

TE Vwgh Erkenntnis 2023/11/14 Ro 2020/04/0019

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.11.2023

Index

E000 EU- Recht allgemein
E3L E06300000
E3L E06301000
E6j
E6O
001 Verwaltungsrecht allgemein
25/01 Strafprozess
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §249 Abs2
BVergG 2018 §249 Abs2 Z4
BVergG 2018 §254 Abs2 Z2
BVergG 2018 §254 Abs5 Z2
EURallg
StPO 1975 §1 Abs2
StPO 1975 §1 Abs3
StPO 1975 §100 Abs2 Z3
StPO 1975 §100 Abs2 Z4
VwRallg
32004L0018 Vergabe-RL öffentliche Bauaufträge Art45 Abs2 litd
32014L0024 Vergabe-RL Art57 Abs4
32014L0024 Vergabe-RL Art57 Abs4 litc
32014L0024 Vergabe-RL Art57 Abs4 litd
32014L0024 Vergabe-RL Art57 Abs7
32014L0025 Vergabekoordinierungs-RL Wasser Energie Verkehr Erwägungsgrund 106
62011CJ0465 Forposta und ABC Direct Contact VORAB
62016CJ0178 Impresa di Costruzioni Mantovani und Guerrato VORAB
62017CJ0124 Vossloh Laeis VORAB
62018CO0425 Consorzio Nazionale Servizi VORAB
1. BVergG 2018 § 249 heute
2. BVergG 2018 § 249 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 249 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 249 heute

2. BVergG 2018 § 249 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 249 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 254 heute

2. BVergG 2018 § 254 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 254 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 254 heute

2. BVergG 2018 § 254 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 254 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator und die Hofräte Dr. Pürgy sowie Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Bamer, über die Revision der A GmbH in W, vertreten durch die Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Getreidemarkt 14/13, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 6. Februar 2020, Zl. VGW-123/072/16412/2019-20, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien Magistratsabteilung 31 - Wiener Wasser in Wien, vertreten durch die Jarolim Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Volksgartenstraße 3/2. OG), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird abgewiesen.

Die revisionswerbende Partei hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1

Aus dem angefochtenen Erkenntnis ergibt sich zusammengefasst folgender - unbestritten gebliebener - Sachverhalt:

2

Die mitbeteiligte Partei führte als Auftraggeberin (öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 167 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend die Auswechslung von Wasserrohren in einem näher genannten Bereich öffentlicher Straßen in Wien. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 26. September 2019. Der Zuschlag sollte an das billigste Angebot erfolgen. Die mitbeteiligte Partei führte als Auftraggeberin (öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 167, Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend die Auswechslung von Wasserrohren in einem näher genannten Bereich öffentlicher Straßen in Wien. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 26. September 2019. Der Zuschlag sollte an das billigste Angebot erfolgen.

3

Mit Entscheidung der mitbeteiligten Partei vom 13. Dezember 2019 wurde das Angebot der revisionswerbenden Partei ausgeschieden. Die mitbeteiligte Partei begründete ihre Ausscheidensentscheidung - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - damit, dass die revisionswerbende Partei schwere berufliche Verfehlungen etwa durch den systematischen Einsatz anderer Unternehmen zur Legung von abgesprochenen und vom Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei und dessen Vater kalkulierter Schein- bzw. Deckungsangebote zu Lasten der mitbeteiligten Partei begangen habe (§ 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018). Mit Entscheidung der mitbeteiligten Partei vom 13. Dezember 2019 wurde das Angebot der revisionswerbenden Partei ausgeschieden. Die mitbeteiligte Partei begründete ihre Ausscheidensentscheidung - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - damit, dass die revisionswerbende Partei schwere berufliche Verfehlungen etwa durch den systematischen Einsatz anderer Unternehmen zur Legung von abgesprochenen und vom Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei und dessen Vater kalkulierter Schein- bzw. Deckungsangebote zu Lasten der mitbeteiligten Partei begangen habe (Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018).

4

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2019 beantragte die revisionswerbende Partei die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung.

5

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht) diesen Nachprüfungsantrag ab (Spruchpunkt I.) und sprach aus, dass die revisionswerbende Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und die Revision zulässig sei (Spruchpunkt III.). Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht) diesen Nachprüfungsantrag ab (Spruchpunkt römisch eins.) und sprach aus, dass die revisionswerbende Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt römisch zwei.) und die Revision zulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

6

Begründend führte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren wesentlich - aus, gegen den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei und andere Personen werde unter anderem „wegen des Verdachtes gemäß §§ 146 ff bzw. 153, 12 StGB u.a.“ (Betrug und Untreue) seitens des Bundesamts für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK) seit Jahren ermittelt. Nach ausreichender Klärung des Sachverhalts und des Tatverdachtes seien seitens des BAK hinsichtlich der diversen Faktenkreise und Tatzeiten Abschlussberichte erstattet worden. Betreffend der von der mitbeteiligten Partei erhobenen Vorwürfe liege dem Verwaltungsgericht „insbesondere der ... Abschlussbericht vom 22.7.2017 vor“. Darin werde unter anderem der Verdacht dargestellt, dass der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei in den Jahren 2011 bis 2013 in dieser Funktion in Vergabeverfahren einer näher genannten Krankenanstalt andere Unternehmen veranlasst habe, von ihm bzw. seinem Vater kalkulierte Angebote auf deren Briefpapier und unter deren Namen einzureichen, um von der revisionswerbenden Partei tatsächlich erbrachte Leistungen, für die Vergabeverfahren durchgeführt worden seien, nachträglich zu rechtfertigen. Aus dem gleichen Grund seien von diesen Unternehmen auf Veranlassung des Geschäftsführers der revisionswerbenden Partei Rechnungen für Arbeiten gelegt worden, die nicht von diesen Unternehmen, sondern von der revisionswerbenden Partei erbracht worden seien. Dadurch sei bei der Auftraggeberin ein im Abschlussbericht näher ausgeführter Schaden entstanden. Als Beweis für diese Verdachtsmomente werde in diesem Abschlussbericht unter anderem auf die Beschuldigtenvernehmung des Geschäftsführers N.N. der XY GmbH verwiesen. Ebenso gehe aus dem Abschlussbericht hervor, dass der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei anlässlich seiner Beschuldigteneinvernahme von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe. Zum Entscheidungszeitpunkt sei das strafrechtliche Verfahren gegen den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei seitens der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) weder eingestellt worden noch sei Anklage erhoben worden. Begründend führte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren wesentlich - aus, gegen den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei und andere Personen werde unter anderem „wegen des Verdachtes gemäß Paragraphen 146, ff bzw. 153, 12 StGB u.a.“ (Betrug und Untreue) seitens des Bundesamts für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK) seit Jahren ermittelt. Nach ausreichender Klärung des Sachverhalts und des Tatverdachtes seien seitens des BAK hinsichtlich der diversen Faktenkreise und Tatzeiten Abschlussberichte erstattet worden. Betreffend der von der mitbeteiligten Partei erhobenen Vorwürfe liege dem Verwaltungsgericht „insbesondere der ... Abschlussbericht vom 22.7.2017 vor“. Darin werde unter anderem der Verdacht dargestellt, dass der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei in den Jahren 2011 bis 2013 in dieser Funktion in Vergabeverfahren einer näher genannten Krankenanstalt andere Unternehmen veranlasst habe, von ihm bzw. seinem Vater kalkulierte Angebote auf deren Briefpapier und unter deren Namen einzureichen, um von der revisionswerbenden Partei tatsächlich erbrachte Leistungen, für die Vergabeverfahren durchgeführt worden seien, nachträglich zu rechtfertigen. Aus dem gleichen Grund seien von diesen Unternehmen auf Veranlassung des Geschäftsführers der revisionswerbenden Partei Rechnungen für Arbeiten gelegt worden, die nicht von diesen Unternehmen, sondern von der revisionswerbenden Partei erbracht worden seien. Dadurch sei bei der Auftraggeberin ein im Abschlussbericht näher ausgeführter Schaden entstanden. Als Beweis für diese Verdachtsmomente werde in diesem Abschlussbericht unter anderem auf die Beschuldigtenvernehmung des Geschäftsführers N.N. der XY GmbH verwiesen. Ebenso gehe aus dem Abschlussbericht hervor, dass der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei anlässlich seiner Beschuldigteneinvernahme von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe. Zum Entscheidungszeitpunkt sei das strafrechtliche Verfahren gegen den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei

seitens der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) weder eingestellt worden noch sei Anklage erhoben worden.

