

TE Lvwg Erkenntnis 2023/9/4 VGW-123/046/7901/2023

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.09.2023

Entscheidungsdatum

04.09.2023

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z2

BVergG 2018 §83 Abs5 Z2

BVergG 2018 §82 Abs2 und Abs3

BVergG 2018 §78 Abs1 Z4

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 83 heute
2. BVergG 2018 § 83 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 83 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 82 heute
2. BVergG 2018 § 82 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 82 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 78 heute
2. BVergG 2018 § 78 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 78 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Diem als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichter und Mag. Schreiner als Beisitzerin über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 15.6.2023 auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.6.2023, betreffend das Vergabeverfahren des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, "... , B.-Straße – C.-gasse" nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.7.2023 und 25.7.2023

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.6.2023 betreffend das Vergabeverfahren des

Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 "..., ..., B.-Straße - C.-gasse" wird gemäß § 23 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2020 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.6.2023 betreffend das Vergabeverfahren des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 "..., ..., B.-Straße - C.-gasse" wird gemäß Paragraph 23, Absatz eins, des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2020 abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 5703,-- Euro selbst zu tragen. Die zu viel entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 5704,50 Euro sind der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht zurückzuerstatten. römisch zwei. Die Antragstellerin hat gemäß den Paragraphen 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 5703,-- Euro selbst zu tragen. Die zu viel entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 5704,50 Euro sind der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht zurückzuerstatten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Gang des Verfahrens:

Die Stadt Wien (Auftraggeberin) führt unter der Bezeichnung "..., ..., B.-Straße – C.-gasse" ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Die Kundmachung erfolgte europaweit am 17.2.2023 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl Der geschätzte Auftragswert liegt im Unterschwellenbereich. Die A. Gesellschaft m.b.H. (Antragstellerin) hat fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 6.6.2023 gab die Auftraggeberin bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 ausgeschieden wird. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, es liege der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vor und es sei der Antragstellerin im Rahmen der schriftlichen und mündlichen Aufklärung nicht gelungen, darzulegen, dass sie Selbstreinigungsmaßnahmen gesetzt hätte, die im Hinblick auf die Schwere der Verfehlung für eine Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit ausreichend erscheinen. Aufgrund der Pressemitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) vom 22.2.2023 habe die Auftraggeberin davon Kenntnis erlangt, dass die Antragstellerin ein Anerkenntnis hinsichtlich des von der BWB ermittelten Sachverhalts abgegeben habe und dass die BWB einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße von 4,81 Millionen Euro gestellt habe. Die BWB habe der Antragstellerin wettbewerbswidrige Absprachen mit anderen Bietern in insgesamt 3.500 Bauvorhaben vorgehalten, 272 Bauvorhaben habe die Antragstellerin als abgesprochen anerkannt. Mit Schreiben vom 6.6.2023 gab die Auftraggeberin bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 ausgeschieden wird. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, es liege der Ausschlussgrund des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 vor und es sei der Antragstellerin im Rahmen der schriftlichen und mündlichen Aufklärung nicht gelungen, darzulegen, dass sie Selbstreinigungsmaßnahmen gesetzt hätte, die im Hinblick auf die Schwere der Verfehlung für eine Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit ausreichend erscheinen. Aufgrund der Pressemitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) vom 22.2.2023 habe die Auftraggeberin davon Kenntnis erlangt, dass die Antragstellerin ein Anerkenntnis hinsichtlich des von der BWB ermittelten Sachverhalts abgegeben habe und dass die BWB einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße von 4,81 Millionen Euro gestellt habe. Die BWB habe der Antragstellerin wettbewerbswidrige Absprachen mit anderen Bietern in insgesamt 3.500 Bauvorhaben vorgehalten, 272 Bauvorhaben habe die Antragstellerin als abgesprochen anerkannt.

Mit Nachprüfungsantrag vom 15.6.2023 begehrte die A. Gesellschaft m.b.H. durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.6.2023. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin schon länger als drei Jahre Kenntnis von den Verfehlungen der Antragstellerin habe, zumal sie sich bereits dem Verfahren vor der WKStA als Privatbeteiligte angeschlossen und spätestens seit der dokumentierten Akteneinsicht im Jahr 2019 Kenntnis vom betreffenden Ereignis gehabt hätte. Außerdem habe die Antragstellerin ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen und selbige in den schriftlichen und mündlichen Äußerungen im Zuge der Aufklärungsgespräche hinreichend dargelegt.

Mit Beschluss vom 22.6.2023 wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung untersagt werden sollte, ab.

Die Pauschalgebühren für die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.6.2023 und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betragen (aufgerundet) 5703,-- Euro, das ist die bei einem Bauauftrag im Unterschwellenbereich für einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entrichtende Pauschalgebühr. Von der Antragstellerin wurden tatsächlich Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 11.407,50,-- Euro entrichtet.

Mit Schriftsätzen vom 7.7.2023 und vom 18.7.2023 nahm die Auftraggeberin umfassend zum Nachprüfungsantrag Stellung und beantragte dessen Abweisung. Mit Schriftsätzen vom 14.7.2023 und vom 19.7.2023 erstattete die Antragstellerin eine Replik auf die zuletzt genannte Stellungnahme der Auftraggeberin und hielt ihren Nachprüfungsantrag vollinhaltlich aufrecht.

Am 20.7.2023 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt, zu welcher die Antragstellerin, die Auftraggeberin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin geladen waren. In der fortgesetzten Verhandlung am 25.7.2023 wurde die Entscheidung schriftlich verkündet.

In der Verhandlung am 20.7.2023 brachte die Auftraggeberin vor, sie habe erstmals durch die Presseaussendung der BWB im 22. Februar 2023 Kenntnis vom Anerkenntnis vergaberechtswidrigen Verhaltens der Antragstellerin gegenüber der BWB erlangt. Die Antragstellerin bestätigte, dass vor dieser Presseausendung keine Information über das Anerkenntnis an die Auftraggeberin ergangen sei, verwies aber darauf, dass die Auftraggeberin bereits 2021 unter anderem im Wege des ANKÖ anerkannt habe, dass hinreichende Anhaltspunkte für ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragstellerin im Zusammenhang mit Vorwürfen gegen große Baufirmen (Tiefbaukartell) vorlägen. Von der Auftraggeberin wurde dies bestritten.

