



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Samonig, über die Revision des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger in Wien, vertreten durch die Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30. November 2016, W123 2006575-1/43E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren, zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

I.

- 1 **1.** Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten (im Folgenden: Behörde) vom 13. Mai 2011 wurde - soweit für das vorliegende Revisionsverfahren von Relevanz - der Antrag der M GmbH, gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) festzustellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens durch den Revisionswerber als öffentlicher Auftraggeber betreffend die Umsetzung des Systems der e-Medikation mit der P G ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war, zurückgewiesen (Spruchpunkt I). Ein ebenfalls von der M GmbH gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde gemäß § 71 AVG abgewiesen (Spruchpunkt II).
- 2 Die Zurückweisung des Feststellungsantrages wurde damit begründet, dass der Vertrag mit 10. August 2010 in Kraft getreten und die in § 332 Abs. 3 BVergG 2006 normierte Frist von sechs Monaten zum Zeitpunkt des





Einlangens des Feststellungsantrags der M GmbH am 1. März 2011 somit bereits abgelaufen gewesen sei.

- 3 **2.** Aus Anlass der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde der M GmbH legte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 25. März 2014, EU 2014/0002 (2011/04/0121), dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) folgende Frage gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vor:

„Ist das Unionsrecht - insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität sowie die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge - dahin auszulegen, dass es einer nationalen Rechtslage entgegensteht, nach der ein Antrag auf Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes binnen sechs Monaten nach Vertragsschluss gestellt werden muss, wenn die Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes nicht nur Voraussetzung für die Nichtigerklärung des Vertrages, sondern auch für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist?“

- 4 **3.** Mit Urteil vom 26. November 2015 in der Rechtssache C-166/14, *MedEval - Qualitäts-, Leistungs- und Struktur- Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, beantwortete der EuGH diese Frage wie folgt:

„Das Recht der Europäischen Union, insbesondere der Grundsatz der Effektivität, steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadenersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, die ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt - und zwar unabhängig davon, ob der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers Kenntnis haben konnte.“

- 5 **4.** Mit dem hg. Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, hob der Verwaltungsgerichtshof die Spruchpunkte I und II des angefochtenen Bescheides der Behörde vom 13. Mai 2011 wegen Rechtswidrigkeit des



Inhaltes auf, weil die Behörde den zugrunde liegenden Feststellungsantrag der M GmbH infolge Verdrängung der Antragsfrist des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen hätte dürfen (zur näheren Begründung wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf dieses Erkenntnis verwiesen).

6 Weiters führte der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„Für das fortgesetzte Verfahren wird darauf hingewiesen, dass die Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigerklärung des Vertrages nach § 334 BVergG 2006 nach sich ziehen muss. Der EuGH hat in Rn. 31 des Urteils C-166/14 zum Ausdruck gebracht, dass die Beschränkung der Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, für Rechtssicherheit zu sorgen, weshalb die Effektivität dieser Beschränkung respektiert werden sollte. Nach den Erläuterungen zu § 332 Abs. 3 BVergG 2006 (RV 327 BlgNR 24. GP 35) soll das Ziel der Rechtssicherheit auch innerstaatlich verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat somit den klaren Willen bekundet, eine Nichtigerklärung von Verträgen nur bei einer Antragstellung innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss vorsehen zu wollen, während danach der Rechtssicherheit gegenüber dem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Vorrang eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diesen - auch im Unionsrecht anerkannten - Stellenwert der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nach Ablauf von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag das Vorliegen eines zwingenden Grundes eines Allgemeininteresses im Sinn des § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 anzunehmen, was zur Folge hat, dass - auf Antrag - von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß § 334 Abs. 4 oder 5 BVergG 2006 abzusehen und der Vertrag aufrechtzuerhalten ist (zur Verhängung einer Geldbuße vgl. demgegenüber das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073).“

7 **5.** Im fortgesetzten Verfahren gab das zuständig gewordene Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 17. Oktober 2016, W123 2006575-1/41E, dem Feststellungsantrag der M GmbH statt und stellte gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 fest, dass das Vergabeverfahren „e-Medikation“ rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden sei (Spruchpunkt A.I).



