Mitarbeiter der Antragstellerin gelungen, den Radlader des Typs Caterpillar 966H beim Einsatz im Rinterzelt zu fotografieren. Ein daraufhin von der Antragstellerin am 28.01.2011 an die Antragsgegnerin gerichtetes Schreiben mit dem Ersuchen mitzuteilen, ob ein Beschaffungsvorgang (allenfalls auch im Wege der Direktvergabe) des im Rinterzelt eingesetzten Radladers des Typs Caterpillar 966H erfolgt ist bzw. abgeschlossen wurde, sei unbeantwortet geblieben. Es sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin den von ihr im Rinterzelt eingesetzten neuen Radlader ohne Durchführung eines entsprechenden Vergabeverfahrens beschafft habe. Eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG 2006 sei jedenfalls wegen des Wertes des Radladers gesetzwidrig. Es sei auch davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin eine Rahmenvereinbarung über drei Radlader mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen habe, wobei die jeweiligen Auftragswerte jedenfalls die für eine Direktvergabe zulässigen Werte übersteigen würden.

Die Antragstellerin habe, ebenso wie die Zuschlagsempfängerin, zumindest einen gleichwertigen Radlader im Programm. In Folge der durch die Auftraggeberin vorgenommenen gesetzwidrigen Direktvergabe und die damit einhergehende Unterlassung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006 sei ihr die Möglichkeit genommen worden, an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen. Dadurch sei sie in ihrem subjektiven Recht verletzt worden, weil sie bei einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, ebenfalls den Auftrag zu erhalten. Durch die Beeinträchtigung ihrer Möglichkeit an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren teilzunehmen, sei sie jedenfalls geschädigt worden. Seit 18.01.2011 habe die Antragstellerin Kenntnis davon, dass die Antragsgegnerin zumindest einen Radlader des Typs Caterpillar 966H im Rinterzelt einsetze. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagserteilung frühestens Ende November/Anfang Dezember 2010 erfolgt sei, weshalb der Feststellungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 36 Abs. 2 WVRG 2007 wäre. Die Antragstellerin habe, ebenso wie die Zuschlagsempfängerin, zumindest einen gleichwertigen Radlader im Programm. In Folge der durch die Auftraggeberin vorgenommenen gesetzwidrigen Direktvergabe und die damit einhergehende Unterlassung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006 sei ihr die Möglichkeit genommen worden, an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen. Dadurch sei sie in ihrem subjektiven Recht verletzt worden, weil sie bei einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, ebenfalls den Auftrag zu erhalten. Durch die Beeinträchtigung ihrer Möglichkeit an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren teilzunehmen, sei sie jedenfalls geschädigt worden. Seit 18.01.2011 habe die Antragstellerin Kenntnis davon, dass die

Antragsgegnerin zumindest einen Radladers des Typs Caterpillar 966H im Rinterzelt einsetze. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagserteilung frühestens Ende November/Anfang Dezember 2010 erfolgt sei, weshalb der Feststellungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007 wäre.

Mit ihrem Schriftsatz vom 10.03.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass in ihrer Abfallbehandlungsanlage in Wien 22, seit 22.12.2010 ein neuer Radlader der Type Caterpillar 966H im Einsatz sei, der von dem Unternehmen *** GmbH mit Auftragserteilung vom 18.10.2010 erworben worden sei. Zur Beschaffung dieses Radladers habe die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 gewählt. Infolge eines schweren Betriebsunfalles in der Schlackenaufbereitungsanlage sei der dort eingesetzte Radlader am 16.06.2010 erheblich beschädigt worden. Eine wirtschaftliche Reparatur bzw. ein weiterer Einsatz des Radladers sei nicht mehr möglich gewesen. Die in den wiener Müllverbrennungsanlagen kontinuierlich anfallenden Schlacken und Aschen würden in der Schlackenaufbereitungsanlage zu Schlackenbeton aufbereitet. Aufgrund der begrenzten Lagerkapazität hätte ein längerer Stillstand dieser Anlage weitreichende Konsequenzen für die gesamte Abfallbehandlung. Bei der Abfallbehandlung würden Radlader des Typs Caterpillar 966H mit Überdruckkabine inklusive Schutzbelüftung eingesetzt. Nachdem der eingesetzte Radlader durch den Unfall schwer beschädigt worden sei, hätte sich für die Antragsgegnerin ein dringender Handlungsbedarf ergeben, um den Betrieb in der Schlackenaufbereitungsanlage sicherzustellen. Ein geeignetes Ersatzgerät sei nicht vorhanden gewesen. Zur Beschaffung des neuen Radladers wurde daher ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt. Nach Ansicht der Antragsgegnerin seien die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes gemäß § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 erfüllt. Um die dringende Aufrechterhaltung des Betriebes zu gewährleisten sei daher der Radladertyp Caterpillar 966H als direktes Nachfolgemodell des verunfallten Radladers Typ CAT 966 im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angeschafft worden. Zwei weitere Radlader seien im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden. An diesem Vergabeverfahren habe sich die Antragstellerin beteiligt, sie sei jedoch nicht zum Zuge gekommen. Eine Rahmenvereinbarung mit dem Lieferanten des Radladers bestehe nicht. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin die Beschaffung am 01.03.2011 europaweit bekannt gemacht. Mit ihrem Schriftsatz vom 10.03.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass in ihrer Abfallbehandlungsanlage in Wien 22, seit 22.12.2010 ein neuer Radlader der Type Caterpillar 966H im Einsatz sei, der von dem Unternehmen *** GmbH mit Auftragserteilung vom 18.10.2010 erworben worden sei. Zur Beschaffung dieses Radladers habe die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gewählt. Infolge eines schweren Betriebsunfalles in der Schlackenaufbereitungsanlage sei der dort eingesetzte Radlader am 16.06.2010 erheblich beschädigt worden. Eine wirtschaftliche Reparatur bzw. ein weiterer Einsatz des Radladers sei nicht mehr möglich gewesen. Die in den wiener Müllverbrennungsanlagen kontinuierlich anfallenden Schlacken und Aschen würden in der Schlackenaufbereitungsanlage zu Schlackenbeton aufbereitet. Aufgrund der begrenzten Lagerkapazität hätte ein längerer Stillstand dieser Anlage weitreichende Konsequenzen für die gesamte Abfallbehandlung. Bei der Abfallbehandlung würden Radlader des Typs Caterpillar 966H mit Überdruckkabine inklusive Schutzbelüftung eingesetzt. Nachdem der eingesetzte Radlader durch den Unfall schwer beschädigt worden sei, hätte sich für die Antragsgegnerin ein dringender Handlungsbedarf ergeben, um den Betrieb in der Schlackenaufbereitungsanlage sicherzustellen. Ein geeignetes Ersatzgerät sei nicht vorhanden gewesen. Zur Beschaffung des neuen Radladers wurde daher ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt. Nach Ansicht der Antragsgegnerin seien die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 erfüllt. Um die dringende Aufrechterhaltung des Betriebes zu gewährleisten sei daher der Radladertyp Caterpillar 966H als direktes Nachfolgemodell des verunfallten Radladers Typ CAT 966 im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angeschafft worden. Zwei weitere Radlader seien im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden. An diesem Vergabeverfahren habe sich die Antragstellerin beteiligt, sie sei jedoch nicht zum Zuge gekommen. Eine Rahmenvereinbarung mit dem Lieferanten des Radladers bestehe nicht. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin die Beschaffung am 01.03.2011 europaweit bekannt gemacht.

