



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/8425/2023-9
A. GmbH

Wien, 18.10.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "MA 33-VB-.../2022, Wien, B.-straße", der Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - Wien leuchtet, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, durch Verkündung in der mündlichen Verhandlung am 26.7.2023,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 15.06.2023 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, MA 33 – Wien leuchtet (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin genannt), führt ein offenes Verfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Auftragsgegenstand ist der Umbau einer Beleuchtungsanlage. Die verfahrensgegenständliche Leistung ist Los eines Gesamtauftrages.

Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat sich am Vergabeverfahren beteiligt. Im Vergabeverfahren wurde mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.3.2023 dargelegt, dass hinsichtlich der Subunternehmerin der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorliege. In einer darauffolgenden Stellungnahme hat die Antragstellerin die getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen der Subunternehmerin erläutert und deren berufliche Zuverlässigkeit erklärt.

Am 9.5.2023 hat das Kartellgericht zu ... über die Subunternehmerin der Antragstellerin (C. GmbH) eine Geldbuße wegen kartellrechtswidriger Preisabsprachen, Marktaufteilung und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum von zumindest Juli 2002 bis Oktober 2017 in der Höhe von EUR 4,81 Millionen verhängt.

Mit Schreiben vom 15.6.2023 hat die Auftraggeberin der Antragstellerin auf elektronischem Wege mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde und dies im Wesentlichen damit begründet, dass die dargelegten Selbstreinigungsmaßnahmen der Subunternehmerin für eine Glaubhaftmachung der erforderlichen beruflichen Zuverlässigkeit nicht ausreichend seien und diese Gesellschaft daher mangels Zuverlässigkeit nicht über die erforderliche Eignung gemäß § 98 Abs. 3 BVergG 2018 verfüge. Da sich die Antragstellerin in ihrem Angebot gemäß § 127 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 zum Nachweis der erforderlichen Eignung auf die Kapazitäten der Subunternehmerin gestützt habe, sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 26.6.2023 dem Verwaltungsgericht Wien übermittelte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung,

Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Pauschalgebührenersatz sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde zunächst der Sachverhalt dargestellt, das Interesse und der drohende Schaden dargelegt und sodann zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung mit näherer Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Ausschlusszeitraum sei bereits verstrichen und die erfolgreiche Selbstreinigung habe die Zuverlässigkeit jedenfalls hergestellt.

Die Auftraggeberin habe bereits mit Eingabe vom 25.06.2019 einen begründeten Privatbeteiligtenanschluss im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen die C. GmbH gestellt und in der Folge Einsicht in den Ermittlungsakt der WKSTA genommen. Die Dreijahresfrist für den Ausschluss sei ab diesem Zeitpunkt zu rechnen und somit jedenfalls bereits verstrichen.

Darüber hinaus habe die C. GmbH ihre Zuverlässigkeit jedenfalls auch auf Grund von erfolgreichen Selbstreinigungsmaßnahmen wiederhergestellt. Sie habe umfassend mit den Ermittlungsbehörden bei der Aufklärung des Sachverhaltes zusammengearbeitet, mit der Auftraggeberin kooperiert, ihre Bereitschaft zum Schadensausgleich erklärt und effektive Maßnahmen im Sinne der Implementierung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens gesetzt.

Mit Schriftsatz vom 29.6.2023 gab die Antragsgegnerin Daten zum Vergabeverfahren bekannt und führte zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aus.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.06.2023 zur Zahl VGW-124/077/8426/2023 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit näherer Begründung abgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2023 replizierte die Antragsgegnerin auf den Nichtigerklärungsantrag.

In dieser Replik führte die Antragsgegnerin zunächst aus, dass sie erst durch die Pressemeldung der Bundeswettbewerbsbehörde vom 22.02.2023 Kenntnis vom Settlement (Anerkenntnis) der C. GmbH hinsichtlich des von der Bundeswettbewerbsbehörde ermittelten Sachverhaltes erlangt habe und das Bußgeld in Höhe von 4,81 Millionen Euro gegen die C. GmbH erst am 08.05.2023 verhängt worden sei. Die Dreijahresfrist sei ab dem Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde zu rechnen und somit noch nicht abgelaufen.

Die fehlende berufliche Zuverlässigkeit der C. GmbH würde sich auf deren unzureichende Sachverhaltsaufklärung gegenüber der Auftraggeberin, ihrer fehlenden Bereitschaft zur Schadenswiedergutmachung und auf ihre mangelhafte Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin gründen.

Auf ein diesbezügliches Ersuchen des Verwaltungsgerichtes gingen die Antragsgegnerin und die Antragstellerin jeweils mit Schriftsatz vom 12.07.2023 insbesondere auf das von der C. GmbH installierte interne Kontrollsystem ein. Das Vorbringen der Antragsgegnerin lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass hinsichtlich des von der C. GmbH installierten internen Kontrollsystems keine Unzulänglichkeiten geltend gemacht werden. Die Antragstellerin hat in ihrem Schriftsatz dieses Kontrollsystem kurz dargestellt.

Die Antragsgegnerin erstattete am 21.7.2023 eine ergänzende Stellungnahme. In dieser Stellungnahme ging die Antragsgegnerin noch einmal auf die Fragen der Berechnung der dreijährigen Ausschlussfrist, auf die ihrer Ansicht nach mangelnde Zusammenarbeit der C. GmbH mit der Auftraggeberin bei der Aufklärung des Sachverhaltes, auf die ihrer Ansicht nach ebenfalls mangelhafte Zusammenarbeit der C. GmbH mit den Ermittlungsbehörden und auf die Frage des Vorliegens eines Schadens ein.

Am 26.7.2023 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt, wobei das gegenständliche Verfahren mit dem Verfahren zur Zahl VGW-123/074/8407/2023 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden wurde. Die Entscheidung wurde am Ende der Verhandlung mündlich verkündet. Der Antragstellervertreter beantragte die Zustellung einer Langausfertigung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Nachstehender Sachverhalt wird als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren betreffend Wien, B.-straße, ein offenes Verfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich zu „MA33-VB-.../2022“ geführt.

Die Antragstellerin hat sich mit einem Angebot an diesem Vergabeverfahren beteiligt und für den Leistungsteil „Bauleistungen“ für die technische Leistungsfähigkeit und die Befugnis die C. Gesellschaft mbH als erforderliche Subunternehmerin angegeben.

Am 15.6.2023 informierte die Auftraggeberin der Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018.

