

noch so klare gesetzliche Regelungen nicht ersetzen können ist ein optimales Fristenmanagement. Dieses, beginnt beim Betroffenen selbst, der der Rechtsvertretung alle fristrelevanten Ereignisse zur Kenntnis bringen muss,

und endet bei der Rechtsvertretung selbst. Fristversäumnisse sind vermeidbare Fehler, wenn man den Aufwand dafür entsprechend betreibt und es ist sicher ein Aufwand, der es wert ist.

VKS Wien: Nichtigklärung eines vergabewidrig abgeschlossenen Vertrages, Verhängung einer Sanktion

1. Ist es dem Auftraggeber im Hinblick auf den tatsächlich gegebenen Zeitablauf durchaus möglich, die Leistung in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (z.B. als beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit gem. § 63 BVergG 2006) auszuschreiben, liegen keine dringlichen, zwingenden Gründe zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung vor.
2. Die Interessen des Auftraggebers an einer späteren Aufhebung des Vertrages (§ 36a WVRG) sind ausreichend berücksichtigt, wenn es mit dem späteren Zeitpunkt möglich wird, den Beschaffungsvorgang im Rahmen eines Verfahrens unter entsprechender Beteiligung von Interessenten durchzuführen.
3. Der finanzielle Mehraufwand einer (technisch) möglichen „Notlösung“ (dort: Einsatz des zweiten noch vorhandenen Gerätes und entsprechender Mehrarbeit) stellt ein bloß wirtschaftliches Interesse dar, das das Absehen von einer Nichtigklärung des Vertrages (§ 36a Abs 3 WVRG) nicht rechtfertigen kann.
4. Bei Ausmessung der Höhe der Geldbuße nach § 36a Abs 6 WVRG ist erschwerend zu berücksichtigen, wenn der angefochtene Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird und die Auftraggeberin bis dahin die Gelegenheit hat, das beschaffte Gerät im Rahmen des dafür vorgesehenen Einsatzes zu nutzen.

VKS Wien 26. 5. 2011, VKS-2573/11

„Abfallbehandlungsanlage Rinterzelt“

§ 29 Abs 2 Z 3 BVergG 2006; § 11 Abs 3 WVRG 2007; § 33 Abs 1 Z 2 WVRG 2007; § 36a Abs 2 u 6 WVRG 2007;

Dringliche zwingende Gründe, Feststellung der Vergabewidrigkeit, Geldbuße, Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, Verfahren mit einem Unternehmer, Nichtigkeit, (alternative) Sanktion;

Von Philipp Götzl

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin hat im Jahr 2010 ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Unternehmen zur Lieferung eines Radladers zum Einsatz in der Schlackenaufbereitungsanlage *Rinterzelt* durchgeführt. Die Auftragserteilung erfolgte am 18. 2. 2010, die Lieferung des Radladers mit Sonderausstattung am

22. 12. 2010. Der Auftragswert hat € 275.000 ohne Mehrwertsteuer betragen. Der Leiter der von der Auftraggeberin betriebenen Abfallbehandlungsanlage hat zuvor bereits eine Bestellanforderung verfasst, wonach für die Abfallbehandlungsanlage ein Radlader 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 bisher 15000 Betriebsstunden aufweist.

Am 16. 6. 2010 ist bei einem Unfall der in der Schlackebearbeitung eingesetzte Radlader „verunglückt“. Dabei wurden im Wesentlichen die Kabine und die darin befindliche Elektronik beschädigt. Laut Anbot war der Schadensbetrag mit € 34.048,56 (ohne USt) anzunehmen. Die Auftraggeberin hat eine Reparatur und Wiederinstandsetzung des Radladers als unwirtschaftlich,

auch im Hinblick auf das Alter des Gerätes, angesehen. Daraufhin hat die Auftraggeberin, die die Beschaffung des gegenständlichen Radladers sowie zwei weiterer Radlader in einem offenen Verfahren geplant hatte, beschlossen, den für die Schlackenhalle vorgesehenen Radlader in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 29 Abs 2 Z 3 BVergG sofort zu beschaffen, dies mit der Begründung, dass die *„gebotene Dringlichkeit, aufgrund der Tatsache, dass kein geeignetes Ersatzgerät mit den vorher beschriebenen Eigenschaften zur Verfügung steht, jedenfalls gegeben ist.“* Weiters würde bei Einhaltung der gesetzlichen Fristen einer Aufrechterhaltung des Betriebes entgegen wirken. Zur Begründung, das Verfahren nur mit einem Bieter zu führen wurde ausgeführt, dass das Fabrikat, das den technischen Anforderungen entspricht, *„ein [...] Radlader [ist]. Aus diesen Gründen sollte die Fa. [...] zu einem Verhandlungsverfahren eingeladen werden“*. Der Radlader mit Überdruckkabine inklusive Schutzbelüftung wurde von dem ausgewählten Bieter geliefert. Es gibt am Markt auch andere Unternehmen, die in der Lage sind derartige Schutzkabinen zu liefern.