Diese Stellungnahme wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.03.2011 beantwortet. Darin verweist die Antragstellerin darauf, dass die Antragsgegnerin bereits mit 02.03.2010 in einem Schreiben an die Betriebsleitung darauf hingewiesen habe, dass für die Abfallbehandlungsanlage ein Radlader in der Größenordnung ähnlich wie ein Caterpillar 966 zur Verarbeitung und Zwischenlagerung von Verbrennungsrückständen benötigt werde. Als Grund

dafür wurde angeführt, dass der verwendete Radlader seit 1991 im Einsatz sei und aufgrund der hohen Stundenanzahl und der großen Beanspruchung durch einen neuen Radlader ersetzt werden soll. Daraufhin sei von der Antragsgegnerin ein offenes Verfahren zur Beschaffung eines Radladers eingeleitet worden. Der Beschaffungsvorgang sei am 25.05.2010 genehmigt worden. Nachdem der eingesetzte Radlader am 16.06.2010 bei einem Unfall beschädigt worden sei, habe die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren nicht weiter verfolgt, sondern die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angestrengt. Die Auftraggeberin habe spätestens im März 2010 gewusst, dass der für die Abfallanlage bestimmte Radlader bald zu ersetzen sein würde. Sie hätte daher schon im März, spätestens aber nach dem Unfall vom 16.06.2010 ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen müssen. Dabei hätte sie aus Gründen der Dringlichkeit eine Verkürzung der Fristen vorsehen können. Nach Darstellung der Chronologie des Beschaffungsvorganges kommt die Antragstellerin zum Ergebnis, dass zwischen dem Unfall und der tatsächlichen Auslieferung des Gerätes über sechs Monate verstrichen seien, weshalb es der Antragsgegnerin offensichtlich möglich gewesen wäre, zumindest ein beschleunigtes Verfahren gemäß § 63 BVergG 2006 durchzuführen. Nachdem die Auftragserteilung erst am 18.10.2010, also vier Monate nach dem Unfall vom 16.06.2010 erfolgt sei, könne nicht gesagt werden, dass dringliche und zwingende Gründe im Sinne des § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 vorgelegen wären. Selbst wenn man vom Vorliegen einer Dringlichkeit ausgehen wollte, sei diese jedenfalls der Antragsgegnerin zuzuschreiben, weil eine behauptete Dringlichkeit nicht auf Umstände gestützt werden könne, die der Auftraggeber zu vertreten habe. In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin darauf hin, dass sie in der Lage gewesen wäre binnen vier Wochen ein fabrikneues Gerät, das den Spezifikationen gemäß den Aktenunterlagen in diesem Verfahren entspreche, zur Verfügung zu stellen und dieses Gerät binnen weiterer 14 Tage an die Bedürfnisse der Auftraggeberin anzupassen. Diese Stellungnahme wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.03.2011 beantwortet. Darin verweist die Antragstellerin darauf, dass die Antragsgegnerin bereits mit 02.03.2010 in einem Schreiben an die Betriebsleitung darauf hingewiesen habe, dass für die Abfallbehandlungsanlage ein Radlader in der Größenordnung ähnlich wie ein Caterpillar 966 zur Verarbeitung und Zwischenlagerung von Verbrennungsrückständen benötigt werde. Als Grund dafür wurde angeführt, dass der verwendete Radlader seit 1991 im Einsatz sei und aufgrund der hohen Stundenanzahl und der großen Beanspruchung durch einen neuen Radlader ersetzt werden soll. Daraufhin sei von der Antragsgegnerin ein offenes Verfahren zur Beschaffung eines Radladers eingeleitet worden. Der Beschaffungsvorgang sei am 25.05.2010 genehmigt worden. Nachdem der eingesetzte Radlader am 16.06.2010 bei einem Unfall beschädigt worden sei, habe die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren nicht weiter verfolgt, sondern die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angestrengt. Die Auftraggeberin habe spätestens im März 2010 gewusst, dass der für die Abfallanlage bestimmte Radlader bald zu ersetzen sein würde. Sie hätte daher schon im März, spätestens aber nach dem Unfall vom 16.06.2010 ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen müssen. Dabei hätte sie aus Gründen der Dringlichkeit eine Verkürzung der Fristen vorsehen können. Nach Darstellung der Chronologie des Beschaffungsvorganges kommt die Antragstellerin zum Ergebnis, dass zwischen dem Unfall und der tatsächlichen Auslieferung des Gerätes über sechs Monate verstrichen seien, weshalb es der Antragsgegnerin offensichtlich möglich gewesen wäre, zumindest ein beschleunigtes Verfahren gemäß Paragraph 63, BVergG 2006 durchzuführen. Nachdem die Auftragserteilung erst am 18.10.2010, also vier Monate nach dem Unfall vom 16.06.2010 erfolgt sei, könne nicht gesagt werden, dass dringliche und zwingende Gründe im Sinne des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 vorgelegen wären. Selbst wenn man vom Vorliegen einer Dringlichkeit ausgehen wollte, sei diese jedenfalls der Antragsgegnerin zuzuschreiben, weil eine behauptete Dringlichkeit nicht auf Umstände gestützt werden könne, die der Auftraggeber zu vertreten habe. In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin darauf hin, dass sie in der Lage gewesen wäre binnen vier Wochen ein fabrikneues Gerät, das den Spezifikationen gemäß den Aktenunterlagen in diesem Verfahren entspreche, zur Verfügung zu stellen und dieses Gerät binnen weiterer 14 Tage an die Bedürfnisse der Auftraggeberin anzupassen.