Folgender Verfahrensgang ging der Ausscheidensentscheidung voran:

Die Bundeswettbewerbsbehörde führte nach einer Hausdurchsuchung im Frühjahr 2017 ein kartell- und wettbewerbsrechtliches Ermittlungsverfahren. Am 12.9.2022 wurden der Subunternehmerin bezügliche Beschwerdepunkte durch die Wettbewerbsbehörde mitgeteilt. Zuvor ist es bereits zur rechtskräftigen Entscheidungen des Kartellgerichtes betreffend mehrerer der größten Bauunternehmen Österreichs gekommen (...).

Am 1.2.2023 hat die Subunternehmerin ein Anerkenntnis abgegeben, indem sie den Sachverhalt außer Streit gestellt hat und die Rechtsauffassung, wonach das beschriebene Verhalten als einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen § 1 Abs. 1 KartG und Art. 101 Abs. 1 AEUV zu werten sei und kein Rechtfertigungsgrund vorliege, anerkannt, sowie die in Aussicht gestellte Geldbuße akzeptiert. Dazu hat die Subunternehmerin eine (exemplarische) Liste mit 272 Bauvorhaben vorgelegt, bei denen sie an kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligt war.

Am 22.2.2023 hat die Auftraggeberin durch die Pressemeldung der Bundeswettbewerbsbehörde vom gleichen Tag Kenntnis erlangt, dass die Subunternehmerin gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde ein Anerkenntnis („Settlement“) hinsichtlich des von der Bundeswettbewerbsbehörde ermittelten Sachverhalts abgegeben und die Bundeswettbewerbsbehörde einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße gegen die Subunternehmerin i.H.v. EUR 4,81 Millionen wegen kartellrechtswidriger Preisabsprachen, Marktaufteilung und Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau, vorwiegend Straßenbau, in Österreich, gestellt hat. Die Subunternehmerin hat im Rahmen des Anerkenntnisses 272 Bauvorhaben von ca. 3500 vorgehaltenen Bauvorhaben explizit als abgesprochen anerkannt, wobei nicht alle vorgehaltenen Bauvorhaben untersucht worden sind.

Mit Schreiben vom 16.3.2023 hat die Auftraggeberin dargelegt, dass hinsichtlich der Subunternehmerin der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorliege. Die Subunternehmerin wurde aufgefordert, Selbstreinigungsmaßnahmen vorzunehmen bzw. die bereits ergriffenen ausführlich darzustellen.

Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schreiben vom 22.03.2023 ein ebenfalls mit 22.03.2023 datiertes Schreiben der Subunternehmerin übermittelt, worin die Subunternehmerin zum laufenden kartell- und strafrechtlichen Verfahren Stellung genommen und bestätigt hat, ein Anerkenntnis hinsichtlich kartell- und wettbewerbswidriger Verfehlungen gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde abgegeben zu haben. Die Subunternehmerin hat in diesem Schreiben konkretisiert, dass die anerkannten Verfehlungen in ihrer direkten Beteiligung an Absprachen betreffend unzulässigen Informationsaustausch, dem Austausch von Preisinformationen, dem Arbeitsabtausch und dergleichen bei zumindest 272 Bauvorhaben bestanden haben. Sie gab an, dass von strafrechtlichen Ermittlungen bisher 5 Personen betroffen gewesen seien und nach Einstellung des Verfahrens derzeit 4 Personen im Strafverfahren als Beschuldigte geführt würden. Darüber hinaus legte die Subunternehmerin im Detail den von ihr vorgenommenen Ausbau ihres internen Kontrollsystems dar.

Mit Schreiben vom 14.4.2023 ersuchte die Auftraggeberin die Subunternehmerin um Ergänzung der Ausführungen in der Stellungnahme durch die Beantwortung konkreter diesbezüglicher Fragen sowie um Teilnahme an einem persönlichen Aufklärungsgespräch.

Die Subunternehmerin nahm mit Schreiben vom 18.4.2023 zu den übermittelten Fragen Stellung und übermittelte zusätzliche Anlagen. Zur Frage des Anerkenntnisses von 272 Bauvorhaben gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde als abgesprochen gab die Subunternehmerin an: *„Aufgrund der internen Recherchen konnten 272 Bauvorhaben identifiziert werden, bei denen es feststeht bzw. mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass Vertreter von C. an kartellrechtswidrigen Absprachen teilgenommen haben oder bei denen es zu einem Austausch von wettbewerbssensiblen Informationen gekommen ist.“*

Am 20.4.2023 hat ein persönliches Gespräch zwischen der Subunternehmerin und Auftraggeberin stattgefunden. Die Subunternehmerin hat zur Frage, ob in den Untersuchungen Bauvorhaben der Stadt Wien als wahrscheinlich abgesprochen qualifiziert worden seien, aber nicht vom Anerkenntnis umfasst seien, angegeben, dass *„davon ausgegangen werden dürfe, dass es keine solchen BVH gibt“*. Eine ebensolche Aussage traf sie auch auf die Frage nach Bauvorhaben der Auftraggeberin selbst.

Am 26.4.2023 wurde in Bezug auf das Bauvorhaben „D.-straße“ das strafrechtliche Ermittlungsverfahren zu ... nach § 168b StGB mangels Schuldbeweis gemäß § 190 Z 2 StPO eingestellt.

Am 9.5.2023 hat das Kartellgericht zu ... ein Bußgeld in Höhe von EUR 4,81 Millionen über die Subunternehmerin wegen der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung in Form von kartellrechtswidrigen Preisabsprachen, Marktaufteilung und dem Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf Ausschreibungen im Bereich Hoch- und Tiefbau in Österreich im Zeitraum von zumindest Juli 2002 bis Oktober 2017 („Bußgeldentscheidung“) verhängt. Der Verhandlung des Kartellgerichtes hat die Auftraggeberin durch ihren Rechtsvertreter beigewohnt.

Die Auftraggeberin forderte am 10.5.2023 die Subunternehmerin zur Aufklärung von sich ergebenden Widersprüchen zu den Aussagen im Aufklärungsgespräch sowie zur Vorlage der als abgesprochen vorgehalten und widerlegten Bauvorhaben auf, da nach dem internen Verhandlungsbericht die Auftraggeberin im Rahmen des Verhandlungsverlaufes als Geschädigte (iSv Betroffene) der kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen genannt wurde. Auch wurde die Subunternehmerin zur Übermittlung einer firmenmäßig unterfertigten Erklärung aufgefordert, „... dass C. Schadensersatzansprüche der STADT WIEN aufgrund anerkannter oder rechtskräftig festgestellter (straf-, wettbewerbs- und kartellrechtlichen) Rechtsverstöße gegenüber der STADT WIEN dem Grunde nach anerkennt“.

Die Subunternehmerin bestritt mit Schreiben vom 12.5.2023 die aufgezeigten Widersprüche und legte die geforderten Unterlagen sowie die geforderte Anerkennniserklärung nicht vor. Daran hielt die Subunternehmerin auch mit Schreiben vom 25.5.2023 fest.