Der Vertreter der Antragstellerin konkretisierte, dass die Stadt Wien über die Verbandsregistrauskunft vom Beschuldigtenstatus der Antragstellerin in einem bei der WKStA anhängigen Strafverfahren erfahren habe. In diesem Zusammenhang seien von der Antragstellerin Selbstreinigungsmaßnahmen gegenüber der Stadt Wien offengelegt worden und habe es bereits 2021 ein Aufklärungsgespräch gegeben, sodass davon auszugehen sei, dass bereits 2021 die Auftraggeberin über kartellrechtswidrige Absprachen im Tiefbau informiert gewesen sei.

Der Vertreter der Auftraggeberin erwiderte, dass die Aufklärungsgespräche 2021 ausschließlich der Feststellung von allfälligen Schadenersatzansprüchen gedient hätten und nicht der Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit bzw. allfälliger Selbstreinigungsmaßnahmen. Die Frage, ob es eine Beteiligung der Antragstellerin an kartellrechtswidrigen Absprachen betreffend Verfahren der Stadt Wien gegeben habe, sei damals von der Antragstellerin verneint worden. Im Übrigen sei es bis 2022 noch zu Auftragsvergaben an die Antragstellerin gekommen. Konkret habe es den letzten Auftrag an die Antragstellerin im Jahr 2022 betreffend ein Bauvorhaben in D. gegeben.

Der Vertreter der Antragstellerin erklärte über Befragen durch das Verwaltungsgericht, dass die Antragstellerin auf Grund der bei ihr durchgeführten Hausdurchsuchung zwar Kenntnis von strafrechtlichen Ermittlungen durch die WKStA hatte, von dem bei der BWB gegen sie geführten kartellrechtlichen Verfahren aber erst im Jahr 2022 Kenntnis erlangt habe.

Es habe seitens der Antragstellerin vor dem Anerkenntnis gegenüber der BWB im Februar 2023 keine Eingeständnisse seitens der Antragstellerin gegeben. Das erkläre sich damit, dass die Antragstellerin ursprünglich von dem im Strafverfahren abgesteckten Ausmaß der Vorwürfe ausgegangen sei; als ihr dann (im Jahr 2022) von der BWB die Beschwerdepunkte mitgeteilt worden seien, habe sie erfahren, dass sich wegen einer Liste von durch die STRABAG vorgelegten, möglicherweise abgesprochenen Bauvorhaben der Verdacht erweitert habe. Anhand dieser Liste sei eine weitere interne Recherche erfolgt, die letztlich in die 272 Bauvorhaben gemündet habe, die von der Antragstellerin gegenüber der BWB als abgesprochen anerkannt worden seien. Diese internen Ermittlungen seien dokumentiert und der BWB, nicht aber der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt worden. Der Auftraggeberin seien nur die Ergebnisse der der BWB vorgelegten internen Recherchen im Zuge der gegenständlichen Aufklärung im Kern mitgeteilt worden. Weitergehende interne Recherchen habe es nicht gegeben, zumal keine entsprechenden Unterlagen vorhanden gewesen seien und die an möglichen Absprachen beteiligten Personen schon pensioniert worden wären.

Im Strafverfahren vor der WKStA sei, so die Antragstellerin, von ca. 20 abgesprochenen Verfahren ausgegangen worden, im Vergleich dazu sei die BWB von ca. 3.500 abgesprochenen Bauvorhaben ausgegangen.

Der Vertreter der Auftraggeberin erklärte, dass die Stadt Wien erstmalig davon erfahren habe, dass von den im Verfahren vor der BWB als abgesprochen anerkannten Bauvorhaben auch Ausschreibungen der Stadt Wien betroffen waren, als im Verhandlungsprotokoll über die Verhandlung vor dem Kartellgericht festgehalten wurde, dass im Anerkenntnis der Antragstellerin auch Verfahren betreffend die Stadt Wien enthalten waren. Dies sei der Auftraggeberin von einem von der von ihr beauftragten Rechtsanwaltskanzlei entsandten Mitarbeiter am 10.5.2023 berichtet worden. Dass an diesem Tag (dem 10.5.2023) die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgte, sei einer verzögerten internen Kommunikation zuzuschreiben. Die die Zuschlagsentscheidung treffenden Personen hätten zu diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis von den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vor dem Kartellgericht gehabt.

Auf Befragen zu Seite 24 des Beschlusses des Kartellgerichts, wonach es unter anderem zu fixen Gebietsverteilungen nach Bezirken gekommen sei, bestätigte der Vertreter der Antragstellerin, dass das in etwa auch bei der internen Recherche der Auftraggeberin herausgekommen sei, man könne sagen, man (die Antragstellerin und weitere in die gegenständlich relevanten kartellrechtlichen Absprachen involvierte Bauunternehmen) habe in etwa gegenseitig Gebiete respektiert. Das sei bereits 2020 das Ergebnis einer internen Recherche gewesen, es sei aber damit noch nicht gesagt, dass es dabei um kartellrechtswidriges Verhalten gehe.

Der Vertreter der Auftraggeberin verwies in diesem Zusammenhang auf das Aufklärungsgespräch im April 2023, wonach es laut Antragstellerin zwar Verdachtsmomente zu abgesprochenen Bauvorhaben im Bereich der Stadt Wien als Auftraggeberin gegeben habe, wie z.B. im Hinblick auf Kontrahentenverträge und das Bauvorhaben E.-Straße, diese Verdachtsmomente aber nicht verifiziert bzw. erwiesen werden konnten.

Sachverhalt:

Aufgrund des insoweit unstrittigen Vergabeakts wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Gegen die Antragstellerin sowie gegen weitere große Bauunternehmen wurde seit 2017 von der BWB wegen des Verdachts zahlreicher abgesprochener Bauvorhaben kartellrechtlich ermittelt. Zugleich liefen deshalb auch Ermittlungen der WKStA wegen des Verdachts strafrechtlicher Verfehlungen. Die Ermittlungen der WKStA bezogen bzw. beziehen sich auf ca. 20 abgesprochene Verfahren, die Ermittlungen der BWB dagegen auf ca. 3.500 Verfahren. Diese Feststellungen gründen sich auf die diesbezüglichen Angaben des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Von den Ermittlungen der WKStA erlangte die Antragstellerin schon frühzeitig durch eine bei ihr vorgenommene Hausdurchsuchung Kenntnis, von den Ermittlungen der BWB erst im Jahr 2022. Die Stadt Wien schloss sich dem bei der WKStA geführten Ermittlungsverfahren im Juni 2019 als Privatbeteiligte an und nahm am 11.7.2019 Akteneinsicht. Diese unstrittige Feststellung ergibt sich aus den von der Antragstellerin vorgelegten Schriftsätzen und den Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung.

