

TE Vwgh Erkenntnis 2016/10/10 Ra 2016/04/0104

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.10.2016

Index

E1E;

E6j;

26/01 Wettbewerbsrecht;

59/04 EU - EWR;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

12010E101 AEUV Art101;

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

62014CJ0074 Eturas VORAB;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8;

KartG 1988;

KartG 2005 §1;

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. KartG 2005 § 1 heute
2. KartG 2005 § 1 gültig ab 01.01.2006

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): Ra 2016/04/0105 Ra 2016/04/0107 Ra 2016/04/0106

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revisionen 1. der L GmbH (protokolliert zu Ra 2016/04/0104),

2. der Arbeitsgemeinschaft bestehend aus der K GmbH, der G GmbH und der G (protokolliert zu Ra 2016/04/0105),
3. der P KG (protokolliert zu Ra 2016/04/0106) sowie 4. der H GmbH (protokolliert zu Ra 2016/04/0107), alle in Wien und alle vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermannngasse 2, gegen die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtes Wien jeweils vom 20. Juli 2016, Zlen. 1. VGW- 123/072/5604/2016-15,

2. VGW-123/072/5603/2016-15, 3. VGW- 123/072/5601/2016-22 sowie 4. VGW-123/072/5602/2016-14, jeweils betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei jeweils: Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch die Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Volksgartenstraße 3/2. OG), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren

1 Die mitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) führte beginnend im Jahr 2015 ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen betreffend Rahmenverträge über Glaserarbeiten durch. Der Auftragsgegenstand war auf acht Lose (jeweils bestimmte Bezirke umfassend) aufgeteilt, wobei in den Verfahrensbestimmungen vorgesehen war, dass jeder Bieter (egal ob allein oder in einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft anbietend) maximal für zwei Lose den Zuschlag erhalten könne. Die Zuschlagserteilung sollte nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Für den Fall, dass ein Bieter in mehr als zwei Losen Billigstbieter sei, werde eine vom Bieter abzugebende Präferenzreihung herangezogen. Die Angebotsfrist endete am 16. Juni 2015.

2 Die Revisionswerberin zu Ra 2016/04/0104 (im Folgenden: L GmbH bzw. Erstrevisionswerberin) legte Angebote für die Lose 7 und 8. Die Arbeitsgemeinschaft bestehend aus der K GmbH, der G GmbH und der G, (Revisionswerberin zu Ra 2016/04/0105, im Folgenden: ARGE K bzw. Zweitrevisionswerberin) legte Angebote für die Lose 3 und 6. Die Revisionswerberin zu Ra 2016/04/0106 (im Folgenden: P KG bzw. Drittrevisionswerberin) legte Angebote für die Lose 4 und 5. Die Revisionswerberin zu Ra 2016/04/0107 (im Folgenden: H GmbH bzw. Viertrevisionswerberin) legte Angebote für die Lose 1 und 2.

3 Mit Schreiben vom 29. Dezember 2015 informierte die Auftraggeberin die Erstrevisionswerberin - mit näherer Begründung -

davon, dass ihrer Ansicht nach der Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 (schwere berufliche Verfehlung) vorliege. davon, dass ihrer Ansicht nach der Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 (schwere berufliche Verfehlung) vorliege.

Mit Schreiben vom 14. März 2016 teilte die Auftraggeberin den drei weiteren revisionswerbenden Bieterinnen mit, dass beabsichtigt sei, deren Angebote - unter anderem wegen unzulässiger Abreden gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 - auszuschneiden. Zu diesem Ausscheidensgrund verwies die Auftraggeberin auf die Aussagen von Frau L (aus dem Jahr 2013 vor den Finanzbehörden bzw. dem BAK - Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung), wonach kein anderes Unternehmen aus dem "Familienverbund" (hier: der L GmbH, der H GmbH, der K GmbH, der G GmbH sowie der P KG) anbieten würde, wenn sich ein Unternehmen bewerbe. De facto seien Frau L und Herr W - unabhängig von den formell bestellten (handelsrechtlichen) Geschäftsführern - faktische Geschäftsführer aller Unternehmen des "Familienverbundes". Die Auftraggeberin räumte den drei Bieterinnen die Möglichkeit ein, bis zum 18. März 2016, 12.00 Uhr (einlangend), dazu Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 14. März 2016 teilte die Auftraggeberin den drei weiteren revisionswerbenden Bieterinnen mit, dass beabsichtigt sei, deren Angebote - unter anderem wegen unzulässiger Abreden gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 - auszuschneiden. Zu diesem Ausscheidensgrund verwies die Auftraggeberin auf die Aussagen von Frau L (aus dem Jahr 2013 vor den Finanzbehörden bzw. dem BAK - Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung), wonach kein anderes Unternehmen aus dem "Familienverbund" (hier: der L GmbH, der H GmbH, der K GmbH, der G GmbH sowie der P KG) anbieten würde, wenn sich ein Unternehmen bewerbe. De facto seien Frau L und Herr W - unabhängig von den formell bestellten (handelsrechtlichen) Geschäftsführern - faktische Geschäftsführer aller Unternehmen des "Familienverbundes". Die Auftraggeberin räumte den drei Bieterinnen die Möglichkeit ein, bis zum 18. März 2016, 12.00 Uhr (einlangend), dazu Stellung zu nehmen.

Alle vier revisionswerbenden Parteien gaben (teilweise mehrfach) eine Stellungnahme ab.

4 Mit Schreiben jeweils vom 22. April 2016 teilte die Auftraggeberin den revisionswerbenden Parteien das jeweilige Ausscheiden mit. Die Ausscheidensentscheidungen wurden auf mehrere Ausscheidenstatbestände gestützt, darunter

in allen vier Fällen das Vorliegen wettbewerbswidriger Abreden im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006. 4 Mit Schreiben jeweils vom 22. April 2016 teilte die Auftraggeberin den revisionswerbenden Parteien das jeweilige Ausscheiden mit. Die Ausscheidensentscheidungen wurden auf mehrere Ausscheidenstatbestände gestützt, darunter in allen vier Fällen das Vorliegen wettbewerbswidriger Abreden im Sinn des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006.