In dem am 6.6.2023 von der Subunternehmerin der Auftraggeberin übermittelten Verhandlungsprotokoll wird die Stadt Wien ausdrücklich als Betroffene genannt.

Die Subunternehmerin übermittelte ebenso am 6.6.2023 die Ausfertigung der Bußgeldentscheidung.

Am 14.05.2023 hat die Antragsgegnerin einen umfassenden „*Aktenvermerk zur beruflichen Zuverlässigkeit*“ der Subunternehmerin verfasst und in diesem die Ergebnisse der erfolgten Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit der betreffenden Subunternehmerin dokumentiert.

Am 15.6.2023 erging sodann die gegenständliche Ausscheidensentscheidung, in welcher die Auftraggeberin Bezug nimmt auf das Angebot der Antragstellerin und das aufgrund des hinsichtlich der Subunternehmerin festgestellten Ausschlussgrundes (§ 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018) geführte Aufklärungsverfahren und die sodann von der Subunternehmerin dargelegten Maßnahmen (Mitwirkung zur Feststellung einer möglichen Betroffenheit der Stadt Wien und Aufklärung zur

Feststellung der Schadenersatzpflicht), welche im Ergebnis als nicht ausreichend erachtet wurden.

Die Bußgeldentscheidung vom 9.5.2023 ist während des Nichtigkeitsklärungsverfahrens am 5.7.2023 in Rechtskraft erwachsen.

Aus dieser Bußgeldentscheidung, in welcher die Subunternehmerin als Antragsgegnerin bezeichnet wird, ergeben sich folgende Feststellungen:

Ausgehend von einer Hausdurchsuchung bei der K GmbH im Frühjahr 2017 wurden Ermittlungen gegen mehrere der größten Bauunternehmen Österreichs eingeleitet und wurden am 12.9.2022 der Subunternehmerin diesbezügliche Beschwerdepunkte mitgeteilt. Am 1.2.2023 hat die Subunternehmerin ein Anerkenntnis abgegeben, indem sie den von der Bundeswettbewerbsbehörde vorgebrachten Sachverhalt außer Streit gestellt und die vertretene Rechtsauffassung anerkannt sowie die in Aussicht gestellte Geldbuße akzeptiert hat. Die Subunternehmerin hat dazu eine (exemplarische) Liste mit 272 Bauvorhaben vorgelegt, bei denen sie an kartellrechtswidrigen Absprachen beteiligt war. Die Subunternehmerin war im Zeitraum von Juli 2002 bis Oktober 2017 ganz überwiegend in Niederösterreich und Wien und im Wesentlichen bezogen auf den Asphaltmischgut-Straßenbau, gelegentlich auch den Hochbau, in einer gewichtigen Rolle an den Umsetzungshandlungen der Zuwiderhandlungen beteiligt. Die konkrete Umsetzung der Zuwiderhandlung ist durch bi- und multilaterale Kontakte erfolgt, wobei die Abstimmung, wer den Zuschlag für bestimmtes Bauvorhaben erhalten oder wie die Zuschlagserteilung für mehrere Bauvorhaben erfolgen soll, schriftlich, telefonisch oder persönlich erfolgt ist. Auch gab es regelmäßige oder anlassbezogene Gesprächsrunden (z.B. in der sog. „großen Runde“). Zwischen den beteiligten Unternehmen hatte ein Grundverständnis bestanden, sich vor der Angebotsabgabe für ein Bauvorhaben wechselseitig über das jeweilige Angebotsverhalten abzustimmen bzw. informieren zu können, womit sich die beteiligten Unternehmen wechsel- und gegenseitig zur Auftragserteilung verhalten, ohne befürchten zu müssen, von einem günstigeren Angebot im freien Wettbewerb unterboten zu werden. Zu diesem Zweck stimmten die Unternehmen bei einer Vielzahl von Bauvorhaben ihre Preise und ihr Verhalten bei Angebotsabgabe ab und basierten diese Handlungen auf dem Prinzip der

Gegenseitigkeit. Diese etablierte Praxis wurde innerhalb eines Unternehmens von Vorgängern an nachfolgende Mitarbeiter weitergegeben („vererbt“), bei Arbeitsplatzwechsel von einem Unternehmen zum nächsten mitgenommen und in vorwerfbarer Unkenntnis oder gar Duldung der Unternehmensleitung vorgenommen. Damit wurde über weite Strecken der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen von vornherein ausgeschaltet und der Zweck von Ausschreibungen unterwandert.

Es haben Preisabsprachen stattgefunden, wobei oftmals jener Mitarbeiter des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten sollte, auch den Angebotspreis für die zurückstehenden Mitbewerber, welche in der Folge entweder zu einem höheren Preis oder gar nicht angeboten haben, kalkuliert hat. Die Übermittlung von Deckangeboten hat bei der Umsetzung von Preisabsprachen eine wichtige Rolle gespielt. Es gab Marktaufteilungen, bei denen erfolgte teilweise eine Aufteilung der Bauvorhaben auf der Grundlage von Quoten (sog. „fixer Schlüssel“), die den historischen Marktanteilen der jeweiligen beteiligten Unternehmen entsprochen haben. Auch gab es Aufteilungen nach Kunden, wobei die anderen beteiligten Unternehmen bei diesen Ausschreibungen dann zurückgestanden haben. Begleitend ist es zu einem laufenden Austausch wettbewerbssensibler Informationen, wie etwa das zukünftige Verhalten bei Angebotsabgabe zu Bauvorhaben oder Kostenschätzungen von Mitbewerbern gekommen. Fallweise wurden Arbeitsgemeinschaften als Deckmantel für kartellrechtswidrige Handlungen, als Schnittstelle für die Festsetzung eines gemeinsamen Angebotspreises und die Aufteilung des Auftrags verwendet, wobei zum Teil die Höchstzahl der zugelassenen Arge-Partner durch stille Partner umgangen wurde. An solchen Arbeitsgemeinschaften war die Subunternehmerin nicht unmittelbar beteiligt. Es wurden Gesprächsrunden je nach Bedarf ein- oder mehrmals im Jahr zwischen den beteiligten Unternehmen organisiert und fanden zumeist in einer der Niederlassungen der an den Absprachen beteiligten Unternehmen statt. Im Rahmen von Gesprächsrunden wurden das Unternehmen, das den Auftrag für ein bestimmtes Bauvorhaben erhalten sollte, und dessen Abgabepreis festgelegt. Ergänzend dazu gab es bilaterale Kontakte zu wettbewerbssensiblen Themen, welche in Räumlichkeiten der Niederlassungen oder außerhalb zum Beispiel auf Autobahn-Raststationen, Tankstellen, in Lokalen und auf Baustellen stattgefunden haben. Dabei wurde über die Interessenslage hinsichtlich bestimmter