Für die Geltendmachung des Ausschlussgrundes nach § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 werde nicht eine restlose Aufklärung von beruflichen Verfehlungen durch die Auftraggeberin selbst gefordert, weil ihr nicht die Ermittlungsmöglichkeiten der Kriminalbehörden zur Verfügung stünden. Die mitbeteiligte Partei habe sich daher zu Recht an die Ermittlungsergebnisse des BAK gehalten und sich durch die Einholung von Aktenabschriften im Zusammenhang mit dem Privatbeteiligtenanschluss der Stadt Wien vom Ermittlungsstand Kenntnis verschafft. Für die Geltendmachung des Ausschlussgrundes nach Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 werde nicht eine restlose Aufklärung von beruflichen Verfehlungen durch die Auftraggeberin selbst gefordert, weil ihr nicht die Ermittlungsmöglichkeiten der Kriminalbehörden zur Verfügung stünden. Die mitbeteiligte Partei habe sich daher zu Recht an die Ermittlungsergebnisse des BAK gehalten und sich durch die Einholung von Aktenabschriften im Zusammenhang mit dem Privatbeteiligtenanschluss der Stadt Wien vom Ermittlungsstand Kenntnis verschafft.

Während § 254 Abs. 5 Z 1 BVergG 2018 in Bezug auf den Beginn des Zeitraums von höchstens fünf Jahren für den Ausschluss an der Teilnahme am Vergabeverfahren auf eine rechtskräftige Verurteilung abstelle, könne dem Gesetzgeber in Bezug auf § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 nicht unterstellt werden, das darin angesprochene Fehlverhalten des Bieters habe keine strafrechtliche Relevanz. Vielmehr müsse darunter auch der vorliegende Fall subsumiert werden, in dem der Verdacht eines strafrechtlich relevanten Verhaltens eines Bieters bestehe und ein Ermittlungsverfahren zwar eingeleitet worden, aber noch kein Urteil ergangen sei. Andernfalls müsste in einem Fall umfangreicher und schwerwiegender Verdachtsmomente gegen einen Bieter dieser selbst bei Vorliegen stichhaltiger Beweise zum Vergabeverfahren nur deshalb zugelassen und gegebenenfalls mit diesem ein Vertrag geschlossen werden, obwohl die Auftraggeberin aufgrund der Beweise vom Vorliegen eines schweren beruflichen Fehlverhaltens überzeugt sei, weil das Strafverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Während Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG 2018 in Bezug auf den Beginn des Zeitraums von höchstens fünf Jahren für den Ausschluss an der Teilnahme am Vergabeverfahren auf eine rechtskräftige Verurteilung abstelle, könne dem Gesetzgeber in Bezug auf Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 nicht unterstellt werden, das darin angesprochene Fehlverhalten des Bieters habe keine strafrechtliche Relevanz. Vielmehr müsse darunter auch der vorliegende Fall subsumiert werden, in dem der Verdacht eines strafrechtlich relevanten Verhaltens eines Bieters bestehe und ein Ermittlungsverfahren zwar eingeleitet worden, aber noch kein Urteil ergangen sei. Andernfalls müsste in einem Fall umfangreicher und schwerwiegender Verdachtsmomente gegen einen Bieter dieser selbst bei Vorliegen stichhaltiger Beweise zum Vergabeverfahren nur deshalb zugelassen und gegebenenfalls mit diesem ein Vertrag geschlossen werden, obwohl die Auftraggeberin aufgrund der Beweise vom Vorliegen eines schweren beruflichen Fehlverhaltens überzeugt sei, weil das Strafverfahren noch nicht abgeschlossen sei.

Ein Abschlussbericht gemäß § 100 StPO stelle keine bloße Auflistung von Ermittlungsergebnissen dar, sondern müsse wegen seiner gesetzlich vorgesehenen Funktion als Grundlage für die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über das weitere Vorgehen einem hohen Qualitätsanspruch hinsichtlich Ermittlungstiefe und Beweisbarkeit der darin angeführten Vorwürfe genügen. Er könne daher als objektive Grundlage für Feststellungen der Auftraggeberin zum vorgeworfenen Fehlverhalten der revisionswerbenden Partei herangezogen werden. Ein Abschlussbericht gemäß Paragraph 100, StPO stelle keine bloße Auflistung von Ermittlungsergebnissen dar, sondern müsse wegen seiner gesetzlich vorgesehenen Funktion als Grundlage für die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über das weitere Vorgehen einem hohen Qualitätsanspruch hinsichtlich Ermittlungstiefe und Beweisbarkeit der darin angeführten Vorwürfe genügen. Er könne daher als objektive Grundlage für Feststellungen der Auftraggeberin zum vorgeworfenen Fehlverhalten der revisionswerbenden Partei herangezogen werden.

Der Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 stelle den frühestmöglichen Zeitpunkt dar, in dem die öffentliche Sektorenauftraggeberin aufgrund objektiver Gründe zur Überzeugung gelangen habe müssen, dass die revisionswerbende Partei unzuverlässig sei, weil sie durch ihren Geschäftsführer die oben dargestellten Absprachen getroffen und dadurch berufliche Verfehlungen gesetzt habe.

In Bezug auf die Glaubhaftmachung ihrer Zuverlässigkeit trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes habe die revisionswerbende Partei insofern organisatorische Maßnahmen getroffen, als sie einen zweiten Geschäftsführer bestellt habe und der bisherige Geschäftsführer, gegen den wegen dem beschriebenen Verdacht ermittelt werde, nicht mehr alleine nach außen vertretungsbefugt sei. Ebenso habe die revisionswerbende Partei diverse

Ausbildungsmaßnahmen ihrer entscheidungsbefugten Mitarbeiter hinsichtlich Zivil-, Vergabe- und Kartellrecht sowie Compliance und „eine entsprechend[e] Zertifizierung der Geschäftsführer und eines Mitarbeiters veranlasst“. Des Weiteren habe sie eine Änderung des Abrechnungssystems durchgeführt, „wodurch ein Abweichen der verrechneten von den bestellten Mengen verhindert und die Abrechnung nachvollziehbar gestaltet werden“ solle. Schließlich habe sich die revisionswerbende Partei verpflichtet, jeglichen von einem Gericht rechtskräftig festgestellten Schaden zu bezahlen.

Bei den gegen den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei aufgrund der strafbehördlichen Ermittlungen bestehenden Vorwürfen unter anderem in Bezug auf den Verdacht des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs handle es sich um keine geringfügigen Übertretungen einschlägiger Rechtsvorschriften.