Dazu hat die Antragsgegnerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 02.05.2011 Stellung genommen und dargestellt, aus welchen Gründen die Voraussetzungen der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gerechtfertigt gewesen wäre. Zusammengefasst bringt sie dazu vor, dass die Notwendigkeit einer kontinuierlichen Schlackenbetonaufbereitung bestanden habe. Ein Ersatzfahrzeug mit der benötigten Spezialausstattung sei nicht vorhanden gewesen, die Dauer eines Vergabeverfahrens mit Bekanntmachung hätte einschließlich der Vorbereitung unvertretbar lange gedauert, weshalb es naheliegend gewesen wäre, mit jenem Unternehmen, das im Jahre 2008 Radlader geliefert habe, Verhandlungen aufzunehmen.

Abschließend begehrt die Antragsgegnerin, der Senat wolle die Anträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens, auf Nichtigerklärung der zivilrechtlichen Vereinbarung aufgrund des durchgeführten Beschaffungsvorganges sowie den Eventualauftrag auf Verhängung einer Geldbuße abweisen. Hilfsweise beantragt sie, für den Fall, dass die Vergabe für rechtswidrig erklärt werden sollte, von einer Rückabwicklung des Vertrages abzusehen, "da dies aus den angeführten technischen und abfallwirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar (sei) und eine Rückabwicklung die selbe Notsituation wie nach dem Unfall bewirken würde". Schließlich beantragt sie für den Fall, dass "die Vergabe dennoch für rechtswidrig erklärt werden sollte, von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen", da durch die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus den oben angeführten Gründen kein Verschulden der Stadt Wien abzuleiten sei.

Dazu hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 24.05.2011 ausgeführt, durch die gewählte Vorgangsweise habe die Antragsgegnerin klar gegen den im § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verankerten Grundsatz des fairen Wettbewerbes verstoßen. Dringliche, zwingende Gründe für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung seien nicht gegeben gewesen, wenn die Antragsgegnerin nicht über ein entsprechendes Ersatzgerät verfügt habe, sei das eindeutig ihrem Verhalten zuzuschreiben. Der Umstand, dass zwischen dem Unfall vom 16.06.2010 und der Lieferung des Radladers ca. 6 Monate gelegen seien, was zeige, "dass keine so große Dringlichkeit gegeben war", sodass die Antragsgegnerin über ausreichend Zeit verfügt hätte, um wenigstens ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen. Weiters stellt die Antragstellerin die Vorzüge des von ihr vertriebenen Radladers dar. Dazu hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 24.05.2011 ausgeführt, durch die gewählte Vorgangsweise habe die Antragsgegnerin klar gegen den im Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verankerten Grundsatz des fairen Wettbewerbes verstoßen. Dringliche, zwingende Gründe für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung seien nicht gegeben gewesen, wenn die Antragsgegnerin nicht über ein entsprechendes Ersatzgerät verfügt habe, sei das eindeutig ihrem Verhalten zuzuschreiben. Der Umstand, dass zwischen dem Unfall vom 16.06.2010 und der Lieferung des Radladers ca. 6 Monate gelegen seien, was zeige, "dass keine so große Dringlichkeit gegeben war", sodass die Antragsgegnerin über ausreichend Zeit verfügt hätte, um wenigstens ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen. Weiters stellt die Antragstellerin die Vorzüge des von ihr vertriebenen Radladers dar.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 26.05.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist unstrittig öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie hat im Jahr 2010 im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmen zur Lieferung eines Radladers der Type Caterpillar 966H geführt. Die Auftragserteilung erfolgte am 18.02.2010, die Lieferung des Radladers mit Sonderausstattung am 22.12.2010. Der Auftragswert hat Euro 275.000,-- ohne Mehrwertsteuer betragen. Die Antragsgegnerin ist unstrittig öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie hat im Jahr 2010 im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmen zur Lieferung eines Radladers der Type Caterpillar 966H geführt. Die Auftragserteilung erfolgte am 18.02.2010, die Lieferung des Radladers mit Sonderausstattung am 22.12.2010. Der Auftragswert hat Euro 275.000,-- ohne Mehrwertsteuer betragen.

Nach den Vergabeakten hat der Leiter der von der Antragsgegnerin betriebenen Abfallbehandlungsanlage "Rinterzelt" eine Bestellanforderung verfasst, wonach für die Abfallbehandlungsanlage "ein Radlader in der Größenordnung ähnlich wie ein Caterpillar 966H zur Verarbeitung und Zwischenlagerung von Verbrennungsrückständen benötigt" wird. In dieser Bestellanforderung sind die zahlreichen, im Hinblick auf die Verwendung des Radladers erforderlichen Spezifikationen im Detail angeführt. Die Notwendigkeit der Anschaffung wird in einem Beiblatt damit begründet, dass der seit Ende 1991 in der Schlackenmischanlage im Einsatz befindliche Radlader Typ CAT 966, ausgestattet mit Überdruckkabine inklusive Schutzbelüftung, bisher 15000 Betriebsstunden aufweist. Dieses Gerät sei aufgrund der hohen Stundenanzahl und der großen Beanspruchung durch einen Radlader zu ersetzen.

Die im Aktenkontrollblatt der Antragsgegnerin mit Datum angeführten weiteren, in der Zeit von 17.03. bis 16.06. vorgenommenen Schritte wie Markterforschung und Produktinformationen einholen, Absprache über

Einsatzanforderungen mit Herrn Hausl, Marktforschung und Produktinformation einholen, BAUMA München, Absprache über Einsatzanforderungen mit Herrn Hausl, Ausarbeitung, Genehmigung des Beschaffungsvorganges und der Ausschreibung bzw. Leistungsverzeichnisses für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, sind in den Vergabeakten nicht enthalten. Dazu hat die Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung über Vorhalt erklärt, "auch wenn dies nicht formell im Akt dokumentiert ist, haben wir natürlich Erfahrungen in der Beschaffung von Radladern. Wir wussten, wie lange die Beschaffung eines Standardradladers dauert und zwar in einem offenen Verfahren und wie lange die Beschaffung des von uns benötigten Spezialradladers dauern wird" (Protokoll Seite 4).