Bauvorhaben gesprochen und konkrete Vorgangsweisen vereinbart, es wurden zum Teil auch weitere Mitbewerber kontaktiert und einbezogen, indem man sie etwa zum Zurückstehen aufgefordert hat. Asphaltmischwerke spielten aufgrund ihrer Zuliefererfunktion eine zentrale Rolle im Straßenbau. In der Regel trafen die an den wettbewerbsbeschränkenden Handlungen beteiligten Unternehmen entsprechend des in Prozent festgelegten Marktanteils am Mischgutverbrauch (angegeben in Mischguttonnen) eine Einigung darüber, welcher Mitbewerber für welche Bauvorhaben die Auftragserteilung erhalten sollte. Ein Instrument zur Aufteilung von Bauaufträgen war die Organisation mittels Bieterrotation. Dabei wurde übereingekommen, dass man hinsichtlich bestimmter Bauvorhaben wechselseitig zum Zuge kommen werde und man sich gegenseitig durch die Abgabe höherer Deckangebote oder den gänzlichen Verzicht auf eine Angebotslegung unterstütze. Im Vorfeld von Angebotsabgaben ist es auch zu sogenannten „internen Angebotsöffnungen“ gekommen, bei denen die Mitbewerber vor der offiziellen Angebotsabgabe ihre internen Angebotspreise untereinander offengelegt haben. Für die Aufteilung von Aufträgen wurde zum Teil auch ein sogenannter „fixer Schlüssel“, d. h. eine Quote vereinbart, die jedem beteiligten Unternehmen zugestanden hat. Dieser „fixe Schlüssel“ hat sich dabei in der Regel nach den geschätzten Marktanteilen gerichtet oder sich insbesondere im Straßenbau an der geschätzten Gesamtmenge des zu verbauenden Asphaltmischgutes pro Jahr orientiert. In einigen Fällen wurde mit der Verwaltung der Quoten ein bestimmtes Bauunternehmen betraut.

Die Umsetzung der Zuwiderhandlung wurde regelmäßig durch kartellstabilisierende Mechanismen ergänzt:

Einer dieser Mechanismen war die Abrechnung anhand eines sogenannten „Punktesystems“, welches Grundlage für den sogenannten „Arbeitsaustausch“ war. Das Zurückstehen der Mitbewerber wurde zum Teil mit „Ausgleichsleistungen“ entlohnt, insbesondere mit Subaufträgen, Arbeitsabtausch, Bildung einer (offenen oder stillen) ARGE, Lieferung oder Abnahme von Leistungen zu bevorzugten Konditionen, dem Bezug von größeren Abnahmemengen von Asphaltmischgut oder Beton. Fallweise wurden die Gesamtzuwiderhandlungen durch Gebietsschutzvereinbarungen abgesichert.

Fest steht daher, dass sich die Subunternehmerin an Absprachen und/oder Abstimmungen im eben dargelegten Sinn zumindest bei 272 Bauvorhaben im Zeitraum von zumindest Juli 2002 bis Oktober 2017 beteiligt hat.

Zur Stadt Wien als Auftraggeberin wird in der Bußgeldentscheidung, Seite 24, festgehalten wie folgt:

„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, Marktaufteilung 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 Mehrjahres Bauverträge 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 5 beteiligten Bauunternehmen darunter der Antragsgegnerin, 2 bis viermal im Jahr organisiert. Bei den dabei teilweise besprochenen ARGE-Gründungen war die Antragsgegnerin selbst nicht beteiligt. Von den kartellrechtswidrigen Handlungen war etwa rund die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen der MA 28 betroffen. Umfasst waren etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibung Volumen in Höhe von mehr als EUR 268 Millionen.“

Fest steht sohin, dass die Subunternehmerin auch bei Auftragsvergaben der Stadt Wien an kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen beteiligt war und dies im Fall der MA 28 rund die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen, etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibungsvolumen von mehr als EUR 268 Millionen, betroffen hat.

Betreffend Schaden ist festzustellen, dass Bieterabsprachen typischer Weise – aber nicht zwangsläufig – auch zu dem Zweck getroffen werden, höhere Preise zu erzielen, als dies bei einem kompetitiven Angebot ohne wettbewerbsbeschränkende Absprache der Fall gewesen wäre. Auch dann, wenn

ein Angebot wegen eines hohen Preises den Zuschlag nur über eine Absprache und damit über eine Verhinderung günstigerer Angebote erzielen kann, liegt ein Schaden vor, weil ohne Absprache auf ein günstigeres Angebot zugeschlagen worden wäre. Das Vorliegen einer Absprache indiziert damit die Vermutung des Vorliegens eines Schadens.

Eine Aufarbeitung und Verifizierung der Höhe eines solchen Schadens setzt jedoch voraus, dass die Unternehmen, die an der Absprache beteiligt waren, vorbehaltlos ihre interne Kalkulation sowie die Zielsetzungen und Mittel der Absprache offenlegen. Dies hätte einer aktiven Aufarbeitung und Mitwirkung der Subunternehmerin bedurft. So haben Bieter in ihrer Preisgestaltung insbesondere bei der Kalkulation von Zuschlägen Gestaltungsspielräume und können ihre Preise entweder kompetitiv so kalkulieren, dass sie die Möglichkeiten für möglichst günstige Preise möglichst ausschöpfen, oder auch so, dass dies nicht der Fall ist. Im Fall einer Absprache fällt regelmäßig der Druck auf das Unternehmen weg, zu einem möglich günstigen Preis anbieten zu müssen. Auch nehmen Absprachen den Druck auf das Unternehmen weg, alle Möglichkeiten der Wirtschaftlichkeit ausschöpfen zu müssen, um konkurrenzfähig zu sein bzw. zu bleiben, was gegebenenfalls ebenfalls zu höheren Preisen führt als ohne Absprache.

Ohne eine aktive Mitwirkung der Subunternehmerin und ohne eine vorbehaltlose Offenlegung der für diesen Fragenkomplex relevanten Unternehmensdaten gegenüber der Auftraggeberin wird es daher der Auftraggeberin zumindest erheblich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht, das Vorliegen eines Schadens der Höhe nach festzustellen.

Die Subunternehmerin hat eine solche Mitwirkung an der Feststellung des Schadens der Höhe nach nicht angeboten, sondern das Vorliegen eines Schadens zunächst abgestritten und in der Folge die Antragsgegnerin mit der Aufgabe, einen Schaden festzustellen, sich selbst überlassen.