Die Ausbildungs- und Zertifizierungsmaßnahmen der revisionswerbenden Partei dienten zwar der Verhinderung von Übertretungen des Kartellrechts bzw. der Einhaltung der an Bieter gerichteten vergaberechtlichen Vorschriften durch deren entscheidungsbefugte Mitarbeiter. Ebenso sei die Optimierung des Abrechnungssystems sinnvoll, um Widersprüche und Ungereimtheiten bei der Erstellung und Bezahlung von Rechnungen für von der revisionswerbenden Partei erbrachte Leistungen zu verhindern. Diese Maßnahmen seien „jedoch nur bedingt geeignet“, dem Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei vorgeworfene Malversationen künftig hintanzuhalten, „zumal diese zwangsläufig mit einer vorsätzlichen bzw. absichtlichen Täuschung der jeweiligen Auftraggeberin einhergehen“ hätten müssen. Die Bestellung eines zweiten Geschäftsführers solle zwar nach außen eine Kontrolle der Geschäftstätigkeit der revisionswerbenden Partei sicherstellen. Der bisherige nunmehr mit dem zweiten Geschäftsführer nach außen vertretungsbefugte Geschäftsführer habe „weiterhin einen nicht unbedeutenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit“ der revisionswerbenden Partei. Es könnten die dem Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei vorgeworfenen vorsätzlichen Handlungen „auch in der aktuellen Konstellation nicht ausgeschlossen werden“.

Schließlich sei bei der Beurteilung der Selbstreinigungsmaßnahmen seitens der Auftraggeberin zu berücksichtigen, dass die revisionswerbende Partei das Vorhandensein eines Schadens bei der Auftraggeberin „rundweg“ abstreite und sich der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei im strafbehördlichen Ermittlungsverfahren der Aussage entschlage.

Die Beurteilung der von der revisionswerbenden Partei gesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen durch die Auftraggeberin als unzureichend, sei daher nachvollziehbar.

Nachdem bereits deshalb die Ausschlussgründe des § 249 Abs. 2 Z 3 und 4 BVergG 2018 vorgelegen seien, sei „auf den Vorwurf weiterer beruflicher Verfehlungen im Zusammenhang mit Falschabrechnungen von Materialeinkäufen“ nicht näher einzugehen. Nachdem bereits deshalb die Ausschlussgründe des Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 3, und 4 BVergG 2018 vorgelegen seien, sei „auf den Vorwurf weiterer beruflicher Verfehlungen im Zusammenhang mit Falschabrechnungen von Materialeinkäufen“ nicht näher einzugehen.

7

Den Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht mit fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage, wann das „betreffende Ereignis“ gemäß § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 anzusetzen sei, wenn gegen einen „Unternehmer“ noch keine rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidung über die strafrechtlich relevanten Vorwürfe gegen ihn getroffen worden sei, sondern strafbehördliche Ermittlungen noch anhängig seien. Den Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht mit fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage, wann das „betreffende Ereignis“ gemäß Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 anzusetzen sei, wenn gegen einen „Unternehmer“ noch keine rechtskräftige strafgerichtliche Entscheidung über die strafrechtlich relevanten Vorwürfe gegen ihn getroffen worden sei, sondern strafbehördliche Ermittlungen noch anhängig seien.

8

Dagegen richtet sich die vorliegende ordentliche Revision. Die mitbeteiligte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung die Zurückweisung, in eventu Abweisung der Revision gegen Aufwandersatz. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

9

Die Revision ist zu der vom Verwaltungsgericht dargelegten Rechtsfrage zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Rechtslage

Unionsrecht

10

Erwägungsgrund 106 und Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243, lauten auszugsweise: Erwägungsgrund 106 und Artikel 80, der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, Amtsblatt, L 94 vom 28.3.2014, S. 243, lauten auszugsweise:

„(106) Auftraggeber sollten ferner die Möglichkeit erhalten, Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, beispielsweise wegen Verstoßes gegen umwelt- oder sozialrechtliche Verpflichtungen, einschließlich Vorschriften zur Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen, oder wegen anderer Formen schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln oder Rechten des geistigen Eigentums. Es sollte klargestellt werden, dass schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten die Integrität eines Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellen und dazu führen kann, dass er - auch wenn er ansonsten über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Auftragsausführung verfügen würde - als für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ungeeignet betrachtet wird.

Da der Auftraggeber für die Folgen ihrer möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, sollte es ihr auch freistehen, - sofern die nationalen Rechtsvorschriften nichts anderes vorsehen - ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten zu konstatieren, wenn sie vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe gleich auf welche geeignete Weise nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Pflichten, unter anderem diejenigen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen, verstoßen hat. Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen oder Aufträgen für andere Auftraggeber im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, z. B. Lieferungs- oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein.

Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollte insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.

...

Artikel 80

In der Richtlinie 2014/24/EU festgelegte Ausschlussgründe und Auswahlkriterien

(1) Die objektiven Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Wirtschaftsteilnehmern, die eine Qualifizierung im Rahmen eines Qualifizierungssystems beantragen, und die objektiven Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Bewerbern und Bietern in offenen Verfahren, nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen oder Innovationspartnerschaften können die in Artikel 57 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Ausschlussgründe zu den dort festgelegten Bedingungen beinhalten.

...

Wenn die Mitgliedstaaten dies vorschreiben, beinhalten diese Kriterien und Vorschriften überdies die in Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Ausschlussgründe zu den dort festgelegten Bedingungen.

...“

11

Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65, lautet auszugsweise: Artikel 57, der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Amtsblatt , L 94 vom 28.3.2014, S. 65, lautet auszugsweise:

„Artikel 57

Ausschlussgründe

...

(4) Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden:

...

c)

der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise nachweisen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt;

d)

der öffentliche Auftraggeber verfügt über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen;

...

(5) Die öffentlichen Auftraggeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens aus, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in den Absätzen 1 und 2 genannten Situationen befindet.

Zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens können die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen oder von den Mitgliedstaaten zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet werden, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in Absatz 4 genannten Situation befindet.

(6) Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindet, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.

Die von den Wirtschaftsteilnehmern ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewertet. Werden die Maßnahmen als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung.

...

(7) Die Mitgliedstaaten legen durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels fest. Sie bestimmen insbesondere den höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses für den Fall, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Maßnahmen gemäß Absatz 6 zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit ergreift. Wurde kein Ausschlusszeitraum nicht durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgelegt, so darf dieser Zeitraum in den in Absatz 1 genannten Fällen fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und in den in Absatz 4 genannten Fällen drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten.“

Nationales Recht

Die §§ 249 und 254 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018), in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65, lauten auszugsweise wie folgt: Die Paragraphen 249, und 254 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018), in der Stammfassung Bundesgesetzblatt, I Nr. 65, lauten auszugsweise wie folgt:

„Ausschlussgründe

§ 249. (1) ...Paragraph 249, (1) ...

(2) Der Sektorenauftraggeber kann - unbeschadet der Abs. 4 bis 6 - einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn (2) Der Sektorenauftraggeber kann - unbeschadet der Absatz 4 bis 6 - einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn

...

3.

der Sektorenauftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den Sektorenauftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen, oder

4.

der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, begangen hat, die vom Sektorenauftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde, oder

...

Legt der Sektorenauftraggeber fest, dass der Unternehmer bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß den Z 3, 4, 6, 7, 9 oder 10 von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist, so hat er einen Unternehmer, der keine natürliche Person ist, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn diese Ausschlussgründe in Bezug auf eine Person erfüllt sind, die Mitglied im Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist. Legt der Sektorenauftraggeber fest, dass der Unternehmer bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß den Ziffer 3, 4, 6, 7, 9, oder 10 von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist, so hat er einen Unternehmer, der keine natürliche Person ist, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn diese Ausschlussgründe in Bezug auf eine Person erfüllt sind, die Mitglied im Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist.

(3) Der öffentliche Sektorenauftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 4 bis 6 - einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dieser einen der in Abs. 2 angeführten Ausschlussgründe erfüllt. (3) Der öffentliche Sektorenauftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 4, bis 6 - einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dieser einen der in Absatz 2, angeführten Ausschlussgründe erfüllt.

...

Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 254. (1) Der Sektorenauftraggeber hat der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 253 Abs. 1 bzw. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 253 Abs. 3 eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 249 Abs. 1 oder 2 Z 5 lit. a vorliegt oder erlangt der Sektorenauftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 248 Abs. 1 oder § 249 Abs. 1 oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 249 Abs. 4 bis 6 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist. Paragraph 254, (1) Der Sektorenauftraggeber hat der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß Paragraph 253, Absatz eins, bzw. 2 verlangten Nachweise und die gemäß Paragraph 253, Absatz 3, eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des Paragraph 249, Absatz eins, oder 2 Ziffer 5, Litera a, vorliegt oder erlangt der Sektorenauftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 248, Absatz eins, oder Paragraph 249, Absatz eins, oder 2 nachweislich Kenntnis,

so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des Paragraph 249, Absatz 4, bis 6 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.

(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Absatz eins, letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:

1.

er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat,

2.

er umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat, und

3.

er effektive Maßnahmen wie

a)

die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder

b)

die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften, oder

c)

die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften gesetzt hat.

(3) Der Sektorenauftraggeber hat die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. ...

...

(5) Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den §§ 248 oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Abs. 2 und 3 ergriffen, so darf er - unbeschadet des Abs. 4 -(5) Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den Paragraphen 248, oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Absatz 2, und 3 ergriffen, so darf er - unbeschadet des Absatz 4, -

1.

bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 249 Abs. 1 höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 249, Absatz eins, höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder

2.

bei Vorliegen eines sonstigen vom Sektorenauftraggeber vorgesehenen Ausschlussgrundes höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis
von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.“

Vorbemerkung

13

Der Ausschluss eines Unternehmers von der Teilnahme am Vergabeverfahren durch den Sektorenauftraggeber gemäß § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 setzt einerseits voraus, dass eine „schwere Verfehlung“ - objektivierbar - vorliegt andererseits, dass diese schwere Verfehlung bereits vom Sektorenauftraggeber festgestellt wurde (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0234, sowie 8.10.2010, 2009/04/0214, jeweils zur vergleichbaren Bestimmung des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006).Der Ausschluss eines Unternehmers von der Teilnahme am Vergabeverfahren durch den

Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 setzt einerseits voraus, dass eine „schwere Verfehlung“ - objektivierbar - vorliegt andererseits, dass diese schwere Verfehlung bereits vom Sektorenauftraggeber festgestellt wurde vergleiche , VwGH 18.3.2009, 2007/04/0234, sowie 8.10.2010, 2009/04/0214, jeweils zur vergleichbaren Bestimmung des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006).

14

Die mitbeteiligte Partei begründete den Ausschluss des Angebots der revisionswerbenden Partei unter anderem mit dem Vorliegen einer schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei iSd § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 in Bezug auf die Bestimmung anderer Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2013 durch den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei zur Einreichung von Scheinangeboten bzw. Legung von Scheinrechnungen in Vergabeverfahren einer näher genannten Wiener Krankenanstalt zum Schaden der Auftraggeberin, gestützt auf den Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 und die dort angeführten Beweise. Das Verwaltungsgericht bestätigte im angefochtenen Erkenntnis insofern die Ausscheidensentscheidung. Die mitbeteiligte Partei begründete den Ausschluss des Angebots der revisionswerbenden Partei unter anderem mit dem Vorliegen einer schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 in Bezug auf die Bestimmung anderer Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2013 durch den Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei zur Einreichung von Scheinangeboten bzw. Legung von Scheinrechnungen in Vergabeverfahren einer näher genannten Wiener Krankenanstalt zum Schaden der Auftraggeberin, gestützt auf den Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 und die dort angeführten Beweise. Das Verwaltungsgericht bestätigte im angefochtenen Erkenntnis insofern die Ausscheidensentscheidung.

15

Der nachweislichen Feststellung einer der revisionswerbenden Partei zurechenbaren Begehung einer schweren Verfehlung iSd § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 durch die mitbeteiligte Partei wird in der Revision nicht mehr entgegengetreten. Vielmehr beschränkt sich das Revisionsvorbringen auf den Einwand des Ablaufs der gemäß § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 dreijährigen Frist für den Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren wegen der von der mitbeteiligten Partei festgestellten und als Ausschlussgrund geltend gemachten schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei bzw. auf den Einwand des Nachweises der Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit der revisionswerbenden Partei trotz Bestehen des Ausschlussgrundes. Auf die nachweisliche Feststellung einer der revisionswerbenden Partei zurechenbaren Begehung einer schweren Verfehlung iSd § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 durch die mitbeteiligte Partei im Zusammenhang mit der Einreichung von Scheinangeboten bzw. Legung von Scheinrechnungen in Vergabeverfahren zu Lasten der Auftraggeberin an sich ist daher in weiterer Folge nicht mehr einzugehen. Der nachweislichen Feststellung einer der revisionswerbenden Partei zurechenbaren Begehung einer schweren Verfehlung iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 durch die mitbeteiligte Partei wird in der Revision nicht mehr entgegengetreten. Vielmehr beschränkt sich das Revisionsvorbringen auf den Einwand des Ablaufs der gemäß Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 dreijährigen Frist für den Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren wegen der von der mitbeteiligten Partei festgestellten und als Ausschlussgrund geltend gemachten schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei bzw. auf den Einwand des Nachweises der Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit der revisionswerbenden Partei trotz Bestehen des Ausschlussgrundes. Auf die nachweisliche Feststellung einer der revisionswerbenden Partei zurechenbaren Begehung einer schweren Verfehlung iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 durch die mitbeteiligte Partei im Zusammenhang mit der Einreichung von Scheinangeboten bzw. Legung von Scheinrechnungen in Vergabeverfahren zu Lasten der Auftraggeberin an sich ist daher in weiterer Folge nicht mehr einzugehen.

„Betreffendes Ereignis“ iSd § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018, „Betreffendes Ereignis“ iSd Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018

16

Die Revision bringt zusammengefasst vor, es könne in Fällen anhängiger strafrechtlicher Ermittlungen, die noch zu keiner Anklage geführt hätten, das „betreffende Ereignis“ iSd § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 durch die Kenntnisnahme des Auftraggebers von der Aufnahme der Ermittlungstätigkeit definiert sein. Die Aufnahme der Ermittlungstätigkeit gegen einen Beschuldigten setze einen „hinreichenden Tatverdacht“ voraus. Ein „solcher hinreichender Tatverdacht“ iSd § 50 Abs. 1 StPO“ entspreche daher einem „hinreichend plausiblen Anhaltspunkt“ für die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden. Ein Abstellen auf einen späteren Zeitpunkt, vor allem auf „(irgend-)einen Abschlussbericht“ im laufenden Ermittlungsverfahren könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, weil ansonsten stets ein