Am 1.2.2023 gab die Antragstellerin gegenüber der BWB ein Anerkenntnis ab, in welchem sie den von der BWB vorgebrachten Sachverhalt außer Streit stellte, die rechtliche Qualifikation als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen § 1 Abs. 1 KartG und Art. 101 Abs. 1 AEUV anerkannte und die in Aussicht gestellte Geldbuße von 4,81 Millionen Euro akzeptierte. Dazu legte die Antragstellerin eine (exemplarische) Liste von 272 Bauvorhaben vor, bei denen sie an kartellrechtlichen Absprachen beteiligt war. Diese Feststellungen gründen sich auf die Angaben der Antragstellerin und auf das mittlerweile rechtskräftige Urteil des OLG Wien als Kartellgericht vom 9.5.2023, Am 1.2.2023 gab die Antragstellerin gegenüber der BWB ein Anerkenntnis ab, in welchem sie den von der BWB vorgebrachten Sachverhalt außer Streit stellte, die rechtliche Qualifikation als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen Paragraph eins, Absatz eins, KartG und Artikel 101, Absatz eins, AEUV anerkannte und die in Aussicht gestellte Geldbuße von 4,81 Millionen Euro akzeptierte. Dazu legte die Antragstellerin eine (exemplarische) Liste von 272 Bauvorhaben vor, bei denen sie an kartellrechtlichen Absprachen beteiligt war. Diese Feststellungen gründen sich auf die Angaben der Antragstellerin und auf das mittlerweile rechtskräftige Urteil des OLG Wien als Kartellgericht vom 9.5.2023,

Das gegenüber der BWB am 1.2.2023 abgegebene Anerkenntnis der kartellrechtlichen Verfehlungen durch die Antragstellerin wurde der Auftraggeberin laut ihrer glaubhaften Auskunft in der mündlichen Verhandlung erstmals durch eine Pressemitteilung der BWB am 22.2.2023 bekannt.

Am 16.3.2023 erging in einem anderen Vergabeverfahren, in welchem die Antragstellerin vom Bieter als notwendige Subunternehmerin benannt worden war, ein Aufklärungsersuchen betreffend die beruflichen Verfehlungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit dem oben dargestellten kartellrechtlichen Verfahren.

Am 21.3.2023 erfolgte die Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 22.3.2023 legte die Antragstellerin die von ihr getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen dar und erklärte, dass bei den von ihr als abgesprochen anerkannten Verfahren keines dieser Verfahren die Stadt Wien als Auftraggeberin betreffe.

Am 14.4.2023 verlangte die Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren von der Antragstellerin Auskunft darüber, ob es Bauvorhaben gibt, die nach internen/externen Untersuchungen als abgesprochen qualifiziert wurden, aber nicht vom Anerkenntnis vom 1.2.2023 umfasst sind.

Am 18.4.2023 beantwortete die Antragstellerin dieses Aufklärungsersuchen und hielt fest:

„Die BWB geht davon aus, dass es auch in Wien zu Absprachen/Gebietsaufteilungen gekommen ist. A. konnte dies in eigenen Untersuchungen nicht verifizieren. A. hat daher auch gegenüber der BWB kein Bauvorhaben der Stadt Wien als betroffen anerkannt. Ein explizites kartellrechtliches Fehlverhalten im Rahmen von konkreten Absprachen ist nicht festgestellt worden und ist aufgrund des extremen Wettbewerbs auch nicht wahrscheinlich, kann aber auch nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden.“

Am 20.4.2023 bekräftigte der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin in einem Aufklärungsgespräch in der Kanzlei des anwaltlichen Vertreters der Auftraggeberin seine Aufklärung und führte ergänzend zur schriftlichen Stellungnahme vom 14.4.2023 aus, es habe zwar Verdachtsmomente dafür gegeben, dass auch Verfahren der Stadt Wien von kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen durch die Antragstellerin betroffen gewesen sein könnten, wie z.B. Kontrahentenverträge und das Bauvorhaben E.-Straße, diese Verdachtsmomente hätten allerdings nicht verifiziert bzw. erwiesen werden können. Es dürfe daher davon ausgegangen werden, dass es keine solchen Bauvorhaben gebe.

Am 9.5.2023 erging der mittlerweile rechtskräftige Beschluss des Kartellgerichts zu GZ Mit diesem Beschluss wurde über die Antragstellerin wegen der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung gegen § 1 Abs. 1 KartG und Art. 101 Abs. 1 AEUV in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum Juli 2002 bis Oktober 2017 gemäß § 29 Z 1 lit. a und d KartG eine Geldbuße von 4,81 Mio. Euro verhängt. Am 9.5.2023 erging der mittlerweile rechtskräftige Beschluss des Kartellgerichts zu GZ Mit diesem Beschluss wurde über die Antragstellerin wegen der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung gegen Paragraph eins, Absatz eins, KartG und Artikel 101, Absatz eins, AEUV in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum Juli 2002 bis Oktober 2017 gemäß Paragraph 29, Ziffer eins, Litera a und d KartG eine Geldbuße von 4,81 Mio. Euro verhängt.

Die Zuwiderhandlungen der Antragstellerin gegen das Kartellrecht wurden von ihr betreffend 272 Bauvorhaben explizit anerkannt und wurde von der Antragstellerin zudem die Beteiligung an der Gesamtzuwiderhandlung (außer der Antragstellerin waren noch andere große Bauunternehmen bei rund 3.500 Bauvorhaben in ganz Österreich an diversen kartellrechtswidrigen Handlungen beteiligt) bei Ausschreibungen des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, der Stadt Wiener Neustadt, der Stadt Wien und der diversen Auftraggeber im Land Burgenland außer Streit gestellt. Diese Feststellungen gründen sich auf das Protokoll über die Verhandlung vor dem Kartellgericht vom 9.5.2023.