Am 16.06.2010 ist bei einem Unfall der in der Schlackebearbeitung eingesetzte Radlader "verunglückt". Dabei wurde im Wesentlichen die Kabine und die darin befindliche Elektronik beschädigt. Laut Anbot des Unternehmens *** GmbH vom 17.06.2010, war der Schadensbetrag mit Euro 34.048,56 (ohne USt) anzunehmen. Die Antragsgegnerin hat eine Reparatur und Wiederinstandsetzung des Radladers als unwirtschaftlich auch im Hinblick auf das Alter des Gerätes angesehen.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin, die die Beschaffung des gegenständlichen Radladers sowie zwei weiterer Radlader in einem offenen Verfahren geplant hatte, beschlossen, den für die Schlackenhalle vorgesehenen Radlader sofort zu beschaffen. Dazu findet sich im Antrag auf Genehmigung eines Beschaffungsvorganges als Begründung für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung folgende Begründung:

Als Vergabeakt wurde ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 29 Abs. 2 Z 3 gewählt, da die gebotene Dringlichkeit, aufgrund der Tatsache, dass kein geeignetes Ersatzgerät mit den vorher beschriebenen Eigenschaften zur Verfügung steht, jedenfalls gegeben ist. Weiters wird bei Einhaltung der gesetzlichen Fristen einer Aufrechterhaltung des Betriebes entgegen gewirkt, somit ist der Ausnahmetatbestand gemäß § 29 Abs. 2 Z 3 des BVergG 2006 jedenfalls erfüllt. Als Vergabeakt wurde ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, gewählt, da die gebotene Dringlichkeit, aufgrund der Tatsache, dass kein geeignetes Ersatzgerät mit den vorher beschriebenen Eigenschaften zur Verfügung steht, jedenfalls gegeben ist. Weiters wird bei Einhaltung der gesetzlichen Fristen einer Aufrechterhaltung des Betriebes entgegen gewirkt, somit ist der Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, des BVergG 2006 jedenfalls erfüllt.

Begründung des ausgewählten Bieters:

Das Fabrikat, das den technischen Anforderungen entspricht, ist ein CAT Radlader. Aus diesen Gründen sollte die Fa. *** zu einem Verhandlungsverfahren eingeladen werden".

Die Beschaffung des neuen Radladers im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wurde von der Abteilungsleitung am 15.07.2010 genehmigt. In der Folge wurde von der Antragsgegnerin ein Leistungsverzeichnis ausgearbeitet und am 19.08.2010 an die Firma *** geschickt. Am 01.09.2010 wurde nach Absprache mit Herrn Hausl (der in der Schlackenhalle, mit der Bedienung des Radladers vertraute Mitarbeiter der Antragsgegnerin), ein geändertes Leistungsverzeichnis an *** nachgeschickt. Bereits am 09.09.2010 ist das Angebot von *** eingelangt, das am 17.09.2010 mit der Bieterin nachverhandelt wurde. Am 27.09.2010 ist die Preisprüfung erfolgt, die Auftragserteilung vorbereitet worden und der Akt am 29.09.2010 zur Fertigung an den Abteilungsleiter geschickt worden. Am 08.10.2010 ist der Akt in die Abteilung "Technischer-Einkauf" zurückgelangt und am 18.10.2010 die Auftragserteilung mit einer Lieferfrist von elf Wochen an *** abgefertigt worden.

Den Vergabeakten ist nicht zu entnehmen, dass von der Antragsgegnerin vor Auftragserteilung Erhebungen dahingehend vorgenommen worden wären, ob etwa die Beschaffung eines Radladers in der benötigten Ausstattung nicht von anderen Unternehmen vorübergehend angemietet hätte werden können. Ebenso finden sich keinerlei weitergehende Überlegungen, aus welchen Gründen im Hinblick auf die längere Beschaffungsdauer eine Reparatur des beschädigten Radladers nicht vorgenommen wurde. Bis zur Lieferung des neuen Radladers hat die Antragsgegnerin in der Schlackebearbeitungsanlage den zweiten Radlader mit Spezialausrüstung über die normale Arbeitszeit hinaus, im Rahmen von Mehrdienstleistungen eingesetzt, um die anfallenden Schlacken abzarbeiten. Fallweise und kurzfristig ist auch ein Radlader ohne Spezialausrüstung eingesetzt worden. Die Situation in der Schlackenbehandlungsanlage ist ab September schwieriger geworden, da die Heizbetriebe wieder in Gang gesetzt wurden, und die Heizperiode vorbereitet wurde. Dadurch sind mehr Schlacken angefallen als in den Sommermonaten (Protokoll Seite 6).

Der Radlader Typ Caterpillar 966H mit Überdruckkabine inklusive Schutzbelüftung wurde von dem Unternehmen ***

geliefert. Dieses Unternehmen hat bereits im Jahre 1991 den, bei dem Unfall vom 16.06.2010 beschädigten Radlader Typ CAT 966, mit einer gleichen Sonderausstattung geliefert. In den letzten fünfzehn Jahren hat das Unternehmen *** drei Radlader für die Schlackenbehandlung, wie sie gegenständlich von der Antragsgegnerin benötigt werden, geliefert. Es gibt am Markt auch andere Unternehmen, die in der Lage sind derartige Schutzkabinen zu liefern (Protokoll Seite 7/8).