Abschlussbericht gemäß § 100 Abs. 2 StPO abgewartet werden müsste. Dem Auftraggeber wäre damit untersagt, ein Unternehmen trotz Kenntnis eines Tatverdachts ohne Abschlussbericht aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Im Übrigen könnten im Zuge eines Ermittlungsverfahrens mehrere Abschlussberichte erfolgen. Zum Zwecke der Rechtssicherheit könne die mitbeteiligte Partei den Zeitpunkt des betreffenden Ereignisses nicht selbst wählen oder auf einen willkürlichen Ermittlungsschritt abstellen. Unrichtig sei die Ansicht des Verwaltungsgerichts, wonach die mitbeteiligte Partei „aufgrund objektiver Gründe zur Überzeugung“ der Unzuverlässigkeit gelangen müsse. Das Abstellen auf eine „objektive Überzeugung“ ohne vorangegangene rechtskräftige Verurteilung würde dazu führen, dass im vergaberechtlichen Kontext die Unschuldsvermutung nicht gelten solle. Davon sei nicht auszugehen. Berichte der Ermittlungsbehörden seien im Hinblick auf die Unschuldsvermutung nicht als „objektive“ Gründe heranzuziehen. Die Revision bringt zusammengefasst vor, es könne in Fällen anhängiger strafrechtlicher Ermittlungen, die noch zu keiner Anklage geführt hätten, das „betreffende Ereignis“ iSd Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 durch die Kenntnisnahme des Auftraggebers von der Aufnahme der Ermittlungstätigkeit definiert sein. Die Aufnahme der Ermittlungstätigkeit gegen einen Beschuldigten setze einen „hinreichenden Tatverdacht“ voraus. Ein „solcher hinreichender Tatverdacht iSd Paragraph 50, Absatz eins, StPO“ entspreche daher einem „hinreichend plausiblen Anhaltspunkt“ für die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden. Ein Abstellen auf einen späteren Zeitpunkt, vor allem auf „(irgend-)einen Abschlussbericht“ im laufenden Ermittlungsverfahren könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, weil ansonsten stets ein Abschlussbericht gemäß Paragraph 100, Absatz 2, StPO abgewartet werden müsste. Dem Auftraggeber wäre damit untersagt, ein Unternehmen trotz Kenntnis eines Tatverdachts ohne Abschlussbericht aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Im Übrigen könnten im Zuge eines Ermittlungsverfahrens mehrere Abschlussberichte erfolgen. Zum Zwecke der Rechtssicherheit könne die mitbeteiligte Partei den Zeitpunkt des betreffenden Ereignisses nicht selbst wählen oder auf einen willkürlichen Ermittlungsschritt abstellen. Unrichtig sei die Ansicht des Verwaltungsgerichts, wonach die mitbeteiligte Partei „aufgrund objektiver Gründe zur Überzeugung“ der Unzuverlässigkeit gelangen müsse. Das Abstellen auf eine „objektive Überzeugung“ ohne vorangegangene rechtskräftige Verurteilung würde dazu führen, dass im vergaberechtlichen Kontext die Unschuldsvermutung nicht gelten solle. Davon sei nicht auszugehen. Berichte der Ermittlungsbehörden seien im Hinblick auf die Unschuldsvermutung nicht als „objektive“ Gründe heranzuziehen.

Zum konkreten Vorwurf gebe es zahlreiche, der mitbeteiligten Partei durch regelmäßige Akteneinsichten bekannte Ermittlungsergebnisse der WKStA und des BAK, wie etwa die Aussage des Geschäftsführers N.N. der XY GmbH vom 21. Dezember 2015 und ein Zwischenbericht gemäß § 100 Abs. 2 Z 3 StPO vom 4. Februar 2016, in welchem die vermeintlichen Schein- bzw. Deckungsangebote detailliert aufgelistet seien. Gemäß § 100 Abs. 2 StPO müsse auch ein Zwischenbericht eine zusammenfassende Sachverhaltsdarstellung enthalten. Insofern müsse die mitbeteiligte Partei mit dem Zwischenbericht im Wege ihrer am 11. April 2016 beantragten Akteneinsicht bereits eine ausreichende Sachverhaltsdarstellung zur Kenntnis erhalten haben und ab diesem Zeitpunkt hinlänglich informiert worden sein. Zum konkreten Vorwurf gebe es zahlreiche, der mitbeteiligten Partei durch regelmäßige Akteneinsichten bekannte Ermittlungsergebnisse der WKStA und des BAK, wie etwa die Aussage des Geschäftsführers N.N. der XY GmbH vom 21. Dezember 2015 und ein Zwischenbericht gemäß Paragraph 100, Absatz 2, Ziffer 3, StPO vom 4. Februar 2016, in welchem die vermeintlichen Schein- bzw. Deckungsangebote detailliert aufgelistet seien. Gemäß Paragraph 100, Absatz 2, StPO müsse auch ein Zwischenbericht eine zusammenfassende Sachverhaltsdarstellung enthalten. Insofern müsse die mitbeteiligte Partei mit dem Zwischenbericht im Wege ihrer am 11. April 2016 beantragten Akteneinsicht bereits eine ausreichende Sachverhaltsdarstellung zur Kenntnis erhalten haben und ab diesem Zeitpunkt hinlänglich informiert worden sein.

Unabhängig davon, ob die mitbeteiligte Partei schon mit der Kenntnis von der Einleitung des Ermittlungsverfahrens oder erst mit Kenntnis vom Zwischenbericht vom 4. Februar 2016 über den konkreten Vorwurf von Schein- bzw. Deckungsangeboten Dritter in einem Vergabeverfahren zu Lasten der Auftraggeberin „hinlänglich plausible Anhaltspunkte“ für einen Ausschluss erkannt haben möge, sei der dreijährige Zeitraum gemäß § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 bis zum Ende der Angebotsfrist am 16. Oktober 2019 jedenfalls bereits abgelaufen gewesen. Im Gegensatz dazu knüpfe das Verwaltungsgericht zu Unrecht und willkürlich an den Zeitpunkt des Abschlussberichts des BAK vom 22. November 2017 an. Unabhängig davon, ob die mitbeteiligte Partei schon mit der Kenntnis von der Einleitung des Ermittlungsverfahrens oder erst mit Kenntnis vom Zwischenbericht vom 4. Februar 2016 über den konkreten Vorwurf von Schein- bzw. Deckungsangeboten Dritter in einem Vergabeverfahren zu Lasten der Auftraggeberin „hinlänglich plausible Anhaltspunkte“ für einen Ausschluss erkannt haben möge, sei der

dreijährige Zeitraum gemäß Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 bis zum Ende der Angebotsfrist am 16. Oktober 2019 jedenfalls bereits abgelaufen gewesen. Im Gegensatz dazu knüpfte das Verwaltungsgericht zu Unrecht und willkürlich an den Zeitpunkt des Abschlussberichts des BAK vom 22. November 2017 an.

Das Verwaltungsgericht habe die Aussage des Geschäftsführers N.N. der XY GmbH und den Sachverhalt des Zwischenberichts vom 4. Februar 2016 nicht berücksichtigt und auch sonst trotz entsprechenden Vorbringens der revisionswerbenden Partei in ihrer Replik vom 4. Februar 2020 keine weiteren Erhebungen zum Kenntnisstand der mitbeteiligten Partei über hinlänglich plausible Anhaltspunkte vorgenommen. Insbesondere hätte das Verwaltungsgericht im Zuge ihres Auskunftsersuchens an die WKStA vom 15. Jänner 2020 diese um weitere Auskunft ersuchen müssen, ob der konkrete Vorwurf der mitbeteiligten Partei bereits mit dem Zwischenbericht vom 4. Februar 2016 umfassend zur Kenntnis gebracht worden sei.

17

Demgegenüber verwies die mitbeteiligte Partei in ihrer Revisionsbeantwortung auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 24. Oktober 2018, Vossloh Laeis, C-124/17, wonach (im dortigen Verfahren) der Ausschlusszeitraum von drei Jahren nicht ab der Kartellbeteiligung zu berechnen sei, sondern ab dem Datum, an dem die zuständige Behörde einen Verstoß durch das Verhalten des Unternehmers festgestellt habe.