Die die Stadt Wien als Auftraggeberin betreffenden wettbewerbsrelevanten Zuwiderhandlungen der Antragstellerin werden vom Kartellgericht in der Urteilsbegründung wie folgt dargestellt:

„Im Rahmen von Ausschreibungen der MA 28, der Magistratsabteilung 28 für Straßenverwaltung und Straßenbau der Stadt Wien, kam es unter Beteiligung der Antragsgegnerin zu langjährigen, zum Teil historisch gewachsenen Preisabsprachen, Marktaufteilungen sowie zum Austausch über zukünftiges Abgabeverhalten. Diese Zuwiderhandlungen erfolgten anlass- und projektbezogen über einen „Arbeitsabtausch“ oder einen Austausch über

„Interessensbekundungen“, zum Teil auch als Ausgleichsleistung für einen Subauftrag. In Bezug auf Mehrjahresbauverträge der MA 28 gab es überdies eine fixe Gebietsaufteilung nach Bezirken. Diese Handlungen wurden, neben begleitenden bilateralen Gesprächen, im Rahmen von regelmäßigen Gesprächsrunden, der sogenannten „großen Runde“, zwischen den fünf beteiligten Bauunternehmen, darunter der Antragsgegnerin, zwei bis vier Mal im Jahr organisiert. Bei den dabei teilweise besprochenen ARGE-Gründungen war die Antragsgegnerin selbst nicht beteiligt (. /B, . /T, . /O, . /X, . /A). Von den kartellrechtswidrigen Handlungen war etwa rund die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen der MA 28 betroffen. Umfasst waren etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibungsvolumen in Höhe von mehr als EUR 2 68 Mio (. /B, . /C, . /Y).“

Am 10.5.2023 fällte die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin und gab selbige auch den übrigen Bietern bekannt.

Am selben Tag (10.5.2023) erging ein weiteres Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin, weil nach Auffassung der Auftraggeberin die von ihr gegebene Aufklärung, wonach sie von Bieterabsprachen im Zusammenhang mit Aufträgen der Stadt Wien keine Kenntnis habe, im Widerspruch zu den Erklärungen der Antragstellerin in der Verhandlung vor dem Kartellgericht stünden.

Mit Schreiben vom 12.5.2023 verneinte die Antragstellerin solch einen Widerspruch und brachte vor, die zur Verhandlung vor dem Kartellgericht erschienene Konzipientin der anwaltlichen Vertretung der Auftraggeberin müsse etwas nicht richtig verstanden haben.

Mit neuerlichem Aufklärungsschreiben vom 22.5.2023 blieb die Auftraggeberin bei ihrer Auffassung, die bisherige Aufklärung durch die Antragstellerin sei im Hinblick auf die Ergebnisse des kartellrechtlichen Verfahrens widersprüchlich.

Nachdem die Antragstellerin in ihrem Antwortschreiben vom 25.5.2023 auf ihrem Standpunkt beharrt hatte, zog die Auftraggeberin am 1.6.2023 die Zuschlagsentscheidung vom 10.5.2023 zurück und machte am 6.6.2023 die mit Nachprüfungsantrag vom 15.6.2023 bekämpfte Ausscheidensentscheidung über das ANKÖ bekannt. Nach dieser Bekanntmachung, aber noch am selben Tag (6.6.2023) und noch vor Eintritt der Rechtskraft übermittelte die Antragstellerin der Auftraggeberin eine schriftliche Ausfertigung des Beschlusses des Kartellgerichts vom 9.5.2023.

Diese unstrittigen Feststellungen gründen sich auf den im Vergabeakt einliegenden Schriftverkehr zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin sowie auf das Verhandlungsprotokoll über die Verhandlung vor dem OLG Wien als Kartellgericht vom 9.5.2023 (GZ ...) und den mittlerweile rechtskräftigen, das kartellrechtliche Verfahren abschließenden Beschluss des Kartellgerichts vom selben Tag (GZ ...). Dass die Übermittlung des Beschlusses des Kartellgerichts vom 9.5.2023 nach Bekanntmachung der Ausscheidensentscheidung erfolgte, ergibt sich aus dem Schriftsatz der Auftraggeberin vom 7.7.2023 (Punkt 1.15), auf den die Antragstellerin in ihrer Replik vom 14.7.2023 verwiesen hat.

Der Umstand, dass laut Kartellgericht – entgegen der von der Antragstellerin gegebenen Aufklärung – auch Verfahren der Auftraggeberin, und zwar ca. die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen der MA 28 – von wettbewerbsrelevanten Verfehlungen unter Beteiligung der Antragstellerin betroffen waren, wurde der Auftraggeberin erstmals am 9.5.2023 bekannt, zumal ein anwaltlicher Vertreter der Auftraggeberin bei der Verhandlung vor dem Kartellgericht zugegen war. Dass trotz dieser Information die Auftraggeberin am folgenden Tag die Antragstellerin für die Zuschlagserteilung vorsah und diese (später widerrufene) Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin sowie den übrigen Bietern mitteilte, erscheint ungewöhnlich, wurde aber von der Auftraggeberin schlüssig damit erklärt, dass der Informationsfluss zwischen den Mitarbeitern nicht schnell genug erfolgt war.

Diese Feststellungen gründen sich auf das glaubhafte Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Beurteilung:

1. Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen

Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen. Gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber – unbeschadet der Absatz 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen.

Gemäß § 83 Abs. 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 82 Abs. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 82 Abs. 3 eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 1 oder 6 lit. a vorliegt oder erlangt der öffentliche Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 78 Abs. 3 bis 5 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß Paragraph 82, Absatz 2, verlangten Nachweise und die gemäß Paragraph 82, Absatz 3, eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins, oder 6 Litera a, vorliegt oder erlangt der öffentliche Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des Paragraph 78, Absatz 3 bis 5 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.

Gemäß § 83 Abs. 2 leg.cit. hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz 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: Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, leg.cit. hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung im Sinne des Absatz eins, letzter Satz 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.

Gemäß § 83 Abs. 3 leg.cit. hat der öffentliche Auftraggeber 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. Gemäß Paragraph 83, Absatz 3, leg.cit. hat der öffentliche Auftraggeber 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.

Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 oder 2 vorliegt, keine oder nur unzureichende

Maßnahmen gemäß Abs. 2 und 3 ergriffen, so darf er gemäß § 83 Abs. 5 leg.cit. – unbeschadet des Abs. 4 – Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 78, Absatz eins, oder 2 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Absatz 2 und 3 ergriffen, so darf er gemäß Paragraph 83, Absatz 5, leg.cit. – unbeschadet des Absatz 4, –

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder 1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer eins, höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder

2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 2 bis 5 und 7 bis 11 höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis 2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 2 bis 5 und 7 bis 11 höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis

von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

2. Zur Frage des Vorliegens des Ausscheidensgrundes nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018. Zur Frage des Vorliegens des Ausscheidensgrundes nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018:

Die Antragstellerin hat durch kartellrechtswidrige Absprachen in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern im Zeitraum Juli 2002 bis Oktober 2017 - wie mit Beschluss des OLG Wien als Kartellgericht mit rechtskräftigem Beschluss vom 9.5.2023 festgestellt - unstrittig den Ausscheidensgrund nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 verwirklicht. Strittig ist dagegen die Frage, ob die Auftraggeberin von diesen kartellrechtlichen Verfehlungen der Antragstellerin nicht schon seit mehr als drei Jahren Kenntnis hatte, sodass der betreffende Ausschlussstatbestand gemäß § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 nicht mehr aufgegriffen werden durfte. Des Weiteren ist strittig, ob die Antragstellerin ausreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung im Sinne des § 83 Abs. 1 und 2 getroffen hat und daher trotz grundsätzlichem Vorliegen des Ausschlussgrundes nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 nicht hätte ausgeschieden werden dürfen. Die Antragstellerin hat durch kartellrechtswidrige Absprachen in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern im Zeitraum Juli 2002 bis Oktober 2017 - wie mit Beschluss des OLG Wien als Kartellgericht mit rechtskräftigem Beschluss vom 9.5.2023 festgestellt - unstrittig den Ausscheidensgrund nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 verwirklicht. Strittig ist dagegen die Frage, ob die Auftraggeberin von diesen kartellrechtlichen Verfehlungen der Antragstellerin nicht schon seit mehr als drei Jahren Kenntnis hatte, sodass der betreffende Ausschlussstatbestand gemäß Paragraph 83, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 nicht mehr aufgegriffen werden durfte. Des Weiteren ist strittig, ob die Antragstellerin ausreichende Maßnahmen zur Selbstreinigung im Sinne des Paragraph 83, Absatz eins und 2 getroffen hat und daher trotz grundsätzlichem Vorliegen des Ausschlussgrundes nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 nicht hätte ausgeschieden werden dürfen.

3. Zur Frage des Beginns der Frist nach § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018. Zur Frage des Beginns der Frist nach Paragraph 83, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018:

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2018 führen aus, dass als hinreichender Grund für einen Ausschluss gemäß § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 jedenfalls eine Verurteilung nach § 168b StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) in Betracht kommt und es der Einschätzung des Auftraggebers obliegt, ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür darstellen, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2018 führen aus, dass als hinreichender Grund für einen Ausschluss gemäß Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 jedenfalls eine Verurteilung nach Paragraph 168 b, StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) in Betracht kommt und es der Einschätzung des Auftraggebers obliegt, ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür darstellen, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt.

Die Antragstellerin argumentiert, der Lauf dieser Frist würde gegenständlich spätestens mit der Einsichtnahme in den Akt der WKStA durch die dem Strafverfahren als Privatbeteiligte angeschlossene Auftraggeberin im Jahr 2019 beginnen und sei daher zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung am 6.6.2023 bereits abgelaufen gewesen. Mit dieser Argumentation ist die Antragstellerin nicht im Recht:

Zum einen hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst erklärt, von den Ermittlungen der

Bundswettbewerbsbehörde gegen sie erst im Jahr 2022 erfahren zu haben und trat sie den Ausführungen der Auftraggeberin, von dem von der Antragstellerin im Zuge dieser Ermittlungen am 1.2.2023 abgegebenem Anerkenntnis erst mit der Pressemitteilung der BWB am 22.2.2023 Kenntnis erlangt zu haben, nicht entgegen.

Zum anderen ist hinsichtlich der Argumentation, die Auftraggeberin habe durch ihre Stellung als Privatbeteiligte in einem wegen wettbewerbsrechtlicher Verfehlungen der Antragstellerin geführten Strafverfahren vor der WKStA schon seit dem Jahr 2019 Kenntnis von dem betreffenden Ereignis (kartellrechtliche Verfehlungen der Antragstellerin) gehabt, festzuhalten, dass die Ermittlungen der WKStA laut Auskunft der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nur ca. 20 Bauvorhaben betreffen, wohingegen das Verfahren der BWB sich auf ca. 3.500 Bauvorhaben erstreckt hat, von denen laut Ausführungen im rechtskräftigen Beschluss des Kartellgerichts vom 9.5.2023 etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibungsvolumen von mehr als 268 Millionen Euro die Stadt Wien als Auftraggeberin betreffen, und allein das explizite Anerkenntnis der Antragstellerin 272 Bauvorhaben umfasst. Es handelt sich daher bei dem von der WKStA geführten Strafverfahren und dem kartellrechtlichen Verfahren vor der BWB um (auch vom Umfang her) verschiedene Verfahren, wobei im Verfahren vor der WKStA im Hinblick auf den (bloßen) Beschuldigtenstatus der Antragstellerin und die damit verbundene Unschuldsvermutung von keinen gesicherten und belastbaren Anhaltspunkten für die Annahme des Ausschlussgrundes nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 auszugehen ist. Zum anderen ist hinsichtlich der Argumentation, die Auftraggeberin habe durch ihre Stellung als Privatbeteiligte in einem wegen wettbewerbsrechtlicher Verfehlungen der Antragstellerin geführten Strafverfahren vor der WKStA schon seit dem Jahr 2019 Kenntnis von dem betreffenden Ereignis (kartellrechtliche Verfehlungen der Antragstellerin) gehabt, festzuhalten, dass die Ermittlungen der WKStA laut Auskunft der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nur ca. 20 Bauvorhaben betreffen, wohingegen das Verfahren der BWB sich auf ca. 3.500 Bauvorhaben erstreckt hat, von denen laut Ausführungen im rechtskräftigen Beschluss des Kartellgerichts vom 9.5.2023 etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibungsvolumen von mehr als 268 Millionen Euro die Stadt Wien als Auftraggeberin betreffen, und allein das explizite Anerkenntnis der Antragstellerin 272 Bauvorhaben umfasst. Es handelt sich daher bei dem von der WKStA geführten Strafverfahren und dem kartellrechtlichen Verfahren vor der BWB um (auch vom Umfang her) verschiedene Verfahren, wobei im Verfahren vor der WKStA im Hinblick auf den (bloßen) Beschuldigtenstatus der Antragstellerin und die damit verbundene Unschuldsvermutung von keinen gesicherten und belastbaren Anhaltspunkten für die Annahme des Ausschlussgrundes nach Paragraph 78, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 auszugehen ist.