Die Auftraggeberin begründete diesen Ausscheidensgrund damit, dass die L GmbH, die ARGE K, die P KG und die H GmbH entgegen jeder wirtschaftlich sinnvollen Überlegung und somit ohne sachliche Rechtfertigung jeweils nur für zwei Lose Angebote abgegeben hätten (wobei keine Überschneidungen aufgetreten seien). Es sei daher davon auszugehen, dass die Beteiligung dieser Unternehmer am Vergabeverfahren nach Absprache erfolgt sei. Durch die Abreden über die Unterlassung von Angeboten werde der Wettbewerb im konkreten Vergabeverfahren für die Auftraggeberin nachteilig beeinflusst. Verwiesen wurde dazu auch auf die (diese Sichtweise bestätigende) Aussage von Frau L vor den Finanzbehörden bzw. dem BAK (aus dem Jahr 2013) betreffend das tatsächliche Marktverhalten der betroffenen Unternehmen. Soweit die Bieterinnen versucht hätten, die Abgabe von jeweils nur zwei Angeboten zu rechtfertigen, könnten die dafür ins Treffen geführten Argumente die Beschränkung der Angebote auf zwei Lose nicht begründen und den Vorwurf der unzulässigen Abreden somit nicht entkräften.

5 Die revisionswerbenden Parteien beantragten jeweils die Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung, wobei sämtliche von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe bestritten wurden.

2. Angefochtene Erkenntnisse

6 Mit den angefochtenen Erkenntnissen vom 20. Juli 2016 wies das Verwaltungsgericht Wien diese Anträge (ebenso wie die Anträge auf Pauschalgebührenersatz) jeweils ab und erklärte die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für unzulässig.

7 Das Verwaltungsgericht führte am 23. Juni 2016 (auf Grund des rechtlichen und sachlichen Zusammenhangs) eine gemeinsame Verhandlung über die Anträge der ARGE K, der P KG und der H GmbH durch. Zum fallbezogen relevanten Tatbestand der wettbewerbswidrigen Abreden wurden hinsichtlich der betroffenen Unternehmen die nachstehenden Eigentümerverhältnisse bzw. organschaftlichen Vertretungsverhältnisse festgestellt. Bei der K GmbH sei Frau K Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin, bei der G GmbH sei Herr L Geschäftsführer und Alleingesellschafter, bei der H GmbH sei Frau L Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin, bei der P KG sei Frau W Komplementärin. Herr W sei bei keiner dieser Gesellschaften im Firmenbuch mit einer Funktion ausgewiesen. Herr W, Frau L und Frau K seien Geschwister, Frau W sei deren Mutter, Herr L sei der Ehemann von Frau L.

Auf Vorhalt der Aussagen von Frau L und Herrn W vor dem BAK aus dem Jahr 2013 hätten diese angegeben, dass sich die in der Vergangenheit gepflogene Vorgangsweise komplett geändert habe. Es habe familiäre Probleme gegeben und die Unternehmen seien mittlerweile ein großes Stück auseinander gerückt. Die Auftraggeberin habe dem entgegengehalten, dass die für die Vergangenheit dargestellte Vorgangsweise auch im gegenständlichen Vergabeverfahren stattgefunden habe.

8 Im Verfahren über den Antrag der L GmbH führte das Verwaltungsgericht am 14. Juli 2016 eine mündliche Verhandlung durch. Zum Themenbereich "wettbewerbswidrige Abreden" wurden die Bezug habenden Passagen aus der Verhandlung in den "Parallelverfahren" verlesen. Die Auftraggeberin verwies erneut darauf, dass Frau L ihre Aussage aus dem Jahr 2013 vor dem BAK hinsichtlich der Koordinierung der Angebotslegung als - für die damalige Zeit - richtig bestätigt habe.

9 In seinen weiteren Feststellungen verwies das Verwaltungsgericht (in allen vier angefochtenen Erkenntnissen) zum einen auf die Beschuldigtenvernehmung von Herrn W vom 22. April 2013 vor dem BAK, in der dieser angegeben habe, dass sich die H GmbH, die G GmbH, die P KG und die K GmbH im "Familienverband" befänden und dass anhand des Amtsblattes der Stadt Wien sondiert werde, welches Unternehmen für welchen Auftrag bzw. welches Los ein Angebot lege, damit es zu keiner "Doppelangebotslegung" komme, und zum anderen auf die Beschuldigtenvernehmung der Frau L vom 14. Mai 2013 vor dem BAK, in der diese ebenfalls angegeben habe, dass sich zwei Unternehmen des "Familienverbandes" nicht für denselben Auftrag bewerben würden. Zudem habe Frau L angegeben, dass Herr Dr. W die Geschäftsanteile an der L GmbH treuhänderisch für sie und Herrn W halte.

10 Das Verwaltungsgericht begründete in seinen rechtlichen Erwägungen die Abweisung der Nichtigerklärungsanträge allein mit dem Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 (wettbewerbswidrige Abreden), wobei die diesbezüglichen Ausführungen in den vier angefochtenen Erkenntnissen inhaltlich weitgehend vergleichbar sind (die weiteren von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe wurden vom Verwaltungsgericht verneint). 10 Das Verwaltungsgericht begründete in seinen rechtlichen Erwägungen die Abweisung der Nichtigerklärungsanträge allein mit dem Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 (wettbewerbswidrige Abreden), wobei die diesbezüglichen Ausführungen in den vier angefochtenen Erkenntnissen inhaltlich weitgehend vergleichbar sind (die weiteren von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe wurden vom Verwaltungsgericht verneint).