- 8 Zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags verwies das Verwaltungsgericht auf die Ausführungen im hg. Erkenntnis 2015/04/0004. Weiters bejahte es die Antragslegitimation der M GmbH und legte mit näherer Begründung dar, dass die Voraussetzungen für die Ausnahmebestimmung einer „interkommunalen Zusammenarbeit“ nicht erfüllt seien.
- 9 Der Antrag, den Vertrag zwischen dem Revisionswerber und der P G betreffend die Umsetzung des Projekts „e-Medikation“ für absolut nichtig zu erklären, wurde abgewiesen (Spruchpunkt A.II). Diesbezüglich verwies das Verwaltungsgericht auf die oben wiedergegebenen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis 2015/04/0004.
- 10 Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt (Spruchpunkt B). Eine Revision wurde gegen dieses Erkenntnis nicht erhoben.
- 11 **6.** Mit dem - nunmehr angefochtenen, in Ergänzung zum eben dargestellten Erkenntnis vom 17. Oktober 2016 ergangenen - Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30. November 2016, W123 2006575-1/43E, wurde der Revisionswerber verpflichtet, gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution eine Geldbuße in der Höhe von € 90.000,- zu bezahlen (Spruchpunkt A). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt (Spruchpunkt B).
- 12 Begründend hielt das Verwaltungsgericht fest, da die „Wirkungen des streitgegenständlichen Vertrages aufrechterhalten werden“, sei zwingend eine Geldbuße zu verhängen. Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung eine Auftragssumme der gegenständlichen Leistung von ca. € 864.938,- zugrunde und führte zur Bemessung der Geldbuße wie folgt aus:
- „Bei der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung handelt es sich grundsätzlich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG 2006. Der Auftraggeber hat durch die gewählte Vorgangsweise drohende wirtschaftliche Nachteile und zeitlich Verzögerungen vermeiden und sich auf diese Weise wirtschaftliche Vorteile verschaffen



wollen. Sein Vorgehen stellt damit im Ergebnis eine Umgehung der vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise dar. Erschwerend tritt hinzu, dass die Wirkungen des Vertrages (zugunsten des Auftraggebers) aufrechterhalten werden. Als mildernder Umstand ist zu berücksichtigen, dass dem Bundesverwaltungsgericht bisher keine derartigen Vorgangsweisen seitens des Auftraggebers bekannt sind.“

- 13 7. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 14 1. Zur Zulässigkeit der Revision wird ausgeführt, es fehle (ausdrückliche) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu, ob nach Ablauf der Sechsmonatsfrist gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 noch eine Geldbuße verhängt werden dürfe. Diese Frage sei auch durch das (bereits zitierte) hg. Erkenntnis 2015/04/0004 nicht geklärt. Zudem fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob es zulässig sei, die Verhängung der Geldbuße in einem gesonderten Erkenntnis und somit nicht unter einem mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. mit dem Absehen von einer Nichtigerklärung des Vertrages vorzunehmen.

- 15 Die Revision erweist sich im Hinblick auf dieses Vorbringen als zulässig.

- 16 2.1. Die maßgeblichen Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 7/2016, lauten auszugsweise:

„Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.





Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

...

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7.

...

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

...

... Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes aufzuheben.

...



Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 332. ...

(3) Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. ...

...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigkeitserklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

...

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesverwaltungsgericht, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

...



(7) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigkeitserklärung 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.

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

17 **2.2.** § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, lautet auszugsweise:

„Bemessung der Verbandsgeldbuße

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

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

1. je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist;
2. je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist;
3. je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde.

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

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



6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat.“

18 **3.1.** Der Revisionswerber bringt vor, nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006 dürften Sanktionen nur verhängt werden, wenn von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abgesehen werde. Ein Absehen setze eine Entscheidungsfreiheit voraus. Im vorliegenden Fall sei eine Nichtigkeitserklärung aber nicht zulässig, weshalb es nicht mehr zu einem „Absehen“ kommen könne. Es fehle damit an dieser Voraussetzung für die Verhängung alternativer Sanktionen. Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist dürfe eine Sanktion nicht mehr verhängt werden, weil es an einer Rechtsgrundlage dafür fehle. Dem stehe der Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073, im zitierten Erkenntnis 2015/04/0004 nicht entgegen, weil dem zuerst genannten Erkenntnis - anders als in der hier zu beurteilenden Konstellation - ein innerhalb der Sechsmonatsfrist gestellter Feststellungsantrag zugrunde gelegen sei.