Im November 2010 hat die Antragstellerin erfahren, dass die Antragsgegnerin angeblich beabsichtigt, Radlader anzuschaffen. Sie hat deshalb Anfang Dezember 2010 versucht, von der Antragsgegnerin diesbezüglich Aufklärung zu erhalten. Die Antragsgegnerin hat dazu mitgeteilt, dass Beschaffungsvorgänge über Radlader mittels Direktvergabe weder im Laufen seien noch beabsichtigt wären. Mitte Dezember 2010 hat die Antragstellerin erfahren, dass angeblich ein Radlader des Typ Caterpillar 966H ausgeliefert und im Rinterzelt eingesetzt werde. Ein entsprechendes Aufklärungsersuchen wurde von der Antragsgegnerin am 22.12.2010 dahingehend beantwortet, "dass derzeit nur ein einziger Radlader des Typ Caterpillar 966H in Österreich und zwar in Tirol" eingesetzt sei. Schließlich hat am 18.01.2011 ein Mitarbeiter der Antragstellerin den Einsatz eines Radladers des Typ Caterpillar 966 H im Rinterzelt fotografiert. Die Antragstellerin hat am 28.01.2011 die Antragsgegnerin ersucht mitzuteilen, ob bezüglich des im Rinterzelt eingesetzten Radladers ein Beschaffungsvorgang durchgeführt worden sei. Dieses Schreiben blieb seitens der Antragsgegnerin unbeantwortet. Am 03.03.2011 ist schließlich der Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach § 11 Abs. 3 Z 3 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren. Im November 2010 hat die Antragstellerin erfahren, dass die Antragsgegnerin angeblich beabsichtigt, Radlader anzuschaffen. Sie hat deshalb Anfang Dezember 2010 versucht, von der Antragsgegnerin diesbezüglich Aufklärung zu erhalten. Die Antragsgegnerin hat dazu mitgeteilt, dass Beschaffungsvorgänge über Radlader mittels Direktvergabe weder im Laufen seien noch beabsichtigt wären. Mitte Dezember 2010 hat die Antragstellerin erfahren, dass angeblich ein Radlader des Typ Caterpillar 966H ausgeliefert und im Rinterzelt eingesetzt werde. Ein entsprechendes Aufklärungsersuchen wurde von der Antragsgegnerin am 22.12.2010 dahingehend beantwortet, "dass derzeit nur ein einziger Radlader des Typ Caterpillar 966H in Österreich und zwar in Tirol" eingesetzt sei. Schließlich hat am 18.01.2011 ein Mitarbeiter der Antragstellerin den Einsatz eines Radladers des Typ Caterpillar 966 H im Rinterzelt fotografiert. Die Antragstellerin hat am 28.01.2011 die Antragsgegnerin ersucht mitzuteilen, ob bezüglich des im Rinterzelt eingesetzten Radladers ein Beschaffungsvorgang durchgeführt worden sei. Dieses Schreiben blieb seitens der Antragsgegnerin unbeantwortet. Am 03.03.2011 ist schließlich der Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten wobei festzustellen war, dass zahlreiche, von der Antragsgegnerin behaupteten Zwischenschritte in den Vergabeakten nicht dokumentiert sind. Welche Ergebnisse etwa die zweimal durchgeführten "Markterforschung und Produktinformationen" gebracht haben, sind den Vergabeakten ebenso wenig zu entnehmen wie die Ergebnisse des Besuches der BAUMA München. Aus den Vergabeakten ergibt sich jedoch, dass bereits am 04.03.2010 die Notwendigkeit der Beschaffung eines Radladers mit Sonderausstattung für den Einsatz in der Schlackenbeseitigungsanlage erkannt worden ist und diesbezüglich - wenn auch schleppend - ein Vergabeverfahren zunächst in Form eines offenen Verfahrens, eingeleitet wurde. Immerhin war den Vergabeakten zu entnehmen, dass am 25.05.2010 mit der Ausarbeitung der Genehmigung des Beschaffungsvorganges für die Ausschreibung sowie die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich begonnen wurde. Nachdem am 16.06.2010 der für die Schlackebearbeitung eingesetzte Radlader verunglückt ist und ab diesem Zeitpunkt nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin für sie eine besondere Dringlichkeit in der Beschaffung eines Ersatzes gegeben war, ist aus den Vergabeakten feststellbar, ohne dass nähere Überlegungen über mögliche beschleunigte Verfahrensarten festgehalten worden wären, lediglich die Verfahrensart vom offenen Verfahren in ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, das überdies mit dem bisherigen Lieferanten der Radlader geführt werden sollte, gewechselt hat. Die Chronologie in den Vergabeakten zeigt auch, dass trotz der behaupteten Dringlichkeit der Beschaffung das Vergabeverfahren nur schleppend geführt worden ist. So hat etwa die Genehmigung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, gerechnet ab dem Unfall des Radladers, rund ein Monat gedauert, obwohl nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin bereits im Mai mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses (zwar für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich) begonnen worden ist. In den Vergabeakten ist dokumentiert, dass erst am

19.08.2010 die Ausarbeitung eines Leistungsverzeichnisses abgeschlossen war und dieses an die Zuschlagsempfängerin geschickt wurde. Nach dem nur mit einem einzigen Unternehmer verhandelt worden ist, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich, worin besondere Schwierigkeiten gelegen seien sollen, dass erst am 27.09.2010 die Preisprüfung stattfinden konnte und erst am 08.10.2010 offenbar die Auftragserteilung genehmigt worden ist. Dies erscheint umso bemerkenswerter, als der Vertreter der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung dazu erklärt hat, vom dringenden Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin bereits im Juni 2010 gewusst zu haben. Jedenfalls wurde der Radlader samt Sonderausrüstung erst am 22.12.2010 ausgeliefert. Dass der gegenständliche Radlader von der Antragsgegnerin im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung und mit nur einem Unternehmer beschafft wurde, also eine Direktvergabe - wie von der Antragstellerin zunächst behauptet - nicht erfolgt ist, gründet sich auf das Vorbringen der Antragsgegnerin sowie den Inhalt der Vergabeakten.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie hat ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung eines Radladers mit Sonderausrüstung im Jahre 2010 geführt. Der Auftrag wurde am 18.10.2010 vergeben, der Radlader am 22.12.2010 geliefert. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie hat ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung eines Radladers mit Sonderausrüstung im Jahre 2010 geführt. Der Auftrag wurde am 18.10.2010 vergeben, der Radlader am 22.12.2010 geliefert.

Da der Zuschlag am 18.10.2010 erteilt worden ist, ist nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 der Vergabekontrollsenat zuständig (Z 3) "zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde". Da der Zuschlag am 18.10.2010 erteilt worden ist, ist nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2007 der Vergabekontrollsenat zuständig (Ziffer 3,) "zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde".

Gemäß § 33 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegend Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung begehren, dass (Z 2) die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Abschluss eines Liefervertrages über Radlader entsprechend bescheinigt. Sie hat auch plausibel dargelegt, dass ihr durch das Verhalten der Antragsgegnerin insoweit Nachteile entstanden sind, als ihr die Möglichkeit genommen wurde, als Bieterin an einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und allenfalls selbst den Zuschlag zu erhalten (vgl. VfGH 12.02.2001, B1061/98-16). Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Feststellungsbegehren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des § 35 Abs. 1 WVRG 2007. Da sie von dem gegenständlichen Vergabevorgang in Jänner 2011 Kenntnis erlangte, ist ihr am 03.03.2011 eingelangtes Feststellungsbegehren rechtzeitig im Sinne des § 36 Abs. 2 WVRG 2007. Die Bekanntmachung über den gegenständlichen Vergabevorgang wurde von der Antragsgegnerin erst am 01.03.2011 an das Amtsblatt der EU abgesendet. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegend Vertrages hatte, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung begehren, dass (Ziffer 2,) die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Abschluss eines Liefervertrages über Radlader entsprechend bescheinigt. Sie hat auch plausibel dargelegt, dass ihr durch das Verhalten der Antragsgegnerin insoweit Nachteile entstanden sind, als ihr die Möglichkeit genommen wurde, als Bieterin an einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und allenfalls selbst den Zuschlag zu erhalten vergleiche VfGH 12.02.2001, B1061/98-

16). Die Antragstellerin ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Feststellungsbegehren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 35, Absatz eins, WVRG 2007. Da sie von dem gegenständlichen Vergabevorgang in Jänner 2011 Kenntnis erlangte, ist ihr am 03.03.2011 eingelangtes Feststellungsbegehren rechtzeitig im Sinne des Paragraph 36, Absatz 2, WVRG 2007. Die Bekanntmachung über den gegenständlichen Vergabevorgang wurde von der Antragsgegnerin erst am 01.03.2011 an das Amtsblatt der EU abgesendet.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung, dass der Beschaffungsvorgang wie er von der Antragsgegnerin gewählt wurde, gegen Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen hat und damit rechtswidrig war. Die von der Antragsgegnerin angenommene Dringlichkeit hätte eine Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zur Wettbewerb nicht gerechtfertigt.