11 Das Verwaltungsgericht hielt zum Vorwurf der wettbewerbswidrigen Abreden zunächst fest, es sei nicht erwiesen, dass die L GmbH, die H GmbH, die K GmbH, die G GmbH und die P KG verbundene Unternehmen und damit als ein Unternehmen zu behandeln seien. Dies wäre nur der Fall, wenn sie zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst wären, was nicht erwiesen sei. Aktuell gebe es (anders als früher) keine Überschneidungen hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Organe oder der Gesellschafter. Auch hätten die Unternehmen, soweit sie vor dem Verwaltungsgericht aufgetreten seien, betont, getrennt zu agieren. Das Verwaltungsgericht gehe somit davon aus, dass es sich nicht um verbundene Unternehmen handle.

12 Unstrittig war für das Verwaltungsgericht (auf Grund der Aussagen von Frau L und Herrn W im Jahr 2013), dass in der Vergangenheit eine Koordinierung der Angebotslegung zwischen den betroffenen Unternehmen dahingehend erfolgt sei, dass für einen bestimmten Auftrag bzw. ein bestimmtes Los immer nur eines der genannten Unternehmen ein Angebot gelegt habe. Eine derartige Absprache stelle nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes einen Verstoß gegen den in § 19 Abs. 1 BVergG 2006 festgelegten Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs dar, zumal sie für die Auftraggeberin insofern nachteilig sei, als damit die Zahl der Bieter bzw. der Angebote verringert und der Wettbewerb eingeschränkt werde. 12 Unstrittig war für das Verwaltungsgericht (auf Grund der Aussagen von Frau L und Herrn W im Jahr 2013), dass in der Vergangenheit eine Koordinierung der Angebotslegung zwischen den betroffenen Unternehmen dahingehend erfolgt sei, dass für einen bestimmten Auftrag bzw. ein bestimmtes Los immer nur eines der genannten Unternehmen ein Angebot gelegt habe. Eine derartige Absprache stelle nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes einen Verstoß gegen den in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 festgelegten Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs dar, zumal sie für die Auftraggeberin insofern nachteilig sei, als damit die Zahl der Bieter bzw. der Angebote verringert und der Wettbewerb eingeschränkt werde.

13 Zwar stehe es Unternehmern frei, auf Grund wirtschaftlicher Überlegungen zu entscheiden, für welche Lose sie ein Angebot legen. Herr W (nach Auskunft der L GmbH bei ihr als gewerberechtlicher Geschäftsführer eingesetzt) bzw. Frau L hätten ausgeführt, aus welchen Gründen die vier Bieterinnen jeweils nur Angebote in den zwei (konkret ausgewählten) Losen gelegt hätten (die L GmbH sei davon ausgegangen, dass sich für die von ihr gewählten Lose 7 und 8 nur wenige andere Bieter interessieren würden; die H GmbH habe vorgebracht, dass ihr für Angebote in mehr Losen die erforderlichen Referenzen bzw. der erforderliche Gesamtumsatz gefehlt hätten; die ARGE K habe angegeben, die von ihr gewählten Lose 3 und 6 seien im Hinblick auf den Firmensitz ihrer Mitglieder günstig gelegen; die P KG habe sich für die Lose 4 und 5 entschieden, weil sich diese in zentraler Lage befänden). Selbst wenn man aber - so das Verwaltungsgericht weiter - diese Überlegungen als nachvollziehbar ansehen würde, würden sie nicht erklären, "weshalb diese Unternehmen exakt so angeboten haben, dass sich ihre Angebote hinsichtlich keines Loses überschneiden und doch alle Lose abgedeckt werden". Dass diese Angebotskonstellation ausschließlich auf Zufall beruhe, widerspreche jeder Lebenserfahrung. Bereits diese Konstellation lege daher das Vorliegen einer Absprache nahe.

Zudem sei zu berücksichtigen, dass die betroffenen Unternehmen in der Vergangenheit (unbestrittener Maßen) diese Vorgangsweise gewählt hätten, die mit dem Ergebnis der aktuellen Angebotslegung völlig in Einklang stehe. Die Rechtfertigung für die (von den betroffenen Unternehmen behauptete) Beendigung dieser koordinierten Vorgehensweise - nämlich familiäre Differenzen - stehe in krassem Widerspruch zum Ergebnis der gegenständlichen Angebotslegung. Die revisionswerbenden Parteien hätten dem Vorwurf der wettbewerbswidrigen Abreden keine Argumente entgegengesetzt, die die Feststellungen der Auftraggeberin ernsthaft in Zweifel ziehen hätten können.

14 Soweit die zweit- bis viertrevisionswerbenden Parteien die Angemessenheit der Stellungnahmefrist in Zweifel gezogen hätten, hielt dem das Verwaltungsgericht entgegen, dass die Auftraggeberin weder die Vorlage von

Unterlagen noch die Verbesserung eines Angebotsmangels verlangt habe; zudem hätten die Bieterinnen ohnehin jeweils eine Stellungnahme abgegeben.

15 Der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 sei daher von der Auftraggeberin hinreichend plausibel nachgewiesen und für das Verwaltungsgericht nachvollziehbar begründet. Die revisionswerbenden Bieterinnen hätten vor Angebotslegung Absprachen untereinander dahingehend getroffen, dass jede Bieterin nur in zwei bestimmten Losen Angebote lege. Dadurch sei der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs verletzt worden, der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 sei somit verwirklicht. 15 Der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 sei daher von der Auftraggeberin hinreichend plausibel nachgewiesen und für das Verwaltungsgericht nachvollziehbar begründet. Die revisionswerbenden Bieterinnen hätten vor Angebotslegung Absprachen untereinander dahingehend getroffen, dass jede Bieterin nur in zwei bestimmten Losen Angebote lege. Dadurch sei der Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs verletzt worden, der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 sei somit verwirklicht.