Öffentliche Auftraggeber seien berechtigt, auch selbständig das Vorliegen plausibler Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen festzustellen bzw. solche vor einer rechtskräftigen behördlichen Entscheidung im Rahmen ihrer Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach der Auslegung des EuGH sei der Zeitpunkt als „betreffendes Ereignis“ anzusetzen, in dem der öffentliche Auftraggeber „zuverlässige Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten“ gehabt habe bzw. „über hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür verfüge, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen habe, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen. An den hinreichenden Tatverdacht iSd § 1 Abs. 2 StPO anzuknüpfen, sei unzulässig. Während die strafrechtliche Konkretisierung des Tatverdachtes zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens führe und weitere Erhebungen nach sich ziehe, führten „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ iSd § 249 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 zu einer endgültigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers. Deshalb sei eine zuverlässige Kenntnis vom rechtswidrigen Verhalten erforderlich. Öffentliche Auftraggeber seien berechtigt, auch selbständig das Vorliegen plausibler Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen festzustellen bzw. solche vor einer rechtskräftigen behördlichen Entscheidung im Rahmen ihrer Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach der Auslegung des EuGH sei der Zeitpunkt als „betreffendes Ereignis“ anzusetzen, in dem der öffentliche Auftraggeber „zuverlässige Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten“ gehabt habe bzw. „über hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür verfüge, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen habe, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen. An den hinreichenden Tatverdacht iSd Paragraph eins, Absatz 2, StPO anzuknüpfen, sei unzulässig. Während die strafrechtliche Konkretisierung des Tatverdachtes zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens führe und weitere Erhebungen nach sich ziehe, führten „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 zu einer endgültigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers. Deshalb sei eine zuverlässige Kenntnis vom rechtswidrigen Verhalten erforderlich.

Die Informationen im Zwischenbericht des BAK, basierend auf dem Protokoll der ersten Beschuldigtenvernehmung des Geschäftsführers der XY GmbH, N.N., sowie auf den sichergestellten Angeboten der beteiligten Unternehmen und einer Auflistung von Zahlungen einer näher genannten GmbH an die revisionswerbende Partei seien nicht ausreichend, um die vergaberechtlich gebotene objektivierte Feststellung wettbewerbswidriger Absprachen zu treffen. Dies sei erst mit der Sichtung der sichergestellten Buchhaltungsunterlagen bzw. E-Mails der revisionswerbenden Partei möglich gewesen, weil vorliegend zusätzliche Informationsquellen zu einem übereinstimmenden Ergebnis geführt hätten.

18

In Umsetzung des Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU (iVm Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU) setzt § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 die Höchstdauer für den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren wegen eines Ausschlussgrundes gemäß §§ 248 oder 249 leg. cit. und mangels Nachweis der Zuverlässigkeit gemäß § 254 Abs. 2 und 3 leg. cit. mit drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ fest. In Umsetzung des Artikel 57, Absatz 7, der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit , Artikel 80, der Richtlinie 2014/25/EU) setzt Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 die Höchstdauer für den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren wegen eines

Ausschlussgrundes gemäß Paragraphen 248, oder 249 leg. cit. und mangels Nachweis der Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 254, Absatz 2, und 3 leg. cit. mit drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ fest.

19

Die Art des „betreffenden Ereignisses“ und insbesondere der Zeitpunkt seines Eintritts sind weder in Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU geregelt (vgl. EuGH 24.10.2018, Vossloh Laeis, C-124/17, Rn. 37) noch im BVergG 2018. Die Art des „betreffenden Ereignisses“ und insbesondere der Zeitpunkt seines Eintritts sind weder in Artikel 57, Absatz 7, der Richtlinie 2014/24/EU geregelt (vergleiche, EuGH 24.10.2018, Vossloh Laeis, C-124/17, Rn. 37) noch im BVergG 2018.

20

Im Urteil vom 24. Oktober 2018, C-124/17, Vossloh Laeis, Rn. 37 bis 41, legte der EuGH dar, dass „aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit“ der Ausschlusszeitraum von drei Jahren in Bezug auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen eines Wirtschaftsteilnehmers gemäß Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU nicht ab der Kartellbeteiligung, sondern ab dem Datum, an dem die zuständige Behörde einen Verstoß durch das Verhalten festgestellt hat, zu berechnen ist, zumal „das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen erst nach dem Erlass einer solchen Entscheidung, die den Sachverhalt rechtlich entsprechend einordnet, als erwiesen erachtet werden kann“. Der EuGH stellt somit in seiner Auslegung des Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU und des Begriffs „betreffendes Ereignis“ nicht auf das wettbewerbsrechtlich relevante Verhalten im eigentlichen Sinn, sondern auf die rechtliche Feststellung seiner Existenz durch eine Entscheidung der zuständigen Behörde ab, wodurch das Vorliegen des entsprechenden Ausschlussgrundes (nach Art. 57 Abs. 4 lit. d der Richtlinie 2014/24/EU) als erwiesen erachtet werden kann. Im Urteil vom 24. Oktober 2018, C-124/17, Vossloh Laeis, Rn. 37 bis 41, legte der EuGH dar, dass „aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit“ der Ausschlusszeitraum von drei Jahren in Bezug auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen eines Wirtschaftsteilnehmers gemäß Artikel 57, Absatz 7, der Richtlinie 2014/24/EU nicht ab der Kartellbeteiligung, sondern ab dem Datum, an dem die zuständige Behörde einen Verstoß durch das Verhalten festgestellt hat, zu berechnen ist, zumal „das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen erst nach dem Erlass einer solchen Entscheidung, die den Sachverhalt rechtlich entsprechend einordnet, als erwiesen erachtet werden kann“. Der EuGH stellt somit in seiner Auslegung des Artikel 57, Absatz 7, der Richtlinie 2014/24/EU und des Begriffs „betreffendes Ereignis“ nicht auf das wettbewerbsrechtlich relevante Verhalten im eigentlichen Sinn, sondern auf die rechtliche Feststellung seiner Existenz durch eine Entscheidung der zuständigen Behörde ab, wodurch das Vorliegen des entsprechenden Ausschlussgrundes (nach Artikel 57, Absatz 4, Litera d, der Richtlinie 2014/24/EU) als erwiesen erachtet werden kann.

21

Demnach ist der Begriff des „betreffenden Ereignisses“ in Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU sowie in der vorliegend maßgeblichen Bestimmung des § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 als Beginn des dreijährigen Ausschlusszeitraums in Verbindung mit dem Vorliegen des jeweils herangezogenen Ausschlussgrundes iSd Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des § 249 Abs. 2 BVergG 2018 zu betrachten. Das „betreffende Ereignis“ und somit der Beginn des Ausschlusszeitraums kann erst mit dem Zeitpunkt angenommen werden, zu dem der Auftraggeber den jeweils in Betracht kommenden Ausschlussgrund geltend machen kann. Je nach dem Tatbestand des § 249 Abs. 2 BVergG 2018 ist der Beginn des Ausschlusszeitraums differenziert zu betrachten (vgl. die Erläuterungen in RV 69 BlgNR 26. GP 110). Demnach ist der Begriff des „betreffenden Ereignisses“ in Artikel 57, Absatz 7, der Richtlinie 2014/24/EU sowie in der vorliegend maßgeblichen Bestimmung des Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 als Beginn des dreijährigen Ausschlusszeitraums in Verbindung mit dem Vorliegen des jeweils herangezogenen Ausschlussgrundes iSd Artikel 57, Absatz 4, der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des Paragraph 249, Absatz 2, BVergG 2018 zu betrachten. Das „betreffende Ereignis“ und somit der Beginn des Ausschlusszeitraums kann erst mit dem Zeitpunkt angenommen werden, zu dem der Auftraggeber den jeweils in Betracht kommenden Ausschlussgrund geltend machen kann. Je nach dem Tatbestand des Paragraph 249, Absatz 2, BVergG 2018 ist der Beginn des Ausschlusszeitraums differenziert zu betrachten (vergleiche, die Erläuterungen in Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 110,).