Dazu kommt, dass bis zum Anerkenntnis der Antragstellerin gegenüber der BWB vom 1.2.2023 keine geständige Verantwortung der Antragstellerin vorlag, sodass die Auftraggeberin betreffend das nur ca. 20 Bauvorhaben betreffende Strafverfahren bei der WKStA die Unschuldsvermutung zu beachten hatte. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Entscheidung des EuGH vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis) hinzuweisen, wonach „aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit“ davon auszugehen sei, dass die vorgesehene Dauer von drei Jahren nicht ab dem Datum des Endes der Kartellbeteiligung, sondern ab dem Datum der verurteilenden Entscheidung durch die zuständige Wettbewerbsbehörde bzw. das zuständige Gericht beginnt. Dabei verweist der EuGH auf die Schlussanträge des Generalanwalts, in denen hervorgehoben wird, dass es auf die „juristische Feststellung der Existenz des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens“, also seine „Einstufung und Ahndung als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“ ankommt. Den Schlussanträgen lässt sich darüber hinaus entnehmen, dass der Auftraggeber über „gesicherte und belastbare Kenntnisse“ betreffend das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Bieters verfügen muss, um den Lauf der Frist von drei Jahren in Gang zu setzen. Solche „gesicherten und belastbaren Kenntnisse“ liegen gegenständlich nicht bereits zum Zeitpunkt der Einsichtnahme in den Akt der WKStA durch die Auftraggeberin im Jahr 2019, sondern erst mit Bekanntwerden des Anerkenntnisses der Antragstellerin gegenüber der BWB am 22.2.2023 vor. Ab diesem Zeitpunkt begann daher die Frist des § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 zu laufen. Dazu kommt, dass bis zum Anerkenntnis der Antragstellerin gegenüber der BWB vom 1.2.2023 keine geständige Verantwortung der Antragstellerin vorlag, sodass die Auftraggeberin betreffend das nur ca. 20 Bauvorhaben betreffende Strafverfahren bei der WKStA die Unschuldsvermutung zu beachten hatte. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Entscheidung des EuGH vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis) hinzuweisen, wonach „aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit“ davon auszugehen sei, dass die vorgesehene Dauer von drei Jahren nicht ab dem Datum des Endes der Kartellbeteiligung, sondern ab dem

Datum der verurteilenden Entscheidung durch die zuständige Wettbewerbsbehörde bzw. das zuständige Gericht beginnt. Dabei verweist der EuGH auf die Schlussanträge des Generalanwalts, in denen hervorgehoben wird, dass es auf die „juristische Feststellung der Existenz des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltes“, also seine „Einstufung und Ahndung als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten“ ankommt. Den Schlussanträgen lässt sich darüber hinaus entnehmen, dass der Auftraggeber über „gesicherte und belastbare Kenntnisse“ betreffend das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Bieters verfügen muss, um den Lauf der Frist von drei Jahren in Gang zu setzen. Solche „gesicherten und belastbaren Kenntnisse“ liegen gegenständlich nicht bereits zum Zeitpunkt der Einsichtnahme in den Akt der WKStA durch die Auftraggeberin im Jahr 2019, sondern erst mit Bekanntwerden des Anerkenntnisses der Antragstellerin gegenüber der BWB am 22.2.2023 vor. Ab diesem Zeitpunkt begann daher die Frist des Paragraph 83, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 zu laufen.

Daran mag auch das Vorbringen der Antragstellerin, es sei bereits 2021 zu Aufklärungsgesprächen mit Vertretern der Stadt Wien gekommen, nichts zu ändern, dienten doch diese Gespräche – wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung schlüssig dargelegt hat – der Feststellung und Wahrung allfälliger Schadenersatzansprüche und nicht der Klärung der beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin oder der Überprüfung allfälliger Selbstreinigungsmaßnahmen. In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass bis einschließlich das Jahr 2022 zur Beauftragung der Antragstellerin im Rahmen von Ausschreibungen der Stadt Wien gekommen ist. Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, dass der Auftraggeberin schon 2021 hinreichend plausible Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Antragstellerin vorlagen.

4. Zur Frage der Wiederherstellung der beruflichen Zuverlässigkeit durch Selbstreinigungsmaßnahmen:

Die Antragstellerin behauptet ihre Zuverlässigkeit mit Verweis darauf, dass sie erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen getätigt habe. So habe sie iSd § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 den Sachverhalt gegenüber den Ermittlungsbehörden, nämlich den Strafbehörden und der Bundeswettbewerbsbehörde, umfassend aufgeklärt, die Vorlage der von der Auftraggeberin geforderten Unterlagen interner Untersuchungsergebnisse zur Feststellung deren möglicher Betroffenheit sei nicht erforderlich. Die Antragstellerin habe in mehreren Aufklärungsgesprächen umfassend zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen, so zuletzt am 20.4.2023. Eine (weitergehende) gesetzliche Kooperationspflicht mit der Auftraggeberin sei nicht vorgesehen. Die Antragstellerin behauptet ihre Zuverlässigkeit mit Verweis darauf, dass sie erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen getätigt habe. So habe sie iSd Paragraph 83, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2018 den Sachverhalt gegenüber den Ermittlungsbehörden, nämlich den Strafbehörden und der Bundeswettbewerbsbehörde, umfassend aufgeklärt, die Vorlage der von der Auftraggeberin geforderten Unterlagen interner Untersuchungsergebnisse zur Feststellung deren möglicher Betroffenheit sei nicht erforderlich. Die Antragstellerin habe in mehreren Aufklärungsgesprächen umfassend zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen, so zuletzt am 20.4.2023. Eine (weitergehende) gesetzliche Kooperationspflicht mit der Auftraggeberin sei nicht vorgesehen.