3. Revisionen

16 Die vier genannten Bieterinnen erhoben gegen das jeweils sie betreffende Erkenntnis außerordentliche Revision. II.
16 Die vier genannten Bieterinnen erhoben gegen das jeweils sie betreffende Erkenntnis außerordentliche Revision. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die vier Revisionen auf Grund ihres sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs verbunden und darüber erwogen:

17 Zur Zulässigkeit wird in den Revisionen unter anderem vorgebracht, das Verwaltungsgericht habe gestützt bloß auf näher dargelegte Indizien zu Unrecht den Schluss auf ein wettbewerbswidriges Verhalten der revisionswerbenden Unternehmen gezogen.

Die Revisionen erweisen sich - im Hinblick auf die inhaltlich angesprochene fehlende Klarstellung betreffend den Nachweis wettbewerbswidriger Abreden nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 - zwar als zulässig, aus nachstehenden Gründen aber als nicht berechtigt. Die Revisionen erweisen sich - im Hinblick auf die inhaltlich angesprochene fehlende Klarstellung betreffend den Nachweis wettbewerbswidriger Abreden nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 - zwar als zulässig, aus nachstehenden Gründen aber als nicht berechtigt.

1. Kontradiktorisches Verfahren

18 1.1. Die Erstrevisionswerberin bringt vor, die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, ihr - vor dem Ausscheiden - Gelegenheit zu geben, zu allfälligen für die Angebotsbeurteilung wesentlichen Unklarheiten oder behebbaren Mängeln Stellung zu nehmen und darzulegen, dass die Angebote der betroffenen Unternehmen völlig unabhängig voneinander gelegt worden seien. Die Auftraggeberin habe aber keine diesbezügliche Aufklärung verlangt. Die Erstrevisionswerberin sei erstmals in der Ausscheidensentscheidung mit diesem Vorwurf konfrontiert worden. Wenn das Verwaltungsgericht seine Entscheidung auf diesen Ausscheidenstatbestand (§ 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006) stützen wolle, hätte es ihr vorhalten müssen, welchen Sachverhalt es als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtige, und ihr Gelegenheit geben müssen, die Stichhaltigkeit dieses Ausscheidengrundes anzuzweifeln. Ein derartiges kontradiktorisches Verfahren sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt. 18 1.1. Die Erstrevisionswerberin bringt vor, die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, ihr - vor dem Ausscheiden - Gelegenheit zu geben, zu allfälligen für die Angebotsbeurteilung wesentlichen Unklarheiten oder behebbaren Mängeln Stellung zu nehmen und darzulegen, dass die Angebote der betroffenen Unternehmen völlig unabhängig voneinander gelegt worden seien. Die Auftraggeberin habe aber keine diesbezügliche Aufklärung verlangt. Die Erstrevisionswerberin sei erstmals in der Ausscheidensentscheidung mit diesem Vorwurf konfrontiert worden. Wenn das Verwaltungsgericht seine Entscheidung auf diesen Ausscheidenstatbestand (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006) stützen wolle, hätte es ihr vorhalten müssen, welchen Sachverhalt es als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtige, und ihr Gelegenheit geben müssen, die Stichhaltigkeit dieses Ausscheidengrundes anzuzweifeln. Ein derartiges kontradiktorisches Verfahren sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt.

19 1.2. Der Erstrevisionswerberin wurde der Ausscheidensgrund der wettbewerbswidrigen Abreden erstmals in der Ausscheidensentscheidung vorgehalten. Darin legte die Auftraggeberin dar, aus welchen Gründen sie von deren Vorliegen ausging und welchen Sachverhalt sie dabei zugrunde legte.

20 Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rs. C-249/01, Hackermüller, ausgeführt, dass die Vergabekontrollbehörde, wenn sie einen vom Auftraggeber nicht herangezogenen Ausscheidensgrund - sei es für die Antragszurückweisung oder für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers - zu berücksichtigen beabsichtige, dem Antragsteller Gelegenheit geben muss, die Stichhaltigkeit dieses (von ihr angenommenen) Ausscheidensgrundes anzuzweifeln. Dazu hat die Vergabekontrollbehörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie dafür heranzuziehen beabsichtige (vgl. zu allem die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2007, 2005/04/0200, sowie vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012).

20 Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rs. C-249/01, Hackermüller, ausgeführt, dass die Vergabekontrollbehörde, wenn sie einen vom Auftraggeber nicht herangezogenen Ausscheidensgrund - sei es für die Antragszurückweisung oder für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers - zu berücksichtigen beabsichtige, dem Antragsteller Gelegenheit geben muss, die Stichhaltigkeit dieses (von ihr angenommenen) Ausscheidensgrundes anzuzweifeln. Dazu hat die Vergabekontrollbehörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie dafür heranzuziehen beabsichtige vergleiche , zu allem die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2007, 2005/04/0200, sowie vom 12. Mai 2011, 2007/04/0012).

21 Von den dort zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen unterscheidet sich der vorliegende Fall aber dadurch, dass die Auftraggeberin den hier fraglichen Ausscheidensgrund (wenn auch hinsichtlich der Erstrevisionswerberin ohne vorherige kontradiktorische Erörterung) in ihrer Ausscheidensentscheidung ausdrücklich herangezogen und dargelegt hat. Da die Erstrevisionswerberin die Ausscheidensentscheidung als solche angefochten hat, war der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (eine Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung und damit eine Stattgabe des Antrags der Erstrevisionswerberin hätte jedenfalls eine Auseinandersetzung mit diesem Ausscheidensgrund - mit dem Ergebnis einer Verneinung seines Vorliegens - vorausgesetzt). Aus diesem Grund bedurfte es keines zusätzlichen Vorhalts durch das Verwaltungsgericht, dass der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 von ihm geprüft werde.