Die Antragsgegnerin hat sich darauf berufen, ab dem Unfall des eingesetzten Radladers am 16.06.2010 sei für sie die Notwendigkeit der Beschaffung eines neuen Gerätes besonders dringlich gewesen weshalb sie ein Verfahren nach § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 gewählt habe. Die Antragsgegnerin hat sich darauf berufen, ab dem Unfall des eingesetzten Radladers am 16.06.2010 sei für sie die Notwendigkeit der Beschaffung eines neuen Gerätes besonders dringlich gewesen weshalb sie ein Verfahren nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gewählt habe.

Nach § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 können Aufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn (Z 3) dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit voriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs. 1 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Ein Verhandlungsverfahren stellt grundsätzlich ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (vgl. EuGH Rs C - 84/03 u.a.). Im Falle des § 29 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 handelt es sich um drei kumulative Voraussetzungen: Nach Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 können Aufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn (Ziffer 3,) dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit voriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Absatz eins, durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Ein Verhandlungsverfahren stellt grundsätzlich ein Ausnahmeverfahren dar. Die Rechtfertigungsgründe sind daher restriktiv auszulegen und der Auftraggeber, der dieses Verfahren in Anspruch nehmen will, hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (vergleiche EuGH Rs C - 84/03 u.a.). Im Falle des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 handelt es sich um drei kumulative Voraussetzungen:

Es muss ein unvorhersehbares Ereignis vorliegen, es müssen dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der Fristen für die Regelverfahren nicht zulassen und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen bestehen. Die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. Unvorhersehbare Ereignisse im Sinne dieser Bestimmungen sind solche Ereignisse, die den Rahmen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sprengen (zB. Naturkatastrophen, die dringende Lieferungen für Hilfsleistungen und zum Schutz der Opfer erfordern, außergewöhnliche Waldbrände). Dass eine Behörde, deren Genehmigung für ein Vorhaben erforderlich ist, Fristen unter anderem vorschreiben kann, ist ein vorhersehbarer Umstand des Verfahrens zur Genehmigung dieses Vorhabens (vgl. EuGH Rs C - 394/02). Die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist nur dann zulässig, wenn zB Arten und Mengen von Waren beschafft werden sollen, die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich sind. Die Tatbestände sind daher nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Auftraggeber über ausreichende Zeit verfügen, um ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen (EB 1171 Blg NR 22.GP zu § 29 BVergG 2006). Das Verhandlungsverfahren ist eine Ausnahmebestimmung, umso mehr Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer. So hat der EuGH wiederholt ausgesprochen, dass Bestimmungen, die Ausnahmen von den Vorschriften zulassen, die Wirksamkeit der durch die Vergaberichtlinien eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen

sind. Die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen von solchen außergewöhnlichen Umständen, die die Anwendung eines solchen Ausnahmetatbestandes rechtfertigen, obliegt demjenigen, der sich darauf berufen will (EuGH 10.03.1987, Rs C-199/85; EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94; BVA 06N- 41/05-27 u.v.a.). Es muss ein unvorhersehbares Ereignis vorliegen, es müssen dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der Fristen für die Regelverfahren nicht zulassen und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen bestehen. Die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. Unvorhersehbare Ereignisse im Sinne dieser Bestimmungen sind solche Ereignisse, die den Rahmen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens sprengen (zB. Naturkatastrophen, die dringende Lieferungen für Hilfsleistungen und zum Schutz der Opfer erfordern, außergewöhnliche Waldbrände). Dass eine Behörde, deren Genehmigung für ein Vorhaben erforderlich ist, Fristen unter anderem vorschreiben kann, ist ein vorhersehbarer Umstand des Verfahrens zur Genehmigung dieses Vorhabens (vergleiche EuGH Rs C - 394/02). Die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist nur dann zulässig, wenn zB Arten und Mengen von Waren beschafft werden sollen, die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich sind. Die Tatbestände sind daher nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Auftraggeber über ausreichende Zeit verfügen, um ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen (EB 1171 Blg NR 22. Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 29, BvergG 2006). Das Verhandlungsverfahren ist eine Ausnahmebestimmung, umso mehr Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer. So hat der EuGH wiederholt ausgesprochen, dass Bestimmungen, die Ausnahmen von den Vorschriften zulassen, die Wirksamkeit der durch die Vergaberichtlinien eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen sind. Die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen von solchen außergewöhnlichen Umständen, die die Anwendung eines solchen Ausnahmetatbestandes rechtfertigen, obliegt demjenigen, der sich darauf berufen will (EuGH 10.03.1987, Rs C-199/85; EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94; BVA 06N- 41/05-27 u.v.a.).

Nun hat die Antragsgegnerin nahezu durchgehend damit argumentiert, im Hinblick auf das Unfallgeschehen vom 16.06.2010 sei für sie eine besondere Dringlichkeit der Beschaffungen eines Ersatzgerätes gegeben gewesen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Einleitung des Beschaffungsvorganges und dessen nicht zügige Fortsetzung "dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben" ist, wodurch letztlich im Zeitpunkt der Beschädigung des eingesetzten Radladers die Notwendigkeit für dessen Nachbeschaffung entstanden ist. Eine gleiche Situation wäre für die Auftraggeberin gegeben gewesen, etwa im Falle eines größeren Motorschadens oder einen sonstigen durch das Alter des Fahrzeuges bedingten Schadenseintrittes, wodurch in der Schlackenhalle an Stelle von zwei entsprechend ausgerüsteten Radladern nur mehr einer eingesetzt werden hätte können. Die Antragsgegnerin selbst hat darauf hingewiesen, dass der verunfallte Radlader Baujahr 1991 war und bereits 15.000 Betriebsstunden aufgewiesen hat, weshalb von ihr auch eine Reparatur nicht mehr in Erwägung gezogen wurde. Gerade in dem Umstand, dass der Reparaturaufwand rund 12% des späteren Kaufpreises betragen hätte, hätte jedenfalls in den Vergabeakten dokumentierte Überlegungen nach sich ziehen müssen, warum von einer derartigen Reparatur abgesehen wurde. Immerhin ist der Kostenvoranschlag für die Reparatur bereits am 17.06.2010 erstellt worden. Mangels entsprechend dokumentierter Überlegungen finden sich dazu in den Vergabeakten auch keinerlei Hinweise darauf, welchen Zeitraum eine derartige Reparatur in Anspruch genommen hätte. Insofern kann der Antragsgegnerin vorgeworfen werden, dass sie im Hinblick auf den täglich anfallenden Umfang von zu entsorgenden Schlacken für einen derartigen Notfall offenbar keine entsprechenden Vorkehrungen getroffen hat, insbesondere bei Ausfall eines Radladers ein entsprechendes Ersatzgerät nicht zur Verfügung gehalten hat. Es wäre auch zu erwarten gewesen, dass die Antragsgegnerin entsprechende Erkundigungen über die Anmietung eines entsprechenden Ersatzgerätes vorgenommen hätte, um sodann ein offenes Vergabeverfahren zu führen.