Die Antragstellerin hat im vergaberechtlichen Aufklärungsverfahren selbstreinigende Maßnahmen der Subunternehmerin dargelegt. Dazu ist festzustellen:

Die Subunternehmerin hat unbestritten mit den kartell- und wettbewerbsrechtlichen Ermittlungsbehörden zusammengewirkt und zur Aufklärung des Sachverhalts soweit beigetragen, sodass die im Bußgeldbescheid genannten 272 Bauvorhaben festgestellt wurden. Im Rahmen dieser Aufklärung sind auch Bauvorhaben, welche die Stadt Wien, hier die MA 28, vergeben hat, zu Tage getreten und sind davon etwa 370 Bauvorhaben der MA 28 betroffen, welche Anzahl die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen der MA 28 ist.

Die Kooperation mit der Auftraggeberin zur Sachverhaltsklärung wurde von dieser in der Ausscheidensentscheidung zu MA 28-V-V-.../2022 zwar im Ansatz zugestanden, die Aufklärung und Kooperation mit der Auftraggeberin war jedoch mehrfach irreführend und unvollständig. Es wurden etwa hinsichtlich der Anzahl der beschuldigten Mitarbeiter unterschiedliche Angaben gemacht. Zu den betroffenen Bauvorhaben der Auftraggeberin ist keine Kooperation oder Aufklärung erfolgt, obwohl eine solche Auskunft der Antragstellerin und Subunternehmerin aus dem wettbewerbsbehördlichen Verfahren möglich und zumutbar war. Eine Mitwirkung der Antragstellerin zur Konkretisierung bzw. Bezifferung des Schadens bzw. der Schadensfeststellung für die Stadt Wien oder die gegenständliche Auftraggeberin hat nicht stattgefunden. Die Auftraggeberin hat im Aufklärungsverfahren ein Anerkenntnis des Schadens dem Grunde nach (und nicht der Höhe nach) von der Antragstellerin verlangt.

Eine Bereitschaft der Subunternehmerin zur Schadenswiedergutmachung gegenüber der Stadt Wien, welche nachweislich – nämlich durch Nennung in der Bußgeldentscheidung – Betroffene und damit Geschädigte der Zuwiderhandlungen der Subunternehmerin war, hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Das im ANKÖ hochgeladene Anerkenntnis gegenüber Auftraggebern ist pauschal und nimmt keinen direkten Bezug auf die Auftraggeberin oder die Stadt Wien im Konkreten.

Betreffend das Kontrollsystem der Subunternehmerin wurden von der Antragsgegnerin im Rahmen der Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit keine Mängel bzw. keine Unzulänglichkeiten festgestellt. Das Kontrollsystem findet auch in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung keine Erwähnung.

Die Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt, den im Verfahren erstatteten Stellungnahmen, die der Gegenseite je zur Kenntnis gebracht wurden, den vorgelegten Urkunden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Maßgebliche Rechtsvorschriften (auszugsweise):

Ausschlussgründe

§ 78.

(1) Der öffentliche Auftraggeber hat – unbeschadet der Abs. 3 bis 5 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

(...)

4. 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;

Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 83.

(1) Der öffentliche Auftraggeber hat 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.

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

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

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

3. er effektive Maßnahmen wie

a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder

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

c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften

gesetzt hat.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen

zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG ist insbesondere die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und die Dauer der illegalen Beschäftigung und bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG ist insbesondere das Ausmaß der Unterentlohnung zu berücksichtigen. Liegen mehr als zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG oder gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG vor oder erfolgten zwei rechtskräftige Bestrafungen innerhalb der letzten zwölf Monate, ist ein strengere Maßstab anzulegen. Erachtet der öffentliche Auftraggeber die Maßnahmen des Unternehmers als unzureichend, so hat er diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmer zu begründen.

(4) Ein Unternehmer, der durch eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichtes einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, kann während des in dieser Entscheidung festgelegten Ausschlusszeitraumes seine Zuverlässigkeit nicht gemäß Abs. 2 und 3 glaubhaft machen.

(5) 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 – unbeschadet des Abs. 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
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 von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Ausscheiden von Angeboten

§ 141.

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder

(...)

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.

Rechtliche Würdigung:

Die Stadt Wien – Magistratsabteilung 33 ist unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren

handelt es sich um ein offenes Verfahren als Bauverfahren im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat sich an diesem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin beteiligt und ein Angebot gelegt, in welchem sie einen notwendigen Subunternehmer, die C. GmbH, genannt hat.

Die Auftraggeberin hat am 22.2.2023 durch eine Pressemitteilung vom Anerkenntnis der notwendigen Subunternehmerin der Antragstellerin gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde durch eine Pressemitteilung dieser Behörde Kenntnis erlangt.

Unstrittig wurde gegen die Subunternehmerin der Antragstellerin nach einem mehrjährigen Ermittlungsverfahren am 9.5.2023 zu ... durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht ein Bußgeld von EUR 8,41 Millionen, rechtskräftig seit 5.7.2023, verhängt.

Nach einem Aufklärungsverfahren der Antragsgegnerin mit der Antragstellerin und deren Subunternehmerin hat die Antragsgegnerin am 15.6.2023 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt. Bei der Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

Gegen diese Ausscheidensentscheidung hat die Antragstellerin am 26.6.2023 einen Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht, der rechtzeitig war (§ 19 Abs. 1 WVRG 2020). Der Antrag entsprach den Erfordernissen des § 20 Abs. 1 WVRG 2020, die Pauschalgebühr gemäß WVPVO 2020 wurde entrichtet, der Antrag war als zulässig anzusehen.

Nach Abhaltung der mündlichen Verhandlung und mündlicher Verkündung der Entscheidung am 26.7.2023 hat der Antragstellervertreter einen Antrag auf Langausfertigung gestellt.

Mit Erkenntnis vom 25.7.2023 hat das Verwaltungsgericht Wien zu VGW-123/061/8422/2023, VGW-123/046/7901/2023 und VGW-123/046/8764/2023 in

drei ähnlich gelagerten Fällen die Anträge auf Nichtigerklärung dort ergangener Ausscheidensentscheidungen abgewiesen. Die Entscheidungen sind den Parteien bekannt. Die Anträge in den gegenständlichen Verfahren wurden auf Vorhalt dieser Entscheidungen in der mündlichen Verhandlung am 26.7.2023 von der Antragstellerin ausdrücklich aufrechterhalten.