19 **3.2.** Diesem Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten: Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt festgehalten, dass es für die Verhängung einer Geldbuße nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006 (bzw. einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung) irrelevant ist, aus welchem Grund es zu keiner Nichtigkeitserklärung gekommen ist (vgl. das Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065, mwN). Im zitierten Erkenntnis Ra 2015/04/0073 hat es der Verwaltungsgerichtshof - im Hinblick auf das diesbezügliche Revisionsvorbringen, wonach es nicht mehr möglich gewesen wäre, den Vertrag für nichtig zu erklären, weil die gegenständliche Rahmenvereinbarung bereits vor dem Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes geendet habe - als unbeachtlich angesehen, ob eine Nichtigkeitserklärung im Hinblick auf die Regelung des § 334 Abs. 4 BVergG 2006 überhaupt noch möglich gewesen wäre. Nach den Ausführungen in dem (zum Steiermärkischen Vergaberechtsschutzgesetz 2012 ergangenen) hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, 2013/04/0046, beseitige die Tatsache, dass die Auftraggeberin den rechtswidrig vergebenen Auftrag vorzeitig aufgelöst und damit der gebotenen Aufhebung hinsichtlich noch ausständiger Leistungen vorgebeugt habe, den gesetzten Vergaberechtsverstoß, der zu sanktionieren sei,



nicht. In dem keiner Rückabwicklung zugänglichen Umfang des missbilligten Vertrages sei die gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 vorgesehene Verhängung einer Geldbuße die einzige Sanktionsmöglichkeit des rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers (siehe das bereits zitierte Erkenntnis Ra 2015/04/0073).

20 Nichts anderes gilt für den Fall, in dem von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages - wie vorliegend - gemäß § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 abgesehen wurde. Entgegen der Auffassung des Revisionswerbers setzt ein Absehen von der Nichtigkeitserklärung, an das die Regelung des § 334 Abs. 7 erster Satz BVergG 2006 zur Verhängung einer Geldbuße anknüpft, nicht eine Entscheidungsfreiheit oder ein Ermessen des Verwaltungsgerichtes (dahingehend, ob der Vertrag für nichtig erklärt wird oder nicht) voraus. Ungeachtet dessen, dass die hier einschlägige Regelung des § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 eine Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes normiert (arg.: „hat ... abzusehen“), stellt auch dies einen Fall des - in § 334 Abs. 7 erster Satz BVergG 2006 angesprochenen - Absehens von der Nichtigkeitserklärung eines Vertrages dar.

21 **4.1.** Nach Ansicht des Revisionswerbers sei das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 einschränkend dahingehend zu verstehen, dass die Sechsmonatsfrist nur für die Stellung von Feststellungsanträgen, die Voraussetzung für eine Schadenersatzklage seien, nicht gelten solle, während sie als „Verjährungsfrist [...] hinsichtlich der Sanktionierbarkeit von Verstößen“ gegen das BVergG 2006 weiterhin gelte. Eine Verdrängung des nationalen Rechts zur Herstellung der Unionsrechtskonformität sei nur insoweit zulässig, als nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ein Feststellungsantrag gestellt werden könne, die Feststellung der Rechtswidrigkeit aber weder die Nichtigkeitserklärung des Vertrages noch alternative Sanktionen zur Folge haben könne. Eine derartige Rechtsansicht stehe mit dem Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 in Einklang.

22 **4.2.** Es ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, ob eine Regelung, der zufolge bei einer Antragstellung nach Ablauf von sechs Monaten von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen ist, unionsrechtskonform wäre bzw. mit



dem Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 in Einklang stünde. Maßgeblich ist vielmehr, welche Vorgaben sich aus den Regelungen des BVergG 2006 zur Verhängung einer Geldbuße, soweit sie unionsrechtskonform sind und nicht durch Unionsrecht verdrängt werden, ergeben.