Trotz der behaupteten Dringlichkeit der Beschaffung wurde das Vergabeverfahren nur schleppend geführt. So hat etwa die Genehmigung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, gerechnet ab dem Unfall des Radladers, rund einen Monat gedauert. Obwohl bereits im Mai mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses (zwar für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich) begonnen worden ist, wurde dieses erst am 19. 8. 2010 abgeschlossen und an die Zuschlagsempfängerin geschickt. Erst am 27. 9. 2010 fand die Preisprüfung statt und erst am 8. 10. 2010 offenbar die Auftragserteilung. Jedenfalls wurde der Radlader samt Sonderausrüstung erst am 22. 12. 2010 ausgeliefert. Im Jänner 2011 hat die Antragstellerin Gewissheit darüber erlangt, dass ein Radlader ausgeliefert und in *Rinterzelt* eingesetzt wird.

Aus der Begründung

„[...] Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Abschluss eines Liefervertrages [dadurch] dargelegt, dass [...] ihr die Möglichkeit genommen wurde, als Bieterin an einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren teilzunehmen und allenfalls selbst den Zuschlag zu erhalten (vgl. VfGH 12. 2. 2001, B-1061/98-16). [...] Da sie von dem gegenständlichen Vergabevorgang im Jänner 2011 Kenntnis erlangte, ist ihr am 3. 3. 2011 eingelangtes Feststellungsbegehren rechtzeitig. Die Bekanntmachung über den gegenständlichen Vergabevorgang wurde von der Antragsgegnerin erst am 1. 3. 2011 an das Amtsblatt der EU abgesendet. [...]

Im Falle des § 29 Abs. 2 Z 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 Tatbestände sind daher nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Auftraggeber über ausreichende Zeit verfügen, um ein beschleunigtes Verfahren durchzuführen (EB 1171 BlgNR 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. 3. 1987, Rs C-199/85; EuGH 18. 5. 1995, Rs C-57/94; BVA 06N-41/05-27 u.v.a.). [...]

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 in 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. 6. 2010 bis 19. 8. 2010 gedauert, die Ausschreibungsbedingungen festzulegen (obwohl mit den Vorarbeiten für die Ausschreibung eines neuen Radladers bereits im März 2010 begonnen worden ist) und vom 9. 9. 2010 bis 18. 10. 2010 von der Angebotslegung bis zum Zuschlag. [...] 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. 3. 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.

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. 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 Schlackenfall rechtzeitig bearbeiten zu können. 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. 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 Vor-

gangsweise der Antragsgegnerin offenkundig unzulässig war. [...] 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. Bis 31. 12. 2011 müsste es der Antragsgegnerin möglich sein, im Rahmen eines Verfahrens unter entsprechender Beteiligung von Interessenten den Beschaffungsvorgang durchzuführen. [...] Durch diese Festlegung der Wirksamkeit der Nichtigkeitsklärung des Vertrages mit 31. 12. 2011 werden ersichtliche Interessen der Auftragnehmerin an der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht berührt, zumindest wurden von der Teilnahmeberechtigten 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 seien 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. [...]

Hinweis für die Praxis

Die vorliegende Entscheidung ist bemerkenswert, wird damit doch ein deutliches Zeichen an den Auftraggeber gesetzt, von Ausnahmefällen nur restriktiv Gebrauch zu machen und Verfahren mit ausreichender Bieterbeteiligung zu führen. Die Konsequenzen dem nicht entsprechender Vergaben sind rigoros: Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages, Geldbuße und (zivilrechtlich weiter gedacht)

allenfalls Schadenersatz des begünstigten Bieters. Die bezüglichen Bestimmungen der §§ 33 Abs 1 Z 2 und 36a Abs 2 WVRG entsprechen denen der §§ 331 Abs 1 Z 2 und 334 Abs 2 BVergG. Unterschiedlich geregelt ist lediglich der Ausspruch über die (alternative) Sanktion. § 334 Abs 7 BVergG sieht eine Geldbuße für den Auftraggeber nur vor, wenn die Vergabekontrollbehörde *„von der Nichtigkeitsklärung*