Zu § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 - Ausschlussfrist:

Zum Fristenlauf des Ausschlussgrundes geht der erkennende Senat davon aus, dass das fristauslösende Ereignis mit Bekanntwerden des Anerkenntnisses der Antragstellerin gegenüber der Bundeswettbewerbsbehörde per Pressemitteilung dieser Behörde am 22.2.2023 anzusetzen ist. Ab diesem Zeitpunkt begann daher die dreijährige Frist des § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 zu laufen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach die Unschuldsvermutung auch im kartellrechtlichen Verfahren als „Strafverfahren“ im europarechtlichen Sinne gelten würde, und daher die Kenntnis von den Ermittlungen für den Beginn des Fristenlaufes des Ausschlusses maßgeblich sei, ist festzuhalten, dass die Subunternehmerin am 1.2.2023 ein Anerkenntnis im kartellrechtlichen Verfahren abgegeben hat und nach dem Bußgeldentscheid in den dort genannten Fällen die Rechtsverstöße zugegeben hat. Das Anerkenntnis kommt demnach einem Schuldeingeständnis gleich, gegenständlich wurden damit die kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen von der Subunternehmerin zugestanden. Bereits aus diesem Grund vermochte dieses Vorbringen keine Änderung in der Rechtsansicht des Senates zu bewirken.

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2018 kommt es hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 4 leg. cit. auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers an, die dem Unternehmer im Fall des Ausschlusses samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen ist, sowie darauf, 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.

Mit Kenntnis der Auftraggeberin vom Anerkenntnis durch die Pressemitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde am 22.2.2023 verfügte die Auftraggeberin jedenfalls über ihr zur Verfügung stehende Informationen und damit hinreichend plausible Anhaltspunkte, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt. Der Beginn der Frist für die dreijährige Ausschlussfrist war daher mit 22.2.2023 anzusetzen.

Zur Argumentation der Antragstellerin, dass der Lauf dieser Frist gegenständlich spätestens mit der Einsichtnahme in den Akt der WKStA durch die dem Strafverfahren als Privatbeteiligte angeschlossene Auftraggeberin im Jahr 2019 beginnen würde und daher zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung am 15.6.2023 bereits abgelaufen gewesen sei, ist festzuhalten, dass nach den Feststellungen aus der rechtskräftigen Bußgeldentscheidung die Bundeswettbehörde die Verdachtsmomente (Beschwerdepunkte) der Subunternehmerin erst mit 12.9.2022 mitgeteilt hat und die Antragsgegnerin erst mit der Pressemitteilung vom am 22.2.2023 ausreichende Anhaltspunkte für die Taten (Bieterabsprachen) hatte, an denen die Subunternehmerin beteiligt war.

Darüber hinaus war das Bekanntwerden der Bieterabsprachen, an denen die Subunternehmerin beteiligt war, dergestalt, dass das Ausmaß der Absprachen über einen längeren Zeitraum erst nach und nach zu Tage getreten ist bzw. von den Behörden ermittelt und aufgedeckt wurde. Dazu vertritt der Senat die Ansicht, dass der Fristenlauf mit dem Bekanntwerden zusätzlicher Absprachen jeweils von neuem in Gang gesetzt wird, weshalb ein anfänglicher Verdacht auf das Vorliegen von Absprachen in lediglich vergleichsweise wenigen Vergabeverfahren nicht fristauslösend sein kann bezüglich Absprachen in weiteren Vergabeverfahren, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werden.

Auch 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 von dem betreffenden Ereignis (kartellrechtliche Verfehlungen der Antragstellerin) Kenntnis gehabt, festzuhalten, dass es sich bei dem von der

WKStA geführten Strafverfahren und dem kartellrechtlichen Verfahren vor der Bundeswettbewerbsbehörde um vom Umfang her verschiedene Verfahren handelt. Im Verfahren vor der WKStA war in Hinblick auf den (bloßen) Beschuldigtenstatus der Subunternehmerin 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.

Dazu kommt, dass bis zum Anerkenntnis der Subunternehmerin gegenüber der Wettbewerbsbehörde vom 1.2.2023 keine geständige Verantwortung vorgelegen hat, 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 das betreffende Ereignis im Sinne des Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 (betrifft den Ausschluss eines Bieters infolge Beteiligung an einem Kartell) *„...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 durch die Pressemitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde am 22.2.2023 vor. Ab diesem Zeitpunkt begann daher die Frist des § 83 Abs. 5 Z 2 BVergG 2018 zu laufen.

Zu § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 - Ausschlussgrund:

Die Subunternehmerin hat durch kartellrechtswidrige Absprachen in Form von Preisabsprachen, Marktaufteilungen und Informationsaustausch mit Mitbewerbern im Zeitraum von zumindest Juli 2002 bis Oktober 2017 - wie mit Beschluss des OLG Wien als Kartellgericht vom 9.5.2023 rechtskräftig festgestellt wurde - den Ausscheidensgrund nach § 78 Abs. 1 Z 4 BVergG verwirklicht. Dieser Ausschlussgrund wurde von der Antragstellerin außer Streit gestellt und liegt nach den getroffenen Feststellungen vor.

Zu § 83 Abs. 2 BVergG 2018 – sog. „selbstreinigende Maßnahmen“:

§ 83 Abs. 2 BVergG 2018 enthält einen Katalog von konkreten Maßnahmen, deren Nachweis die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit (somit die „Selbstreinigung“) bewirkt, wobei die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 3 kumulativ sind (EBRV 69 BlgNr. XXVI. GP zu § 83).

In § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 wird verlangt, dass der Unternehmer einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat.

Die § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 ist nach Ansicht des Senates insoweit nicht ausreichend erfüllt, als die Antragstellerin ihre Zusage, Schadenersatz zu leisten, an die Voraussetzung geknüpft hat, dass nachweisbar eine Absprache erfolgt und der Antragsgegnerin dadurch ein Schaden entstanden sein muss, die Betroffenheit der Stadt Wien von den Absprachen jedoch zunächst abgestritten hat. Darüber hinaus hat sie auch für den Fall des Vorliegens von Absprachen das Vorliegen eines Schadens abgestritten.

Die ausreichende Erfüllung der Anforderungen der Ziffer 1 muss insoweit in Zusammenhang mit der ausreichenden Erfüllung der Anforderungen des § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 gesehen werden, als sogar eine Anerkennung des Schadens dem Grunde nach ins Leere läuft, wenn die aktive Zusammenarbeit mit dem

Auftraggeber, die erforderlich ist, um den Schaden und seine Höhe feststellen zu können, verweigert wird.