- 23 § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 normiert das Recht, die Feststellung zu beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen ist. Eine Differenzierung der Feststellungsanträge danach, ob damit die Voraussetzung für die Einbringung einer Schadenersatzklage geschaffen werden soll oder ob der Antrag auf die Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzielt, enthält das BVergG 2006 nicht. Nach den Ausführungen im zitierten Erkenntnis 2015/04/0004 hat die für einen derartigen Feststellungsantrag geltende Sechsmonatsfrist des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 infolge Verdrängung durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht unangewendet zu bleiben. Wenn dem Antrag inhaltlich Berechtigung zukommt, ist daher eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 zu treffen, woran nach § 334 Abs. 2 erster Satz BVergG 2006 - sofern keine Ausnahme schlagend wird - die Verpflichtung anschließt, den Vertrag für absolut nichtig zu erklären.
- 24 Zwar hat es der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis 2015/04/0004 insbesondere im Hinblick auf den auch im Unionsrecht anerkannten Stellenwert der Rechtssicherheit als gerechtfertigt angesehen, bei einer Antragstellung nach Ablauf von sechs Monaten nach § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 von einer Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen und den Vertrag aufrechtzuerhalten. Die zu wahrende Rechtssicherheit erfordert es nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes aber nicht, bei Absehen von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages gleichermaßen auch von der Verhängung einer Geldbuße abzusehen. Es sind auch keine anderen unionsrechtlichen Vorgaben ersichtlich, die einer nationalen Regelung entgegenstehen, der zufolge bei Feststellung eines (elementaren) Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften über den Auftraggeber eine Geldbuße verhängt wird, wenn der Vertrag im Hinblick auf die mittlerweile als vorrangig anzusehende Rechtssicherheit aufrechterhalten wird. Der Verwaltungsgerichtshof ist daher



nicht der Auffassung, dass eine Verdrängung der Regelung über die Verhängung einer Geldbuße in einer Konstellation wie der vorliegenden unionsrechtlich geboten wäre.

- 25 **5.1.** Der Revisionswerber bringt vor, mit der Regelung des § 332 Abs. 3 BVergG 2006 gehe eine „Verjährung der Strafbarkeit“ einher, die nicht beliebig verlängert werden könne. Eine Auslegung dahingehend, dass auch nach Ablauf dieser Frist Sanktionen zu verhängen seien, würde zu Willkür führen und gegen den Vertrauensgrundsatz verstoßen. Der Vollziehung könne nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, die Strafbarkeit eines nicht mehr strafbaren Verhaltens wieder aufleben zu lassen.
- 26 **5.2.** Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich nach den Erläuterungen zu § 334 Abs. 7 BVergG 2006 (RV 327 BlgNR 24. GP, 39) bei der Geldbuße nicht um eine Verwaltungsstrafe, sondern um ein neues Sanktionssystem handelt (siehe diesbezüglich auch das bereits zitierte hg. Erkenntnis Ro 2014/04/0065, mwN). Zudem wird durch die Normierung einer Antragsfrist nur die Geltendmachung eines Anspruchs befristet, aber keine Verjährung normiert. Im Übrigen kann - soweit der Revisionswerber der Sache nach eine verbotene rückwirkende Bestrafung geltend macht - auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 12. Juni 2017, E 122/2017, verwiesen werden, mit dem die Behandlung der Beschwerde des Revisionswerbers gegen das angefochtene Erkenntnis abgelehnt wurde.
- 27 **6.1.** Der Revisionswerber wirft die Frage auf, ob es zulässig sei, mit Erkenntnis einen Verstoß gegen das BVergG 2006 festzustellen und von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages abzusehen, und erst in einem weiteren Erkenntnis eine Geldbuße zu verhängen. Nach Ansicht des Revisionswerbers wäre über die Verhängung einer Geldbuße (bei sonstigem Ausschluss) bereits im „Feststellungserkenntnis“ zu entscheiden gewesen. Weder dem BVergG 2006 noch dem VwGVG lasse sich entnehmen, dass erst mit einem gesonderten Erkenntnis eine Geldbuße verhängt werden dürfe.
- 28 **6.2.** Der Umstand, dass weder das BVergG 2006 noch das VwGVG eine ausdrückliche Regelung über einen gesonderten Abspruch betreffend die



Verhängung einer Geldbuße enthalten, lässt keine Rückschlüsse auf die (Un)Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise zu. Eine ausdrückliche Verpflichtung, die in Rede stehenden Entscheidungen in einem Erkenntnis zu treffen, enthält das BVergG 2006 nicht. Hinzuweisen ist vielmehr auf § 59 Abs. 1 letzter Satz AVG, dem zufolge - wenn der Gegenstand der Verhandlung eine Trennung nach mehreren Punkten zulässt und wenn dies zweckmäßig erscheint - über jeden der einzelnen Punkte gesondert abgesprochen werden kann (zur Maßgeblichkeit des AVG für Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem BVergG 2006 siehe dessen § 311; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ra 2015/03/0017, aus dem sich ergibt, dass nach dem - mit § 311 BVergG 2006 vergleichbaren - § 17 VwGVG § 59 AVG auch in Beschwerdeverfahren der Verwaltungsgerichte maßgeblich ist).