Die Antragstellerin verkennt mit dieser Argumentation, dass sie bereits aufgrund der Systematik der Bestimmungen des BVergG 2018, fallbezogen den §§ 78, 82, 83 BVergG 2018 eine aktive Verpflichtung zum Nachweis ihrer beruflichen Zuverlässigkeit gegenüber der Auftraggeberin trifft. Losgelöst von der EuGH-Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis), ergibt sich diese aktive Verpflichtung zur Aufklärung bereits aus den von der Auftraggeberin einzuhaltenden vergaberechtlichen Grundsätzen (§ 20 BVergG 2018). Diese Grundsätze dienen gerade dem – von der Antragstellerin über Jahre hinweg verletzten – Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs und ist die Auftraggeberin dabei auf die aktive, transparente Mitarbeit der Antragstellerin geradezu angewiesen. Mit anderen Worten musste die Auftraggeberin anlässlich der anerkannten langjährigen kartellrechtswidrigen Zuwiderhandlungen der Antragstellerin diese aktive Mitarbeit – ungeachtet deren Zusammenarbeit mit den Strafbehörden und/oder der BWB – einfordern, um selbst die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere jenen der Bietergleichbehandlung, nicht zu verletzen. Die Antragstellerin verkennt mit dieser Argumentation, dass sie bereits aufgrund der Systematik der Bestimmungen des BVergG 2018, fallbezogen den Paragraphen 78, 82, 83, BVergG 2018 eine aktive Verpflichtung zum Nachweis ihrer beruflichen Zuverlässigkeit gegenüber der Auftraggeberin trifft. Losgelöst von der EuGH-Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis), ergibt sich diese aktive Verpflichtung zur Aufklärung bereits aus den von der Auftraggeberin einzuhaltenden vergaberechtlichen Grundsätzen (Paragraph 20, BVergG 2018). Diese Grundsätze dienen gerade dem – von der Antragstellerin über Jahre hinweg verletzten – Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs und ist die Auftraggeberin dabei auf die aktive, transparente Mitarbeit der Antragstellerin geradezu angewiesen. Mit anderen

Worten musste die Auftraggeberin anlässlich der anerkannten langjährigen kartellrechtswidrigen Zuwiderhandlungen der Antragstellerin diese aktive Mitarbeit – ungeachtet deren Zusammenarbeit mit den Strafbehörden und/oder der BWB – einfordern, um selbst die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere jenen der Bietergleichbehandlung, nicht zu verletzen.

Soweit die Antragstellerin nun darauf verweist, sie habe in mehreren Aufklärungsschreiben und Aufklärungsgesprächen umfassend über ihre gesetzliche Verpflichtung hinaus aufgeklärt, ist ihr entgegen zu halten, dass sie auf die – berechnete und ihre Mitwirkungspflicht keinesfalls überspannende – Frage der Auftraggeberin im Aufklärungsgespräch vom 24.4.2023, ob es Bauvorhaben der Stadt Wien gibt, die nach internen/externen Untersuchungen als abgesprochen qualifiziert wurden, dies verneint hat. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass auf erneutes Nachhaken der Auftraggeberin, die Antragstellerin ausführte, „es werde davon ausgegangen, dass das kartellgerichtliche Verfahren keine abgesprochenen Bauvorhaben der Stadt Wien unter Beteiligung der Antragstellerin hervorbringen werde, es sei aber nicht völlig auszuschließen“.

Aufgrund der Teilnahme an der Verhandlung zu ... im Mai 2023 wurde der Auftraggeberin anlässlich des vor Gericht erklärten Eingeständnisses der Antragstellerin, an der Gesamtzuwiderhandlung (außer der Antragstellerin waren noch andere große Bauunternehmen bei rund 3.500 Bauvorhaben in ganz Österreich an diversen kartellrechtswidrigen Handlungen beteiligt) auch bei von der Stadt Wien ausgeschriebenen Bauvorhaben beteiligt gewesen zu sein, bewusst. Laut ausgefertigtem und mittlerweile auch rechtskräftigem Gerichtsbeschluss war es sogar bei ca. der Hälfte der Ausschreibungen der Magistratsabteilung 28 zu kartellrechtswidrigen Absprachen unter Beteiligung der Antragstellerin gekommen.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Auftraggeberin von der Antragstellerin in den vorangegangenen Aufklärungsschreiben und Aufklärungsgesprächen nicht korrekt informiert worden war. Durch die im Zuge der Aufklärung gegebenen irreführenden Informationen über Absprachen und Gebietsaufteilungen bei Bauvorhaben der Stadt Wien hat die Antragstellerin nicht nur verabsäumt, das verloren gegangene Vertrauen der Auftraggeberin in die Zuverlässigkeit der Antragstellerin wiederzuerlangen, sondern auch den Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 2 BVergG 2018 verwirklicht. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Auftraggeberin von der Antragstellerin in den vorangegangenen Aufklärungsschreiben und Aufklärungsgesprächen nicht korrekt informiert worden war. Durch die im Zuge der Aufklärung gegebenen irreführenden Informationen über Absprachen und Gebietsaufteilungen bei Bauvorhaben der Stadt Wien hat die Antragstellerin nicht nur verabsäumt, das verloren gegangene Vertrauen der Auftraggeberin in die Zuverlässigkeit der Antragstellerin wiederzuerlangen, sondern auch den Ausscheidensgrund des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 verwirklicht.

Vor dem Hintergrund der Feststellungen des Kartellgerichtes, wonach betreffend Aufträge der Stadt Wien kartellrechtswidrige Absprachen über Jahre hinweg in der sogenannten „großen Runde“ getroffen wurden, kann auch nicht von einem ausreichenden, initiativen, aktiven Bemühen der Antragstellerin zur Selbstreinigung ausgegangen werden. Es erscheint nämlich angesichts der zeitlichen Dimension und der Verfestigung in Form einer bereits dem Namen nach „etablierten“ Vorgangsweise wenig plausibel, dass dies der Antragstellerin bei entsprechenden zielgerichteten Untersuchungen verborgen bleiben konnte. Dazu kommt, dass der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 20.7.2023 über Vorhalt des Beschlusses des Kartellgerichtes, wonach es bei Bauvorhaben der Stadt Wien unter anderem zu fixen Gebietsverteilungen nach Bezirken gekommen sei, bestätigt hat, dass derartiges in etwa auch bei der internen Recherche der Auftraggeberin herausgekommen sei, man könne sagen, man (die Antragstellerin und weitere in kartellrechtliche Absprachen involvierte Bauunternehmen) habe in etwa gegenseitig Gebiete respektiert, womit allerdings noch nicht gesagt, dass es dabei um kartellrechtswidriges Verhalten gehe.