21 Von den dort zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellationen unterscheidet sich der vorliegende Fall aber dadurch, dass die Auftraggeberin den hier fraglichen Ausscheidensgrund (wenn auch hinsichtlich der Erstrevisionswerberin ohne vorherige kontradiktorische Erörterung) in ihrer Ausscheidensentscheidung ausdrücklich herangezogen und dargelegt hat. Da die Erstrevisionswerberin die Ausscheidensentscheidung als solche angefochten hat, war der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (eine Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung und damit eine Stattgabe des Antrags der Erstrevisionswerberin hätte jedenfalls eine Auseinandersetzung mit diesem Ausscheidensgrund - mit dem Ergebnis einer Verneinung seines Vorliegens - vorausgesetzt). Aus diesem Grund bedurfte es keines zusätzlichen Vorhalts durch das Verwaltungsgericht, dass der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 von ihm geprüft werde.

Im Übrigen war - wie sich der seitens der Erstrevisionswerberin nicht bestrittenen Darstellung der Ergebnisse der durchgeführten mündlichen Verhandlung entnehmen lässt - die Frage der Wettbewerbswidrigkeit Gegenstand der Verhandlung und es wurde dazu von der Auftraggeberin und der Erstrevisionswerberin Vorbringen erstattet.

Entgegen der Auffassung der Erstrevisionswerberin ist im vorliegenden Fall somit ein kontradiktorisches Verfahren über den hier gegenständlichen Ausscheidensgrund erfolgt.

22 1.3. Soweit die Erstrevisionswerberin einen Widerspruch zum hg. Erkenntnis vom 18. Juni 2012, 2010/04/0011, ins Treffen führt, ist ihr entgegenzuhalten, dass es vorliegend nicht um einen automatischen Ausschluss wegen einer Mehrfachbeteiligung geht, sondern die Auftraggeberin gestützt auf den zugrunde liegenden Sachverhalt im konkreten Fall eine koordinierte Vorgehensweise und damit wettbewerbswidrige Abrede angenommen hat und dies vom Verwaltungsgericht auf seine Rechtmäßigkeit beurteilt wurde.

23 1.4. Soweit die zweit- bis viertrevisionswerbenden Parteien ins Treffen führen, das Verwaltungsgericht habe unbeachtet gelassen, dass die von der Auftraggeberin in diesem Zusammenhang gesetzte Aufklärungsfrist unangemessen kurz gewesen sei, genügt es - abgesehen davon, dass eine Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht dargetan wird - auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Auf diesen Umstand kommt es daher in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht an.

2. Wettbewerbswidrige Abreden

24 2.1. Der maßgebliche § 129 Abs. 1 Z 8 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010, lautet: 24 2.1. Der maßgebliche Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, lautet:

"Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

8. Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für

den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;

..."

25 Die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes 2005 (KartG 2005), BGBl. I Nr. 61, hinsichtlich § 2 in der Fassung BGBl. I Nr. 13/2013, lauten auszugsweise: 25 Die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes 2005 (KartG 2005), BGBl. I Nr. 61, hinsichtlich Paragraph 2, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 13 aus 2013,, lauten auszugsweise:

"Kartellverbot

§ 1. (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).Paragraph eins, (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

1. (2)Absatz 2,Nach Abs. 1 sind insbesondere verbotenNach Absatz eins, sind insbesondere verboten

...

2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des

Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

...

Ausnahmen

§ 2. ...

(2) Jedenfalls vom Verbot nach § 1 ausgenommen sind die

folgenden Kartelle:

1. Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die

zueinander im Wettbewerb stehen und gemeinsam am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 10 % haben, oder Kartelle, an denen Unternehmer beteiligt sind, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen und die jeweils am relevanten Markt einen Anteil von nicht mehr als 15 % haben, sofern sie in beiden Fällen weder die Festsetzung der Verkaufspreise, die Einschränkung der Erzeugung oder des Absatzes noch die Aufteilung der Märkte bezwecken (Bagatellkartelle);

...

3. Abschnitt

Zusammenschlüsse

Begriffsbestimmung

§ 7. ... Paragraph 7, ...

1. (4) Absatz 4, Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906) an, so liegt kein Zusammenschluss vor." Gehören alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (Paragraph 15, Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, Paragraph 115, des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58 aus 1906,) an, so liegt kein Zusammenschluss vor."

26 2.2. Die revisionswerbenden Parteien verweisen auf das hg. Erkenntnis vom 31. März 2013, 2010/04/0070, wonach der Auftraggeber für das Vorliegen des Ausscheidensgrundes nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 ein wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachzuweisen habe. Die für das Ausscheiden herangezogenen Indizien würden - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtes - keinen Nachweis darstellen. Aus dem (behaupteter Maßen) koordinierten Verhalten in der Vergangenheit dürfe nicht der Schluss gezogen werden, dass dies auf Grund der (behaupteter Maßen) nicht überlappenden Angebotslegung durch die betroffenen Unternehmen im gegenständlichen Vergabeverfahren fortgesetzt worden sei. Eine Plausibilisierung reiche für das Vorliegen dieses Ausscheidensgrundes nicht aus. Könne ein vermutetes wettbewerbswidriges Verhalten nicht nachgewiesen werden, sei im Zweifel vom Ausscheiden Abstand zu nehmen. Es liege nicht am Bieter, nachzuweisen, nicht wettbewerbswidrig gehandelt zu haben.