22

Vorliegend hat die mitbeteiligte Partei ihre Ausscheidensentscheidung unter anderem auf den hier maßgeblichen

Ausschlussgrund des § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 wegen einer schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei in Vergabeverfahren einer näher genannten Wiener Krankenanstalt zum Schaden der Auftraggeberin gestützt. Wie bereits in Rn. 13 ausgeführt, setzt dieser Ausschlussgrund nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht nur das – objektivierbare – Vorliegen einer „schweren Verfehlung“ voraus, sondern auch den Nachweis deren Begehung auf geeignete Weise durch den Sektorenauftraggeber. Dementsprechend ist das Vorliegen des „betreffenden Ereignisses“ und somit der Beginn des dreijährigen Ausschlusszeitraums in Bezug auf den Ausschlussgrund des § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 erst mit dem geeigneten Nachweis der Begehung einer schweren Verfehlung durch den Sektorenauftraggeber anzunehmen. Vorliegend hat die mitbeteiligte Partei ihre Ausscheidensentscheidung unter anderem auf den hier maßgeblichen Ausschlussgrund des Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 wegen einer schweren Verfehlung der revisionswerbenden Partei in Vergabeverfahren einer näher genannten Wiener Krankenanstalt zum Schaden der Auftraggeberin gestützt. Wie bereits in Rn. 13 ausgeführt, setzt dieser Ausschlussgrund nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht nur das – objektivierbare – Vorliegen einer „schweren Verfehlung“ voraus, sondern auch den Nachweis deren Begehung auf geeignete Weise durch den Sektorenauftraggeber. Dementsprechend ist das Vorliegen des „betreffenden Ereignisses“ und somit der Beginn des dreijährigen Ausschlusszeitraums in Bezug auf den Ausschlussgrund des Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 erst mit dem geeigneten Nachweis der Begehung einer schweren Verfehlung durch den Sektorenauftraggeber anzunehmen.

23

Wie der Nachweis für eine schwere Verfehlung zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht explizit geregelt (vgl. VwGH 8.10.2010, 2009/04/0214, noch zu § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006). Es muss sich grundsätzlich um einen objektivierbaren Nachweis handeln (vgl. VwGH 28.6.2022, Ra 2021/04/0067 bis 0069, Rn. 27, mit Hinweis auf VwGH 2009/04/0214 sowie auf die Erläuterungen in RV 69 BlgNR 26. GP 97 f, wonach an diesen Nachweis bezüglich seiner Objektivierbarkeit strenge Kriterien zu legen sind). Wie der Nachweis für eine schwere Verfehlung zu erfolgen hat, ist im Gesetz nicht explizit geregelt vergleiche , VwGH 8.10.2010, 2009/04/0214, noch zu Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006). Es muss sich grundsätzlich um einen objektivierbaren Nachweis handeln vergleiche , VwGH 28.6.2022, Ra 2021/04/0067 bis 0069, Rn. 27, mit Hinweis auf VwGH 2009/04/0214 sowie auf die Erläuterungen in Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 97, f, wonach an diesen Nachweis bezüglich seiner Objektivierbarkeit strenge Kriterien zu legen sind).

24

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13. Dezember 2012, C-465/11, Forposta und ABC Direct Contact, festgehalten, dass es für die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung (im Sinn der damals maßgeblichen Richtlinienbestimmung des Art. 45 Abs. 2 lit. d der Richtlinie 2004/18/EG) keines rechtskräftigen Urteils bedürfe (Rn. 28). Allerdings hat der EuGH in diesem Urteil ebenso dargelegt, dass sich eine schwere berufliche Verfehlung üblicherweise auf ein Verhalten bezieht, das auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt, und dass die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Unternehmers erfordert (Rn. 30 f). Der EuGH hat anerkannt, dass eine Gerichtsentscheidung, selbst wenn sie noch nicht rechtskräftig ist, je nach ihrem Gegenstand für den Auftraggeber ein geeigneter Nachweis zur Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung sein kann (siehe EuGH 20.12.2017, C-178/16, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani und Guerrato, Rn. 47). Die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde betreffend die Verletzung von Wettbewerbsregeln kann zwar einen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer schweren Verfehlung darstellen, sie kann aber nicht zu einem automatischen Ausschluss des Unternehmers führen (vgl. EuGH 4.6.2019, C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, Rn. 32, 34). Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13. Dezember 2012, C-465/11, Forposta und ABC Direct Contact, festgehalten, dass es für die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung (im Sinn der damals maßgeblichen Richtlinienbestimmung des Artikel 45, Absatz 2, Litera d, der Richtlinie 2004/18/EG) keines rechtskräftigen Urteils bedürfe (Rn. 28). Allerdings hat der EuGH in diesem Urteil ebenso dargelegt, dass sich eine schwere berufliche Verfehlung üblicherweise auf ein Verhalten bezieht, das auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt, und dass die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Unternehmers erfordert (Rn. 30 f). Der EuGH hat anerkannt, dass eine Gerichtsentscheidung, selbst wenn sie noch nicht rechtskräftig ist, je nach ihrem Gegenstand für den Auftraggeber ein geeigneter Nachweis zur Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung sein kann (siehe EuGH 20.12.2017, C-178/16, Impresa di

Costruzioni Ing. E. Mantovani und Guerrato, Rn. 47). Die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde betreffend die Verletzung von Wettbewerbsregeln kann zwar einen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer schweren Verfehlung darstellen, sie kann aber nicht zu einem automatischen Ausschluss des Unternehmers führen vergleiche , EuGH 4.6.2019, C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, Rn. 32, 34).

25

Demnach kann der (Sektoren)Auftraggeber auch vor (bzw. ohne) einer rechtskräftigen behördlichen bzw. gerichtlichen Entscheidung über das Vorliegen einer schweren Verfehlung diese in geeigneter Form nachweisen (vgl. Erwägungsgrund 106 zur Richtlinie 2014/25/EU). Indem gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Feststellung einer schweren Verfehlung grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers erfordert (vgl. etwa EuGH 4.6.2019, C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, Rn. 34), ist an den auf geeignete Weise zu erbringenden Nachweis einer schweren Verfehlung iSd § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 (Art. 57 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU) ein strenger Maßstab zu richten (vgl. auch Rn. 23). Demnach kann der (Sektoren)Auftraggeber auch vor (bzw. ohne) einer rechtskräftigen behördlichen bzw. gerichtlichen Entscheidung über das Vorliegen einer schweren Verfehlung diese in geeigneter Form nachweisen vergleiche , Erwägungsgrund 106 zur Richtlinie 2014/25/EU). Indem gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Feststellung einer schweren Verfehlung grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers erfordert vergleiche , etwa EuGH 4.6.2019, C-425/18, Consorzio Nazionale Servizi, Rn. 34), ist an den auf geeignete Weise zu erbringenden Nachweis einer schweren Verfehlung iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 (Artikel 57, Absatz 4, Litera c, der Richtlinie 2014/24/EU) ein strenger Maßstab zu richten vergleiche , auch Rn. 23).

26

Vorliegend sah die mitbeteiligte Partei und ihr folgend das Verwaltungsgericht den Nachweis einer der revisionswerbenden Partei zur Last zu legenden schweren Verfehlung im Hinblick auf den Abschlussbericht des BAK gemäß § 100 Abs. 2 Z 4 StPO vom 22. November 2017 in Bezug auf den darin behandelten Faktenkreis als auf geeignete Weise erbracht und somit diesen Abschlussbericht als das „betreffende Ereignis“ iSd § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018. Vorliegend sah die mitbeteiligte Partei und ihr folgend das Verwaltungsgericht den Nachweis einer der revisionswerbenden Partei zur Last zu legenden schweren Verfehlung im Hinblick auf den Abschlussbericht des BAK gemäß Paragraph 100, Absatz 2, Ziffer 4, StPO vom 22. November 2017 in Bezug auf den darin behandelten Faktenkreis als auf geeignete Weise erbracht und somit diesen Abschlussbericht als das „betreffende Ereignis“ iSd Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018.