Zumindest dieses Ergebnis der internen Recherchen (ohne Vorgehen auf eine rechtliche Beurteilung durch das OLG als Kartellgericht) hätte die Antragstellerin der Auftraggeberin spätestens im konkreten Vergabeverfahren anlässlich der Prüfung ihrer Zuverlässigkeit als vertrauensbildende Maßnahme kommunizieren müssen. Ob die Antragstellerin eine entsprechende Aufklärung deshalb unterlassen hat, weil sie die Gebietsaufteilungen als nicht kartellrechtswidrig eingeschätzt hat, kann dahingestellt bleiben, zumal die konkrete Beurteilung der BWB und in weiterer Folge dem Kartellgericht und nicht der Antragstellerin oblag.

Die solcherart unzureichende Aufklärung gegenüber der Auftraggeberin wirkt umso schwerer, als die zur

Selbstreinigung getroffenen Maßnahmen zur Wiedererlangung der Zuverlässigkeit umso umfassender und überzeugender sein müssen, je schwerer die Straftat bzw. die Verfehlung wirkt. Dass gegenständlich eine besonders schwerwiegende berufliche Verfehlung vorliegt, lässt sich schon aus der Höhe der kartellrechtlich verhängten Geldbuße von 4,81 Mio. Euro sowie der Zahl der ausdrücklich als abgesprochen zugestandenen Bauvorhaben (272) und der Zahl von rund 3.500 Bauvorhaben, an denen die Antragstellerin beteiligt war und bei denen in Umsetzung einer Gesamtzuwiderhandlung Kontakte zwischen den Wettbewerbern eine Rolle spielten, ableiten.

Die Frage der Auftraggeberin nach ihrer eigenen Betroffenheit mit Blick auf allfällige Schadensersatzansprüche kann auch gemessen an der EuGH-Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis), nicht als überschießend gewertet werden. So muss die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber zwar auf die Maßnahmen beschränkt sein, die unbedingt erforderlich sind, damit das Ziel wirksam verfolgt werden kann, das der Prüfung der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, um die es in Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 geht, innewohnt (vgl. Rz 28). Die Antragstellerin war jedoch – österreichweit – an kartellrechtswidrigen Absprachen betreffend 3.500 Bauvorhaben beteiligt. Angesichts dieses Volumens muss die Klärung der Frage der eigenen, unmittelbaren Betroffenheit der Auftraggeberin zur weiteren Prüfung und Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin als unumgänglich bzw. unbedingt erforderlich gewertet werden. Die Frage der Auftraggeberin nach ihrer eigenen Betroffenheit mit Blick auf allfällige Schadensersatzansprüche kann auch gemessen an der EuGH-Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis), nicht als überschießend gewertet werden. So muss die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber zwar auf die Maßnahmen beschränkt sein, die unbedingt erforderlich sind, damit das Ziel wirksam verfolgt werden kann, das der Prüfung der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, um die es in Artikel 57, Absatz 6, der Richtlinie 2014/24 geht, innewohnt (vergleiche Rz 28). Die Antragstellerin war jedoch – österreichweit – an kartellrechtswidrigen Absprachen betreffend 3.500 Bauvorhaben beteiligt. Angesichts dieses Volumens muss die Klärung der Frage der eigenen, unmittelbaren Betroffenheit der Auftraggeberin zur weiteren Prüfung und Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin als unumgänglich bzw. unbedingt erforderlich gewertet werden.

Der Auftraggeberin ist auch nicht entgegen zu treten, wenn sie unter Hinweis auf EuGH vom 15.9.2022, C-416/21, Rz 42 sowie EuGH vom 30.1.2020, C-395/18, Rz 41, vermeint, dass im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung insbesondere die Integrität des Wirtschaftsteilnehmers und die Wiederherstellung des erforderlichen Vertrauensverhältnisses zu prüfen ist. Gerade diese Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses ist der Antragstellerin durch die mangelnde – im Widerspruch zu den Feststellungen des Beschlusses stehende – Aufklärung aber nicht gelungen. Vielmehr war die pauschale Verneinung der Betroffenheit der Stadt Wien von den festgestellten Zuwiderhandlungen geeignet, das Vertrauen erneut zu erschüttern.

Mit dem Vorbringen, die Antragstellerin habe der Auftraggeberin ohnedies den Beschluss des Oberlandesgerichts als Kartellgericht noch vor Eintritt der Rechtskraft am 6.6.2023 übermittelt und damit gegenüber der Auftraggeberin iSd EuGH-Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis) die aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden“ (Rz 31) hinreichend dargelegt, übersieht die Antragstellerin, dass sie im Vorfeld (Aufklärungsschreiben und Aufklärungsgespräch) vom Beschluss des Kartellgerichts abweichende Erklärungen gegenüber der Auftraggeberin abgegeben hat. Die Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin erfolgte sohin nicht im erforderlichen Ausmaß und nicht auf eine Art und Weise, die geeignet erscheint, Vertrauen aufzubauen bzw. wiederherzustellen. Auf den Umstand, dass gegenständlich die Übermittlung des Beschlusses des OLG als Kartellgericht erst nach Bekanntmachung der Ausscheidensentscheidung erfolgte, musste daher gar nicht erst näher eingegangen werden.

Die Ausscheidensentscheidung erweist sich somit insgesamt als begründet, weshalb der Nachprüfungsantrag spruchgemäß abzuweisen war.

5. Zu den Pauschalgebühren:

Die gegenständlich zu entrichtenden Pauschalgebühren sind von der Antragstellerin zu tragen, da ihrem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden war. Allerdings hat die Antragstellerin Antragsgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich entrichtet, obwohl der geschätzte Auftragswert für den gegenständlich ausgeschrieben

Bauftrag laut Auskunft der Auftraggeberin im Unterschwellenbereich liegt und daher nur Pauschalgebühren für einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich zu entrichten gewesen wären. Die zu viel entrichteten Pauschalgebühren sind daher der Antragstellerin vom Verwaltungsgericht zurückzuerstatten.

6. Zum Revisionsausspruch:

Im Hinblick darauf, dass die gegenständlich entscheidenden Rechtsfragen bereits Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH waren und sich diese Rechtsprechung weder im Hinblick auf die unionsrechtliche noch auf die nationale höchstgerichtliche Judikatur als widersprüchlich erweist, liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Schlagworte

Vergabeverfahren, Nichtigerklärung, Ausscheidensentscheidung, offenes Verfahren, Bauauftrag, Selbstreinigungsmaßnahmen, berufliche Zuverlässigkeit, Glaubhaftmachung, Anerkenntnis, vergaberechtswidriges Verhalten, kartellrechtswidrige Absprachen, Frist

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2023:VGW.123.046.7901.2023

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2024

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at