Jedenfalls hat das Verfahren ergeben, dass es der Antragsgegnerin im Hinblick auf den tatsächlich gegebenen Zeitablauf durchaus möglich gewesen wäre, die Leistung in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit Verkürzung der Teilnahme- und Angebotsfristen im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit im Sinne des § 63 BvergG 2006 durchzuführen. Nach Ansicht des Senates wäre es der Antragsgegnerin durchaus möglich gewesen im Sinne eines derartigen wegen Dringlichkeit beschleunigten Verfahrens den Lieferauftrag unter Gewährleistung eines angemessenen Wettbewerbes so zeitgerecht durchzuführen, dass eine Lieferung des nachgefragten Gerätes noch deutlich vor dem 22.12.2010 erfolgt wäre. Trotz der von der Antragsgegnerin angenommenen Dringlichkeit hat es vom 25.06.2010 bis 19.08.2010 gedauert, die Ausschreibungsbedingungen festzulegen (obwohl mit den Vorarbeiten für die Ausschreibung eines neuen

Radladers bereits im März 2010 begonnen worden ist) und vom 09.09.2010 bis 18.10.2010 von der Angebotslegung bis zum Zuschlag. Die Berechnungen der Antragstellerin, nach denen die Antragsgegnerin in der von ihr benötigten Zeit für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung auch ein offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen hätte können, sind durchaus nachvollziehbar, zumal aus den Vergabeakten immerhin ersichtlich ist, dass die Vorarbeiten für ein offenes Verfahren weit gediehen waren und die Abwicklung des tatsächlich durchgeführten Verfahrens ein sehr großzügiges Zeitmanagement aufgewiesen hat. Ist es jedoch möglich eine Leistung zeitgerecht etwa in einem beschleunigten nicht offenen Verfahren wegen Vorliegens dringender, zwingender Gründe auszuschreiben, ist die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig (EuGH 18.03.1992, Rs C-24/91; 18.11.2004, Rs C-126/03). Ausgehend von diesen Überlegungen erweist sich die Wahl des Vergabeverfahrens, wie sie von der Antragsgegnerin vorgenommen worden ist, als rechtswidrig und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Der Senat hatte daher gemäß § 11 Abs. 3 Z 3 WVRG 2007 die Feststellung zu treffen, dass die Antragsgegnerin zur Beschaffung eines Radladers mit Sonderausstattung ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat. In diesem Sinne war dem Feststellungsbegehren stattzugeben (Spruch Punkt 1). Jedenfalls hat das Verfahren ergeben, dass es der Antragsgegnerin im Hinblick auf den tatsächlich gegebenen Zeitablauf durchaus möglich gewesen wäre, die Leistung in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit Verkürzung der Teilnahme- und Angebotsfristen im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit im Sinne des Paragraph 63, BVergG 2006 durchzuführen. Nach Ansicht des Senates wäre es der Antragsgegnerin durchaus möglich gewesen im Sinne eines derartigen wegen Dringlichkeit beschleunigten Verfahrens den Lieferauftrag unter Gewährleistung eines angemessenen Wettbewerbes so zeitgerecht durchzuführen, dass eine Lieferung des nachgefragten Gerätes noch deutlich vor dem 22.12.2010 erfolgt wäre. Trotz der von der Antragsgegnerin angenommenen Dringlichkeit hat es vom 25.06.2010 bis 19.08.2010 gedauert, die Ausschreibungsbedingungen festzulegen (obwohl mit den Vorarbeiten für die Ausschreibung eines neuen Radladers bereits im März 2010 begonnen worden ist) und vom 09.09.2010 bis 18.10.2010 von der Angebotslegung bis zum Zuschlag. Die Berechnungen der Antragstellerin, nach denen die Antragsgegnerin in der von ihr benötigten Zeit für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung auch ein offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen hätte können, sind durchaus nachvollziehbar, zumal aus den Vergabeakten immerhin ersichtlich ist, dass die Vorarbeiten für ein offenes Verfahren weit gediehen waren und die Abwicklung des tatsächlich durchgeführten Verfahrens ein sehr großzügiges Zeitmanagement aufgewiesen hat. Ist es jedoch möglich eine Leistung zeitgerecht etwa in einem beschleunigten nicht offenen Verfahren wegen Vorliegens dringender, zwingender Gründe auszuschreiben, ist die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig (EuGH 18.03.1992, Rs C-24/91; 18.11.2004, Rs C-126/03). Ausgehend von diesen Überlegungen erweist sich die Wahl des Vergabeverfahrens, wie sie von der Antragsgegnerin vorgenommen worden ist, als rechtswidrig und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Der Senat hatte daher gemäß Paragraph 11, Absatz 3, Ziffer 3, WVRG 2007 die Feststellung zu treffen, dass die Antragsgegnerin zur Beschaffung eines Radladers mit Sonderausstattung ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat. In diesem Sinne war dem Feststellungsbegehren stattzugeben (Spruch Punkt 1).

Nach § 36a Abs. 2 WVRG 2007 hatte der Senat den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung für nichtig zu erklären, da die Voraussetzungen der Absätze drei bis fünf leg.cit. nicht gegeben sind. Nach Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007 hatte der Senat den Vertrag im Anschluss an seine Feststellung für nichtig zu erklären, da die Voraussetzungen der Absätze drei bis fünf leg.cit. nicht gegeben sind.

Die Antragsgegnerin hat zwar beantragt, den Vertrag aufrecht zu erhalten, weil nur so die notwendige Bearbeitung der Schlackenrückstände gewährleistet sei. Sie hat jedoch unter einem ausgeführt, dass es ihr bisher gelungen ist, durch den Einsatz des zweiten noch vorhandenen Gerätes und entsprechender Mehrarbeit den Schlackenanstieg rechtzeitig bearbeiten zu können (Protokoll Seite 5). Der damit verbundene finanzielle Mehraufwand stellt sich als bloßes wirtschaftliches Interesse dar, das im Sinne des Abs. 3 leg.cit. die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen kann. Die Antragsgegnerin hat zwar beantragt, den Vertrag aufrecht zu erhalten, weil nur so die notwendige Bearbeitung der Schlackenrückstände gewährleistet sei. Sie hat jedoch unter einem ausgeführt, dass es ihr bisher gelungen ist, durch den Einsatz des zweiten noch vorhandenen Gerätes und entsprechender Mehrarbeit den

Schlackenanfall rechtzeitig bearbeiten zu können (Protokoll Seite 5). Der damit verbundene finanzielle Mehraufwand stellt sich als bloßes wirtschaftliches Interesse dar, das im Sinne des Absatz 3, leg.cit. die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen kann.