27

Gemäß § 100 Abs. 2 Z 4 StPO hat die Kriminalpolizei der Staatsanwaltschaft einen Abschlussbericht zu erstellen, wenn und sobald Sachverhalt und Tatverdacht soweit geklärt scheinen, dass eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von Verfolgung, Einstellen oder Abbrechen des Verfahrens ergehen kann. Insofern kann ein solcher kriminalpolizeilicher Abschlussbericht, in dem Sachverhalt und Tatverdacht für eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft über eine Anklage geklärt scheinen, einen geeigneten Nachweis einer schweren Verfehlung darstellen. Gemäß Paragraph 100, Absatz 2, Ziffer 4, StPO hat die Kriminalpolizei der Staatsanwaltschaft einen Abschlussbericht zu erstellen, wenn und sobald Sachverhalt und Tatverdacht soweit geklärt scheinen, dass eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von Verfolgung, Einstellen oder Abbrechen des Verfahrens ergehen kann. Insofern kann ein solcher kriminalpolizeilicher Abschlussbericht, in dem Sachverhalt und Tatverdacht für eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft über eine Anklage geklärt scheinen, einen geeigneten Nachweis einer schweren Verfehlung darstellen.

28

Angesichts dessen, dass der Auftraggeber einerseits die Risiken einschätzen muss, die er unter Umständen eingeht, indem er einen Auftrag an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität oder Zuverlässigkeit vergibt, andererseits für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, reicht in der Regel allein die Aufnahme der Ermittlungstätigkeit durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft gemäß § 1 Abs. 2 StPO zur Aufklärung eines Anfangsverdachts iSd § 1 Abs. 3 StPO (vgl. die Umschreibung in § 1 Abs. 3 StPO: „wenn auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist“) nicht aus, einen geeigneten Nachweis einer schweren Verfehlung darzustellen. Dies gilt ebenso für einen kriminalpolizeilichen Zwischenbericht iSd § 100 Abs. 2 Z 3 StPO, weil die Erstellung eines solchen Berichts ausschließlich darauf abstellt,

dass in einem Verfahren gegen eine bestimmte Person seit der ersten gegen sie gerichteten Ermittlung drei Monate abgelaufen sind, ohne dass berichtet worden ist, oder seit dem letzten Bericht drei Monate vergangen sind, ohne dass Sachverhalt und Tatverdacht bereits soweit geklärt scheinen, dass ein Abschlussbericht erstellt werden könnte. Angesichts dessen, dass der Auftraggeber einerseits die Risiken einschätzen muss, die er unter Umständen eingeht, indem er einen Auftrag an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität oder Zuverlässigkeit vergibt, andererseits für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, reicht in der Regel allein die Aufnahme der Ermittlungstätigkeit durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft gemäß Paragraph eins, Absatz 2, StPO zur Aufklärung eines Anfangsverdachts iSd Paragraph eins, Absatz 3, StPO vergleiche , die Umschreibung in Paragraph eins, Absatz 3, StPO: „wenn auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist“) nicht aus, einen geeigneten Nachweis einer schweren Verfehlung darzustellen. Dies gilt ebenso für einen kriminalpolizeilichen Zwischenbericht iSd Paragraph 100, Absatz 2, Ziffer 3, StPO, weil die Erstellung eines solchen Berichts ausschließlich darauf abstellt, dass in einem Verfahren gegen eine bestimmte Person seit der ersten gegen sie gerichteten Ermittlung drei Monate abgelaufen sind, ohne dass berichtet worden ist, oder seit dem letzten Bericht drei Monate vergangen sind, ohne dass Sachverhalt und Tatverdacht bereits soweit geklärt scheinen, dass ein Abschlussbericht erstellt werden könnte.

29

Die Revision hat fallbezogen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine stichhaltige und objektivierbare Verdachtslage als objektivierbaren Nachweis für die der revisionswerbenden Partei als Ausschlussgrund zur Last gelegten schweren Verfehlungen vor dem Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 dargelegt.

30

Die einzelfallbezogene Beurteilung des Verwaltungsgerichts, wonach für die mitbeteiligte Partei (erst) mit dem Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 bezogen auf die darin dem Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei angelasteten Fakten der geeignete Nachweis einer schweren Verfehlung iSd § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 erbracht war und der dreijährige Ausschlusszeitraum iSd § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 mit diesem Abschlussbericht als „betreffendes Ereignis“ begann, begegnet deshalb keine Bedenken. Die einzelfallbezogene Beurteilung des Verwaltungsgerichts, wonach für die mitbeteiligte Partei (erst) mit dem Abschlussbericht des BAK vom 22. November 2017 bezogen auf die darin dem Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei angelasteten Fakten der geeignete Nachweis einer schweren Verfehlung iSd Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 erbracht war und der dreijährige Ausschlusszeitraum iSd Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 mit diesem Abschlussbericht als „betreffendes Ereignis“ begann, begegnet deshalb keine Bedenken.

Nachweis der Zuverlässigkeit gemäß § 254 Abs. 2 und 3 BVergG 2018 Nachweis der Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 254, Absatz 2, und 3 BVergG 2018

31

Gemäß § 254 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist, unter anderem nachzuweisen, dass er umfassend durch eine effektive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat. Gemäß Paragraph 254, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2018 hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist, unter anderem nachzuweisen, dass er umfassend durch eine effektive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat.

32

Der EuGH hat diesbezüglich in seinem Urteil vom 24. Oktober 2018, C-124/17, Vossloh Laeis, Rn. 29, betreffend den Vorwurf einer Kartellbeteiligung ausgeführt, dass der Bieter insbesondere gehalten ist, den Nachweis zu erbringen, dass er die Tatsachen und Umstände bezüglich des Kartells, an dem er beteiligt war, umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit der für entsprechende Sachverhalte zuständigen Ermittlungsbehörde geklärt hat.

33

Diesen Nachweis hat die revisionswerbende Partei, die im Beschwerdeverfahren noch vorgebracht hat, es sei noch keine Anklage erhoben worden und es stehe nach wie vor lediglich ein unbewiesener Verdacht der mitbeteiligten Partei im Raum, bereits deshalb nicht erbracht, weil sich der Geschäftsführer der revisionswerbenden Partei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Aussage entzogen hat und daher nicht mit den Ermittlungsbehörden effektiv an der Klärung aller Tatsachen und Umstände, der der revisionswerbenden Partei vorgeworfenen

Verfehlungen mitgewirkt hat.

Ergebnis

34

Die Revision konnte somit nicht darlegen, dass der dreijährige Ausschlusszeitraum iSd § 254 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung bereits abgelaufen gewesen sei. Ebenso hat das Verwaltungsgericht zu Recht den Nachweis der Zuverlässigkeit trotz Vorliegens des Ausschlussgrundes des § 249 Abs. 2 Z 4 BVergG 2018 angesichts der Aussageverweigerung des Geschäftsführers der revisionswerbenden Partei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als nicht erbracht angesehen. Die Revision konnte somit nicht darlegen, dass der dreijährige Ausschlusszeitraum iSd Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung bereits abgelaufen gewesen sei. Ebenso hat das Verwaltungsgericht zu Recht den Nachweis der Zuverlässigkeit trotz Vorliegens des Ausschlussgrundes des Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 angesichts der Aussageverweigerung des Geschäftsführers der revisionswerbenden Partei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als nicht erbracht angesehen.

35

Da die Revision somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses aufzeigt, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Da die Revision somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses aufzeigt, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

36

Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 EMRK und ein Gericht im Sinn des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Artikel 6, EMRK und ein Gericht im Sinn des Artikel 47, GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat.

37

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 14. November 2023

Gerichtsentscheidung

EuGH 62011CJ0465 Forposta und ABC Direct Contact VORAB

EuGH 62016CJ0178 Impresa di Costruzioni Mantovani und Guerrato VORAB

EuGH 62017CJ0124 Vossloh Laeis VORAB

EuGH 62018CO0425 Consorzio Nazionale Servizi VORAB

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4 Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtswirkungen von Bescheiden Rechtskraft VwRallg9/3

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2023:RO2020040019.J00

Im RIS seit

19.12.2023

Zuletzt aktualisiert am

10.10.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at