26 2.2. Die revisionswerbenden Parteien verweisen auf das hg. Erkenntnis vom 31. März 2013, 2010/04/0070, wonach der Auftraggeber für das Vorliegen des Ausscheidensgrundes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ein wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachzuweisen habe. Die für das Ausscheiden herangezogenen Indizien würden - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtes - keinen Nachweis darstellen. Aus dem (behaupteter Maßen) koordinierten Verhalten in der Vergangenheit dürfe nicht der Schluss gezogen werden, dass dies auf Grund der (behaupteter Maßen) nicht überlappenden Angebotslegung durch die betroffenen Unternehmen im gegenständlichen Vergabeverfahren fortgesetzt worden sei. Eine Plausibilisierung reiche für das Vorliegen dieses Ausscheidensgrundes nicht aus. Könne ein vermutetes wettbewerbswidriges Verhalten nicht nachgewiesen werden, sei im Zweifel vom Ausscheiden Abstand zu nehmen. Es liege nicht am Bieter, nachzuweisen, nicht wettbewerbswidrig gehandelt zu haben.

27 2.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat im bereits zitierten Erkenntnis 2010/04/0011 zum Ausscheidenstatbestand nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 Folgendes festgehalten: 27 2.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat im bereits zitierten Erkenntnis 2010/04/0011 zum Ausscheidenstatbestand nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 Folgendes festgehalten:

"Dieser Ausscheidenstatbestand setzt einerseits voraus, dass eine Abrede von einem Bieter (§ 2 Z. 13 BVergG 2006) getroffen wurde. Der Begriff der Abrede umfasst nicht nur ausdrückliche (und schlüssige) Vereinbarungen zwischen Unternehmern, sondern auch Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und vor allem aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (vgl. Öhler/Schramm, (in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2), Rz. 106 und 108 zu § 129)." Dieser Ausscheidenstatbestand setzt einerseits voraus, dass eine Abrede von einem Bieter (Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG 2006) getroffen wurde. Der Begriff der Abrede umfasst nicht nur ausdrückliche (und schlüssige) Vereinbarungen zwischen Unternehmern, sondern auch Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und vor allem aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmern, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken vergleiche , Öhler/Schramm, (in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar2), Rz. 106 und 108 zu Paragraph 129,).

Abreden verstoßen gegen den Grundsatz des Wettbewerbs, wenn eine Abrede das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder (tatsächlich oder möglicherweise) bewirkt wird (vgl. Öhler/Schramm, aaO, Rz. 111 zu § 129). Abreden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbes (oder gegen die guten Sitten) verstoßen, sind per se für den Auftraggeber nachteilig, was weitere Voraussetzung des Ausscheidenstatbestandes des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 ist (vgl. Öhler/Schramm, aaO, Rz. 113)." Abreden

verstoßen gegen den Grundsatz des Wettbewerbs, wenn eine Abrede das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen in einem konkreten Vergabeverfahren koordiniert und dadurch eine für den Auftraggeber nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses beabsichtigt oder (tatsächlich oder möglicherweise) bewirkt wird (vergleiche, Öhler/Schramm, aaO, Rz. 111 zu Paragraph 129,). Abreden, die gegen den Grundsatz des Wettbewerbs (oder gegen die guten Sitten) verstoßen, sind per se für den Auftraggeber nachteilig, was weitere Voraussetzung des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ist (vergleiche, Öhler/Schramm, aaO, Rz 113)."

28 In seinem (im Zusammenhang mit der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft ergangenen) Erkenntnis 2010/04/0070 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass Abreden jedenfalls gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen, wenn sie gegen das Kartellgesetz 2005 verstoßen.

29 Ausgehend davon wäre das von der Auftraggeberin den betroffenen Unternehmen vorgehaltene Vorgehen - so es erwiesen ist - als wettbewerbswidrige Abrede anzusehen.

30 2.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis 2010/04/0070 festgehalten, dass der Auftraggeber ein wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachzuweisen hat, um ein Angebot nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 ausscheiden zu können. 30 2.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis 2010/04/0070 festgehalten, dass der Auftraggeber ein wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachzuweisen hat, um ein Angebot nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 ausscheiden zu können.

Darüber hinaus hat er Folgendes festgehalten:

"Der Auftraggeber ist in Anwendung des § 129 Abs. 1 Z. 8 BVergG 2006 im Vergleich zu Kartellbehörden auch nicht verpflichtet, ein Angebot im Hinblick auf seine Kartellrechtskonformität einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen. Der Auftraggeber muss daher keine Feinprüfung des betreffenden Sachverhalts vornehmen, sondern kann einen gröberen Maßstab bei der Durchführung der kartellrechtlichen Prüfung der Angebote anlegen." "Der Auftraggeber ist in Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 im Vergleich zu Kartellbehörden auch nicht verpflichtet, ein Angebot im Hinblick auf seine Kartellrechtskonformität einer vollständigen und abschließenden Bewertung zu unterziehen. Der Auftraggeber muss daher keine Feinprüfung des betreffenden Sachverhalts vornehmen, sondern kann einen gröberen Maßstab bei der Durchführung der kartellrechtlichen Prüfung der Angebote anlegen."

31 Die revisionswerbenden Parteien weisen zwar zutreffend darauf hin, dass es nicht möglich ist, dem Bieter den Beweis des Nicht-Vorliegens einer wettbewerbswidrigen Abrede zu überbürden. Dies ist im vorliegenden Fall aber ohnehin nicht geschehen (siehe dazu näher die nachstehenden Ausführungen in Rz. 36).

32 Die von der Auftraggeberin (bzw. vom Verwaltungsgericht) vorgenommene Prüfung (und Bejahung) des Vorliegens wettbewerbswidriger Abreden erfolgte auch nicht bloß abstrakt, sondern konkret bezogen auf das hier vorliegende Vergabeverfahren.

33 Die revisionswerbenden Parteien bringen vor, "bloße Indizien" würden nicht ausreichen, um ein auf § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 gestütztes Ausscheiden zu rechtfertigen. 33 Die revisionswerbenden Parteien bringen vor, "bloße Indizien" würden nicht ausreichen, um ein auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 gestütztes Ausscheiden zu rechtfertigen.