Für die einer ausreichenden Erfüllung der Anforderungen der Ziffer 1 zu Grunde liegende Zusammenarbeit für die Feststellung und Bezifferung des Schadens wäre es erforderlich gewesen, dass die Subunternehmerin aktiv der Auftraggeberin gegenüber herausarbeitet und offenlegt, welche Aufträge betroffen sind und inwieweit Schäden entstanden sind. Dies wäre der Subunternehmerin in Anbetracht des langen Absprachezeitraumes und des hohen Gesamtauftragsvolumens in Hinblick auf die Wiederherstellung des Vertrauens bei der Auftraggeberin jedenfalls zumutbar gewesen.

Insbesondere sind der Nachweis des Vorliegens eines Schadens sowie die Ermittlung der Höhe des Schadens zumindest erheblich erschwert, wenn die Subunternehmerin nicht aktiv aufarbeitet und offenlegt, welche Auswirkungen die Absprachen, an denen sie beteiligt war, auf die Kalkulation ihrer Preise hatte und ob sie mit der Absprache gegebenenfalls weniger kompetitiv kalkuliert hat als bei vergleichbaren Angeboten ohne Absprache. Auch wäre von der Subunternehmerin aufzuarbeiten und offen zu legen gewesen, ob bzw. inwieweit die Absprache allenfalls auch den Zweck hatte, bessere Angebote durch Mitbewerber zu verhindern, und wie groß die Differenz zu etwaigen verhinderten besseren Angeboten war. An der Absprache beteiligte Unternehmen verfügen damit über Informationen und Daten, die für die Feststellung des Schadens und seiner Höhe essentiell wichtig sind. Die wiederholte Bestreitung des Vorliegens eines Schadens und die letztendlich erfolgte Zusage, erwiesene Schäden zu ersetzen, ohne diese Informationen und Daten für eine Aufarbeitung etwaiger Schäden zu nutzen, ist einer unzureichenden Mitwirkung der Subunternehmerin an der Feststellung der Schäden gleichzuhalten.

Schließlich fällt in diesem Zusammenhang ins Gewicht, dass die Subunternehmerin eine Betroffenheit der Stadt Wien von den wettbewerbs- und kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen in Abrede gestellt hat, obwohl durch das Ermittlungsverfahren der Bundeswettbewerbsbehörde die Subunternehmerin von der Betroffenheit der Stadt Wien Kenntnis haben musste - wie sie etwa sodann jedenfalls mit der

Bußgeldentscheidung durch explizite Nennung der Stadt Wien – MA 28 auf Seite 24 festgestanden hat.

Mit den Erläuternden Bemerkungen ist der Antragstellerin zunächst zuzustimmen, dass von einem Unternehmer nicht verlangt werden kann, dass er seine diesbezügliche prozessuale Situation verschlechtert. Die Erläuternden Bemerkungen weiter: *„Von einem Unternehmer kann auch nicht verlangt werden, dass er Schadenersatzforderungen anerkennt oder ausgleicht, die nicht substantiiert und möglicherweise unbegründet sind, damit er die Anforderungen der Z. 1 erfüllt.“* Dies bedeutet aber nicht, dass die Subunternehmerin damit berechtigt wäre, die Zusammenarbeit zu verweigern, die erforderlich ist, den Schaden feststellen und beziffern zu können, sondern hätte die Subunternehmerin auch hinsichtlich des Schadens und seiner Höhe an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken und die dafür erforderlichen Daten zu erheben und offenzulegen gehabt.

Nach dem Kenntnisstand der Subunternehmerin aus dem kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren, das mit Anerkenntnis geendet hat, ist davon auszugehen, dass sie nicht berechtigt davon ausgehen durfte, dass die Schadenersatzforderungen „möglicherweise unbegründet“ sind, weshalb eine selbstreinigende Maßnahme der Antragstellerin bzw. ihrer Subunternehmerin iSd Z 1 möglich und zumutbar war.

In den Erläuternden Bemerkungen wird hierzu festgehalten, dass der Unternehmer (vielmehr) unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nachweisen muss, dass er den durch sein Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw. seine Schadenersatzpflicht anerkannt hat.

Es wird somit auf einen formellen Nachweis über eine solche Verpflichtungserklärung abgestellt, der gegenständlich gegenüber der öffentlichen Auftraggeberin zu erbringen gewesen wäre und welcher Nachweis nicht erfolgt ist, zumal die Auftraggeberin kein Anerkenntnis über die Schadenshöhe verlangt hat.

Wenn die Antragstellerin dazu vorbringt, dass die Antragstellerin das Vorhandensein eines Schadens nicht rundweg abgestritten habe, sondern im Sinne

der Wahrung ihrer zivilrechtlichen Positionen derzeit noch keine abschließende Aussage über den Schaden getroffen werden könne, und sofern ein solcher festgestellt werde, die Antragstellerin – wie bereits in mehreren Schreiben festgehalten – selbstverständlich Schadenersatz leisten werde, ist dazu festzuhalten, dass nach dem Wortlaut des § 83 Abs. 2 leg. cit. der Unternehmer „konkrete“ Maßnahmen darzulegen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern.

Die allgemeine Bereitschaft, unter den im Verfahren vorgebrachten Bedingungen Schadenersatz zu leisten, wird der Anforderung einer konkreten Maßnahme iSd § 83 Abs. 2 BVergG 2018 nicht gerecht.

Dass durch die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Verhaltensweisen der Subunternehmerin der Auftraggeberin ein Schaden entstanden ist, steht nach den in den getroffenen Feststellungen dargelegten Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmer fest (Deckangebote, Marktaufteilungen, Austausch von wettbewerbssensiblen Informationen, Abstimmungen über zukünftiges Angebotsverhalten etc.). Ein solcher Schaden ergibt sich generell durch die negativen Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter im Markt wie Preise, Produktionsmenge, Produktqualität, Produktvielfalt und Innovation, sowie aus der Differenz zwischen dem Preis, den der Geschädigte für die kartellbetroffenen Leistungen tatsächlich zahlen musste, und einem Preis, der sich ohne die wettbewerbswidrigen Absprachen in einem unverfälschten Bieterwettbewerb eingestellt hätte.

Im konkreten Fall ist der Stadt Wien jedenfalls ein (derzeit nicht bezifferbarer) Schaden entstanden, welcher etwa in den von Absprachen betroffenen konkreten 370 Vergabeverfahren der MA 28 dem Grunde nach offenbar wird.

Eine der Bestimmung des § 83 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 gerecht werdende sog. selbstreinigende Maßnahme wurde daher im Aufklärungsverfahren nicht glaubhaft gemacht.

In § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 wird verlangt, dass der Unternehmer durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat.