Auch die Voraussetzungen des Abs. 4 des § 36a WVRG 2007 sind nicht gegeben, weil es sich um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich handelt und die festgestellte Vorgangsweise der Antragsgegnerin offenkundig unzulässig war. Dass sich die Antragsgegnerin nach dem Unfall vom 16.06.2010 mit der Möglichkeit der Wahl eines anderen Vergabeverfahrens entsprechend auseinandergesetzt hätte, um zumindest einen eingeschränkten Wettbewerb zu ermöglichen, ist nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht erwiesen, zumindest wurden derartige Überlegungen von ihr nicht dokumentiert. Nach Abs. 5 leg.cit. hat der Senat ausgesprochen, dass der Vertrag mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird und hat dabei die Situation der Antragsgegnerin entsprechend berücksichtigt (Spruch Punkt 2). Bis 31.12.2011 müsste es der Antragsgegnerin möglich sein, im Rahmen eines Verfahrens unter entsprechender Beteiligung von Interessenten den Beschaffungsvorgang durchzuführen. Bis dahin kann sie auch das von ihr angeschaffte Gerät weiterhin nutzen und die Schlackebearbeitung in einem Umfang durchführen, wie sie dies bisher unter Einsatz von zwei Radladern vorgenommen hat. Durch diese Festlegung der Wirksamkeit der Nichtigkeitserklärung des Vertrages mit 31.12.2011 werden ersichtliche Interessen der Auftragnehmerin an der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht berührt, zumindest wurden von der Teilhabeberechtigten derartige Interessen nicht geltend gemacht. Interessen der Antragstellerin an der sofortigen Nichtigkeit des Vertrages, die die Interessen der Auftraggeberin überwiegen könnten, sind nicht gegeben. Letztlich sind Fragen der längeren Benützung des Radladers nach Nichtigkeit des Vertrages im Wege der Rückabwicklung zu beurteilen. Auch die Voraussetzungen des Absatz 4, des Paragraph 36 a, WVRG 2007 sind nicht gegeben, weil es sich um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich handelt und die festgestellte Vorgangsweise der Antragsgegnerin offenkundig unzulässig war. Dass sich die Antragsgegnerin nach dem Unfall vom 16.06.2010 mit der Möglichkeit der Wahl eines anderen Vergabeverfahrens entsprechend auseinandergesetzt hätte, um zumindest einen eingeschränkten Wettbewerb zu ermöglichen, ist nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht erwiesen, zumindest wurden derartige Überlegungen von ihr nicht dokumentiert. Nach Absatz 5, leg.cit. hat der Senat ausgesprochen, dass der Vertrag mit einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird und hat dabei die Situation der Antragsgegnerin entsprechend berücksichtigt (Spruch Punkt 2). Bis 31.12.2011 müsste es der Antragsgegnerin möglich sein, im Rahmen eines Verfahrens unter entsprechender Beteiligung von Interessenten den Beschaffungsvorgang durchzuführen. Bis dahin kann sie auch das von ihr angeschaffte Gerät weiterhin nutzen und die Schlackebearbeitung in einem Umfang durchführen, wie sie dies bisher unter Einsatz von zwei Radladern vorgenommen hat. Durch diese Festlegung der Wirksamkeit der Nichtigkeitserklärung des Vertrages mit 31.12.2011 werden ersichtliche Interessen der Auftragnehmerin an der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht berührt, zumindest wurden von der Teilhabeberechtigten derartige Interessen nicht geltend gemacht. Interessen der Antragstellerin an der sofortigen Nichtigkeit des Vertrages, die die Interessen der Auftraggeberin überwiegen könnten, sind nicht gegeben. Letztlich sind Fragen der längeren Benützung des Radladers nach Nichtigkeit des Vertrages im Wege der Rückabwicklung zu beurteilen.

Da der Senat gemäß Abs. 5 leg. cit. ausgesprochen hat, dass der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, war über die Antragsgegnerin zwingend "eine Geldbuße zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss". Die Obergrenze für eine Geldbuße beträgt 10% der Auftragssumme, sie kann sich jedoch bis zu 20% der Auftragssumme erhöhen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 7 leg.cit. gegeben sind. Nach Ansicht des Senates liegt eine besondere Schwere des Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Antragsgegnerin nicht vor. Bei Ausmessung der Höhe der Geldbuße war auch zu berücksichtigen, dass der angefochtene Vertrag erst mit 31.12.2011 aufgehoben werden soll und die Antragsgegnerin bis dahin die Gelegenheit hat, das Gerät im Rahmen des dafür vorgesehenen Einsatzes zu nutzen. Zu berücksichtigen war auch als mildernder Umstand, dass der Antragsgegnerin ein derartiger massiver Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bisher nicht vorgeworfen werden kann. Die Geldbuße hat dem Fonds Soziales Wien im Sinne des Abs. 6 des § 36a WVRG 2007, letzter Satz zuzufließen (Spruch Punkt 3). Da der Senat gemäß Absatz 5, leg. cit. ausgesprochen hat, dass der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, war über die Antragsgegnerin zwingend "eine Geldbuße zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss". Die Obergrenze für eine Geldbuße beträgt 10% der Auftragssumme, sie kann sich jedoch bis zu 20% der Auftragssumme erhöhen, wenn die Voraussetzungen des Absatz 7, leg.cit. gegeben sind. Nach Ansicht des Senates liegt eine besondere Schwere des Verstoßes gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Antragsgegnerin nicht vor. Bei Ausmessung der Höhe der Geldbuße war

auch zu berücksichtigen, dass der angefochtene Vertrag erst mit 31.12.2011 aufgehoben werden soll und die Antragsgegnerin bis dahin die Gelegenheit hat, das Gerät im Rahmen des dafür vorgesehenen Einsatzes zu nutzen. Zu berücksichtigen war auch als mildernder Umstand, dass der Antragsgegnerin ein derartiger massiver Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bisher nicht vorgeworfen werden kann. Die Geldbuße hat dem Fonds Soziales Wien im Sinne des Absatz 6, des Paragraph 36 a, WVRG 2007, letzter Satz zuzufließen (Spruch Punkt 3).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

rechtswidriges Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung; Feststellung; Nichtigerklärung des Vertrages; Geldbuße;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at