Im Hinblick auf die vom Verwaltungsgerichtshof anerkannte Maßgeblichkeit von Verstößen gegen das Kartellgesetz 2005 (siehe wiederum das bereits zitierte Erkenntnis 2010/04/0070) ist diesbezüglich auf die - noch zum Kartellgesetz 1988 ergangene - zivilgerichtliche Judikatur zu verweisen, der zufolge der Umstand, ob ein übereinstimmendes Verhalten von Unternehmern als Verhaltenskartell zu beurteilen sei, mangels ausdrücklicher Vereinbarung in der Regel nur aus Indizien abgeleitet werden könne (siehe die Beschlüsse des OGH vom 23. Juni 1997, 16 Ok 14/97, und vom 17. Dezember 1997, 16 Ok 21/97). Der OGH hat in diesen Beschlüssen darauf abgestellt, dass sich die dort zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation weder durch Zufall noch durch marktbedingtes Verhalten erklären lasse.

Hinzuweisen ist weiters auf die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Art. 101 AEUV (Verbot von u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmern sowie aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder

Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken). In seinem Urteil vom 26. Jänner 2016 in der Rs. C-74/14, Eturas u.a., hat der EuGH ausgesprochen, dass nach seiner Rechtsprechung das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise oder einer Vereinbarung in den meisten Fällen aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden muss, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können (Rn. 36, mwH auf die Judikatur des EuGH). Der Effektivitätsgrundsatz verlange, dass der Beweis für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind (Rn. 37). Hinzuweisen ist weiters auf die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Artikel 101, AEUV (Verbot von u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmern sowie aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken). In seinem Urteil vom 26. Jänner 2016 in der Rs. C-74/14, Eturas u.a., hat der EuGH ausgesprochen, dass nach seiner Rechtsprechung das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise oder einer Vereinbarung in den meisten Fällen aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden muss, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können (Rn. 36, mwH auf die Judikatur des EuGH). Der Effektivitätsgrundsatz verlange, dass der Beweis für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind (Rn. 37).

34 Ausgehend von diesen Überlegungen, die für die Beurteilung des Vorliegens von gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßenden Abreden im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 gleichermaßen herangezogen werden können, ist für die vorliegenden Fälle Folgendes festzuhalten: 34 Ausgehend von diesen Überlegungen, die für die Beurteilung des Vorliegens von gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßenden Abreden im Sinn des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 gleichermaßen herangezogen werden können, ist für die vorliegenden Fälle Folgendes festzuhalten:

Das Verwaltungsgericht hat den angefochtenen Entscheidungen zugrunde gelegt, dass zwischen den revisionswerbenden Parteien (im Hinblick auf die Eigentümerverhältnisse und die organschaftlichen Vertretungsverhältnisse) verwandtschaftliche Verbindungen bestünden, dass die vorgehaltene Vorgehensweise der akkordierten Angebotslegung durch die revisionswerbenden Unternehmen für die Vergangenheit eingestanden worden sei und dass die im vorliegenden Fall konkret erfolgte Angebotslegung damit insofern übereinstimme, als jede Bieterin nur für zwei Lose angeboten habe, sich die Lose nicht überschneiden würden und alle Lose abgedeckt seien. Der Verwaltungsgerichtshof hat keine Bedenken dagegen, dass diese Indizien im Rahmen der im Einzelfall vorzunehmenden Beurteilung als das Vorliegen wettbewerbswidriger Abreden nachweisend herangezogen worden sind.

Soweit die revisionswerbenden Parteien von einem "(behauptetermaßen)" koordinierten Verhalten in der Vergangenheit bzw. einer "(behauptetermaßen)" nicht überlappenden Angebotslegung in diesem Vergabeverfahren sprechen, treten sie damit den vom Verwaltungsgericht insoweit zugrunde gelegten und auf Grund einer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung (siehe zur eingeschränkten Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung durch den Verwaltungsgerichtshof etwa den hg. Beschluss vom 4. Juli 2016, Ra 2016/04/0056, mwN) erzielten Sachverhaltsannahmen in keiner Weise substantiiert entgegen.

35 Das Verwaltungsgericht durfte weiters berücksichtigen, dass sich eine Konstellation wie die hier vorliegende nicht durch Zufall erklären lasse (vgl. diesbezüglich wiederum die zitierten Beschlüsse des OGH 16 Ok 14/97 und 16 Ok 21/97). 35 Das Verwaltungsgericht durfte weiters berücksichtigen, dass sich eine Konstellation wie die hier vorliegende nicht durch Zufall erklären lasse vergleiche , diesbezüglich wiederum die zitierten Beschlüsse des OGH 16 Ok 14/97 und 16 Ok 21/97).

36 Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht die Ausführungen der revisionswerbenden Parteien nicht als geeignet angesehen hat, die Entscheidungen der vier Bieterinnen, Angebote nur für jeweils zwei - und zwar die jeweils zwei gewählten, einander nicht überschneidenden - Lose abzugeben, als marktbedingtes Verhalten (und somit schlüssig) zu erklären. Entgegen der Auffassung der revisionswerbenden Parteien stellt die Möglichkeit zur Stellungnahme keine Überbindung der Beweislast dar, sondern es wurde den mit dem Vorhalt eines Wettbewerbsverstoßes konfrontierten Bieterinnen die Gelegenheit eingeräumt, sich dazu zu äußern und - gegen die

Annahme des Vorliegens wettbewerbswidriger Abreden - sprechende Anhaltspunkte, die in die Einzelfallbeurteilung einzufließen haben, geltend zu machen.