29 Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis Ra 2015/03/0017 festgehalten, dass ein Abspruch über die Kosten von den übrigen Spruchpunkten trennbar und ein gesonderter Abspruch in einer eigenen Erledigung daher zulässig ist. Dies gilt gleichermaßen für die Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006, weil - ungeachtet dessen, dass die Verhängung einer Geldbuße eine näher bezeichnete Feststellung bzw. das Absehen von einer Nichtigerklärung des Vertrages voraussetzt - der Ausspruch über die Verhängung einer Geldbuße für sich genommen angefochten werden kann und eine allfällige Aufhebung dieses Spruchpunktes die weiteren oben genannten Spruchpunkte unberührt lässt (allgemein dazu vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG Bd. 2 [2005] § 59 Rz. 107).

30 **7.1.** Der Revisionswerber bringt schließlich noch vor, die Höhe der Geldbuße sei nicht angemessen und die Begründung des angefochtenen Erkenntnisses insoweit mangelhaft. Das Verwaltungsgericht habe insbesondere nicht berücksichtigt, dass der Revisionswerber ein Rechtsgutachten der Finanzprokurator eingeholt habe, die bestätigt habe, dass die Projektvereinbarung mit der P G den Grundsätzen der interkommunalen Zusammenarbeit entspreche und daher nicht dem Vergaberecht unterliege. Der Revisionswerber habe auf diese Einschätzung vertrauen dürfen, weshalb seine



Vorgehensweise nicht offenkundig unzulässig gewesen sei. Dies hätte das Verwaltungsgericht als Milderungsgrund berücksichtigen müssen. Darüber hinaus würden auch Feststellungen zu den Grundlagen für die Bemessung der Geldbuße fehlen und es sei nicht dargelegt worden, weshalb die Höhe der verhängten Geldbuße im Ausmaß von 50% der Höchstgrenze als angemessen erachtet worden sei.

- 31 **7.2.** Nach § 334 Abs. 8 BVergG 2006 sind bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 VbVG heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird. Die Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP, 39 f) führen dazu unter anderem wie folgt aus:

„ ... Die verhängte Sanktion muss daher entsprechend schärfer ausfallen, wenn ein qualifizierter Verstoß des Auftraggebers vorliegt bzw. seine Vorgangsweise offenkundig unzulässig war. ...“

- 32 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:

„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“.

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 Nichtigerklärung des Vertrages) auch für die Verhängung der Geldbuße ist und daher für sich genommen nicht als Begründung für die in § 334 Abs. 8 BVergG 2006 angesprochene „Schwere des Verstoßes“ herangezogen werden kann. Umgekehrt wäre entsprechend den zitierten Erläuterungen zu prüfen gewesen, ob die Vorgehensweise des Revisionswerbers „offenkundig unzulässig“ gewesen ist, wobei in diesem Zusammenhang auch das vom Revisionswerber bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ins Treffen geführte Rechtsgutachten der Finanzprokurator zu berücksichtigen gewesen wäre. Der Revisionswerber bringt dem Grunde nach zutreffend vor, dass die Einholung eines Gutachtens von der - durch das Finanzprokuratorgesetz zur rechtlichen Beratung und Rechtsvertretung im Interesse des Staates berufenen - Finanzprokurator als Vorkehrung zur Verhinderung vergaberechtswidrigen Verhaltens und damit als Milderungsgrund nach § 5 Abs. 3 Z 1 VbVG angesehen werden kann. Im Hinblick darauf ist auch nicht ersichtlich, basierend auf welcher Grundlage das Verwaltungsgericht eine Absicht des Auftraggebers, sich wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen, angenommen hat.

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.

35 Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG abgesehen werden.



36 Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

W i e n , am 23. Oktober 2017