des Vertrages gem. Abs 2 1. Satz oder 3“ abgesehen hat, also keine Nichtigerklärung des vergabewidrig abgeschlossenen Vertrags erfolgt (alternative Sanktion). § 36a Abs 6 WVRG sieht hingegen die Sanktion auch für den Fall vor, dass die Vergabekontrollbehörde ausgesprochen hat, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird („kumulative“ Sanktion). Ob eine solche „Kumulation der Sanktionen“ (Geldbuße und Nichtigkeit) notwendig ist, um den Auftraggeber „nachhaltig zu bestrafen“ scheint fraglich. So ist auch zu bedenken, dass aufgrund der dieser Sanktion zu Grunde liegenden Feststellung der Vergabewidrigkeit auch von einer schadenersatzrechtlichen Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Auftraggebers auszugehen ist. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass der ursprünglich bevorzugte Bieter nach der (späteren) Auflösung der Vertrages zumindest den Vertrauensschaden (aus culpa in contrahendo) geltend machen kann (freilich unter Anrechnung eines allfälligen Mitverschuldens); jedenfalls in einem solchen Fall ist eine zusätzliche Sanktion für den Auftraggeber nicht nötig. Mit der vorliegenden E wurde die Anwendbarkeit des § 29 Abs 2 Z 3 BVergG unter Hinweis darauf abgelehnt, dass auch ein Unfall, der zur Unbenutzbarkeit des auszuschreibenden Leistungsgegenstandes führt, keinen solchen Ausnahmetatbestand begründen kann, wenn der Auftraggeber in der Folge das Verfahren „verbummelt“ und so viel Zeit verstreichen lässt, dass er tatsächlich auch ein „ordentliches“ Verfahren (zB offenes Verfahren mit verkürzten Fristen) durchführen könnte. Dazu ist vorliegend bereits fraglich, ob es sich bei dem festgestellten Unfall überhaupt um ein Ereignis handelt, das vom Auftraggeber „nicht vorauszusehen“ war. Dass bei der Schlackebearbeitung ein Radlader „verunglücken“ kann, womit etwa die darin befindliche Elektronik beschädigt wird, scheint nicht absolut ungewöhnlich und durchaus voraussehbar (vgl. EuGH 10. 3. 1987, Rs 199/85, *Mailänder Recycling*). Unvorhersehbare Ereignisse sind ja nur solche, die den Rahmen des wirtschaftlichen Lebens sprengen

(zB Naturkatastrophen), nicht übliche Gefahren beim Betrieb (dazu BVA 15. 7. 2004, 02N-51/04-46). Jedenfalls liegt aber ein „dringender zwingender Grund“ für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung nicht vor, wenn die Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen (zB des beschleunigten Verfahrens) möglich ist (EuGH 18. 3. 1992, C-24/91, *Kommission/Spanien*; EuGH 2. 6. 2005, Rs C-394/02, *Kommission/Griechenland*). Maßgeblich bleibt hier wohl eine Sichtweise *a priori*, also im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung, und nicht, wie in der vorliegenden Entscheidung offenbar angedacht, *a posteriori* (im Nachhinein). Dennoch schließt der Umstand, dass die Auftraggeberin sich vorliegend offensichtlich mit der Durchführung eines „ordentlichen“ Vergabeverfahrens (obwohl dieses offenbar angedacht war) zu viel Zeit gelassen hat (dies nämlich bereits bis zum Entscheidungszeitpunkt, das beschleunigte Verfahren durchzuführen) die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes aus (vgl. BVA 11. 12. 2000, N-58/00-12), womit die Überlegungen des Vergabekontrollsenats im Ergebnis jedenfalls richtig sind.

Bei der Wahl eines beschleunigten Verfahrens ist daher praktisch darauf zu achten, dass das Verfahren zügig vorangetrieben wird und auch bereits im Vorfeld zügig durchgeführt wurde. Normale, üblicherweise in einem gewöhnlichen Betrieb voraussehbare Ereignisse können dringliche zwingende Gründe, die ein beschleunigtes Verfahren rechtfertigen, nicht begründen. Dem Auftraggeber sei geraten, zumindest ein Mindestmaß an Öffentlichkeit zu wahren, ansonsten gerade bei der Vergabe im Oberschwellenbereich mit einer Nichtigerklärung des abgeschlossenen Vertrages ex tunc (oder ex nunc oder auch zu einem späteren Zeitpunkt nach Interessenabwägung) zu rechnen ist (zur notwendigen Interessenabwägung und weiteren Differenzierungen vgl. *Müller/Mayr*, BVergG-Novelle 2009, 11 ff). Selbst bei der Wahl eines Verhandlungsverfahrens können sämtliche geeignete Bieter idR ohne großen zeitlichen Aufwand zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, was auch vergaberechtlich geboten ist (vgl. BVA 3. 7. 2005, 06N-39/05-27).