37 Ausgehend davon kann es fallbezogen nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn das Verwaltungsgericht die vorliegenden Indizien als hinreichend für den Nachweis wettbewerbswidriger Abreden angesehen hat (vgl. allgemein in diesem Zusammenhang auch Eilmannsberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellrechtsbehörde?, in ÖZW 2008, 2 (10), sowie Rüffler, Kartellrechtswidrige Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, in RPA 2009/6 (292 f), wonach der Kartellrechtsverstoß vom Auftraggeber plausibel und für die Vergabekontrollbehörde (nunmehr das Verwaltungsgericht) nachvollziehbar begründet werden muss). 37 Ausgehend davon kann es fallbezogen nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn das Verwaltungsgericht die vorliegenden Indizien als hinreichend für den Nachweis wettbewerbswidriger Abreden angesehen hat vergleiche , allgemein in diesem Zusammenhang auch Eilmannsberger/Holoubek, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellrechtsbehörde?, in ÖZW 2008, 2 (10), sowie Rüffler, Kartellrechtswidrige Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, in RPA 2009/6 (292 f), wonach der Kartellrechtsverstoß vom Auftraggeber plausibel und für die Vergabekontrollbehörde (nunmehr das Verwaltungsgericht) nachvollziehbar begründet werden muss).

Auf die allfällige Frage des - von den revisionswerbenden Parteien auch nicht geltend gemachten - Vorliegens eines Bagatellkartells musste schon im Hinblick auf § 2 Abs. 2 Z 1 letzter Tatbestand KartG 2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 13/2013 nicht eingegangen werden. Auf die allfällige Frage des - von den revisionswerbenden Parteien auch nicht geltend gemachten - Vorliegens eines Bagatellkartells musste schon im Hinblick auf Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, letzter Tatbestand KartG 2005 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 13 aus 2013, nicht eingegangen werden.

Es bestehen somit keine Bedenken dagegen, dass das Verwaltungsgericht den Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 bejaht hat. Es bestehen somit keine Bedenken dagegen, dass das Verwaltungsgericht den Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 bejaht hat.

38 2.5. Diesem Ergebnis steht auch nicht das Revisionsvorbringen zum "Konzernprivileg" nach § 7 Abs. 4 KartG 2005 entgegen. Nach Ansicht der revisionswerbenden Parteien wäre bei Prüfung des Ausscheidensgrundes nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 zu prüfen gewesen, ob es sich bei den betroffenen Unternehmen "um keine rechtlich selbständigen Unternehmen" im Sinn des § 1 Abs. 1 KartG 2005 handle. Im Fall des Konzernprivilegs nach § 7 Abs. 4 KartG 2005 komme der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 nämlich nicht zur Anwendung. Das Verwaltungsgericht habe diese Frage dahingestellt gelassen. 38 2.5. Diesem Ergebnis steht auch nicht das Revisionsvorbringen zum "Konzernprivileg" nach Paragraph 7, Absatz 4, KartG 2005 entgegen. Nach Ansicht der revisionswerbenden Parteien wäre bei Prüfung des Ausscheidensgrundes nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 zu prüfen gewesen, ob es sich bei den betroffenen Unternehmen "um keine rechtlich selbständigen Unternehmen" im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, KartG 2005 handle. Im Fall des Konzernprivilegs nach Paragraph 7, Absatz 4, KartG 2005 komme der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 nämlich nicht zur Anwendung. Das Verwaltungsgericht habe diese Frage dahingestellt gelassen.

39 Dazu genügt es, Folgendes anzumerken: Entgegen der Ansicht der revisionswerbenden Parteien hat das Verwaltungsgericht diese Frage nicht dahingestellt gelassen, sondern ist mit näherer Begründung davon ausgegangen, dass es sich bei den betroffenen Unternehmen nicht um verbundene Unternehmen handle. Auch die revisionswerbenden Parteien behaupten ihrerseits nicht, dass die betroffenen Unternehmen einen Konzern darstellen würden und damit das "Konzernprivileg" nach § 7 Abs. 4 KartG 2005 einschlägig sei. Der von den revisionswerbenden Parteien unter diesem Punkt aufgeworfenen Frage kommt somit für das vorliegende Verfahren keine Relevanz zu. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG aber nicht zuständig (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 19. November 2014, Ra 2014/22/0047, mwN). 39 Dazu genügt es, Folgendes anzumerken: Entgegen der Ansicht der revisionswerbenden Parteien hat das Verwaltungsgericht diese Frage nicht dahingestellt gelassen, sondern ist mit näherer Begründung davon ausgegangen, dass es sich bei den betroffenen Unternehmen nicht um verbundene Unternehmen handle. Auch die revisionswerbenden Parteien behaupten ihrerseits nicht, dass die betroffenen Unternehmen einen Konzern darstellen würden und damit das "Konzernprivileg" nach Paragraph 7, Absatz 4, KartG 2005 einschlägig sei. Der von den revisionswerbenden Parteien unter diesem Punkt aufgeworfenen Frage kommt somit für das vorliegende Verfahren keine Relevanz zu. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof auf Grund von Revisionen gemäß Artikel 133, Absatz 6,

Ziffer eins, B-VG aber nicht zuständig vergleiche , etwa den hg. Beschluss vom 19. November 2014, Ra 2014/22/0047, mwN).

3. Ergebnis

40 Da bereits der Inhalt der vorliegenden Revisionen erkennen ließ, dass die behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, waren die Revisionen gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. 40 Da bereits der Inhalt der vorliegenden Revisionen erkennen ließ, dass die behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, waren die Revisionen gemäß Paragraph 35, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

41 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 und somit weder Art. 6 EMRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN). 41 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 und somit weder Artikel 6, EMRK noch Artikel 47, GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen vergleiche , dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).

Wien, am 10. Oktober 2016

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001CJ0249 Hackermüller VORAB

EuGH 62014CJ0074 Eturas VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2016:RA2016040104.L00

Im RIS seit

08.11.2016

Zuletzt aktualisiert am

16.12.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at