Zu § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 geht der Senat davon aus, dass eine Zusammenarbeit mit der WKStA und den Kartellbehörden für sich alleine nicht ausreichend ist, sondern auch eine entsprechende Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin erfolgen muss. Dies bezieht sich auch auf die Zusammenarbeit hinsichtlich der Schadensumstände. Die Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin war auf Grund wiederholter beschönigender, unvollständiger und insoweit irreführender Angaben der Antragstellerin zu den in Ermittlung befindlichen sowie den erfolgten Absprachen jedenfalls unzureichend.

Nach den Erläuternden Bemerkungen muss der Unternehmer sich aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen. Aufgeklärt werden müssen die Tatsachen und Umstände, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw. mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen, einschließlich der Schadensumstände.

Die Subunternehmerin bzw. die Antragstellerin hat demnach eine umfassende Mitwirkungspflicht an der Sachverhaltsaufklärung getroffen. Aufgeklärt werden mussten die Tatsachen und Umstände zum Vorliegen des Ausschlussgrundes und zum Fehlverhalten einschließlich der Schadensumstände. Vor allem zu den Schadensumständen wurde – wie zu Z 1 oben ausgeführt – kein Aufklärungsverhalten gezeigt, obwohl dies durch die Erkenntnisse aus dem kartell- und wettbewerbsrechtlichen Verfahren möglich und zumutbar gewesen ist.

Zur Bereitschaft der Antragstellerin zur Leistung von Schadenersatz an die Auftraggeberin geht der erkennende Senat davon aus, dass die Antragstellerin zwar eine grundsätzliche Bereitschaft, für erwiesene Schäden Schadenersatz zu leisten, gezeigt hat, der Auftraggeberin gegenüber aber zunächst bestritten hat, dass Aufträge der Stadt Wien überhaupt von den Absprachen betroffen sind. In weiterer Folge hat die Antragstellerin dies dahingehend relativiert, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass auch Bauvorhaben der Stadt Wien von Absprachen betroffen sein könnten. Darüber hinaus hat die Antragstellerin

bestritten, dass selbst im Fall von Absprachen ein Schaden für die Stadt Wien entstanden sein könnte.

Nach den erfolgten Erwägungen war die Antragstellerin bzw. Subunternehmerin jedenfalls zur Mitwirkung bzw. Aufklärung „einschließlich der Schadensumstände“ verpflichtet, welcher Pflicht sie jedoch nicht nachgekommen ist.

Die Antragstellerin behauptet ihre Zuverlässigkeit mit Verweis darauf, dass die Subunternehmerin erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen getätigt habe. So habe diese iSd § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 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 Subunternehmerin habe in mehreren Aufklärungsgesprächen umfassend zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen. Eine (weitergehende) gesetzliche Kooperationspflicht mit der Auftraggeberin sei nicht vorgesehen.

Die Antragstellerin verkennt mit dieser Argumentation, dass sie bereits der Systematik der Bestimmungen des BVergG 2018, fallbezogen den §§ 78, 82, 83 BVergG 2018 nach, eine aktive Verpflichtung zum konkreten 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 Subunternehmerin über Jahre hinweg verletzten - Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs und ist die Auftraggeberin dabei auf die aktive, transparente Mitarbeit der Antragstellerin bzw. ihrer Subunternehmerin geradezu angewiesen. Mit anderen Worten musste die Auftraggeberin anlässlich der anerkannten langjährigen kartellrechtswidrigen Zuwiderhandlungen der Subunternehmerin diese aktive Mitarbeit – ungeachtet deren Zusammenarbeit mit den Strafbehörden und/oder der Bundeswettbewerbsbehörde - einfordern, um selbst die unionsrechtlichen Grundsätze, insbesondere jenen der Bietergleichbehandlung, nicht zu verletzen.

Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass sie bzw. die Subunternehmerin in mehreren Aufklärungsschreiben und Aufklärungsgesprächen umfassend über ihre gesetzliche Verpflichtung hinaus aufgeklärt habe, ist ihr entgegen zu halten, dass die Subunternehmerin auf die – berechnete und die Mitwirkungspflicht keinesfalls überspannende – Frage der Auftraggeberin im Aufklärungsgespräch vom 24.4.2023 nach ihrer eigenen Betroffenheit, nämlich nach als abgesprochen qualifizierten, aber nicht vom Anerkenntnis umfassten Bauvorhaben der Stadt Wien, eine solche pauschal verneint hat. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass auf ein erneutes Nachhaken der Auftraggeberin, eine – leicht – relativierte Antwort seitens der Subunternehmerin erfolgte, iSv „es sei nicht völlig auszuschließen“, zumal eine entsprechende Auskunft keine „Holschuld“ der Auftraggeberin ist.

Spätestens aufgrund der Teilnahme an der Verhandlung zu ... bzw. mit Vorliegen der schriftlichen Ausfertigung des Beschlusses des Kartellgerichtes vom 9.5.2023 war der Auftraggeberin anlässlich der Feststellungen im mittlerweile rechtskräftigen Beschluss, wonach es bezogen auf etwa die Hälfte der Ausschreibungen der Stadt Wien - Magistratsabteilung 28 zu kartellrechtswidrigen Absprachen gekommen ist, die Diskrepanz zwischen den Feststellungen des Kartellgerichtes und den „Aufklärungen“ der Subunternehmerin bewusst und wurde die Auftraggeberin daher nicht „aufgeklärt“. Damit wurde auch der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 2 BVergG 2018 verwirklicht.

Vor dem Hintergrund der Feststellungen, wonach hier kartellrechtswidrige Absprachen über Jahre hinweg in der sogenannten „großen Runde“ getroffen wurden, kann auch nicht von einem ausreichenden, initiativen, aktiven Bemühen der Subunternehmerin 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 Subunternehmerin bei entsprechenden zielgerichteten Untersuchungen verborgen bleiben konnte.

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. RN 28).

Die Subunternehmerin war – österreichweit – an kartellrechtswidrigen Absprachen betreffend 3.500 Bauvorhaben beteiligt. Angesichts dieses Volumens muss die Klärung der Frage der Betroffenheit der Auftraggeberin selbst zur weiteren Prüfung und Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit der Subunternehmerin 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, Rn 42 sowie EuGH vom 30.1.2020, C-395/18, Rn 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 Subunternehmerin durch die mangelnde – im Widerspruch zu den Feststellungen des Beschlusses stehenden – Aufklärung aber nicht gelungen. Vielmehr war die pauschale Verneinung der Betroffenheit der Stadt Wien von den festgestellten Zuwiderhandlungen geeignet, das Vertrauen erneut zu erschüttern. Darin liegt auch - völlig unabhängig von der zitierten Judikatur – eine Besonderheit des konkreten Falles. Ungeachtet dessen, dass dem Auftraggeber der Beschluss des Kartellgerichtes übermittelt wurde und die Subunternehmerin der Auftraggeberin iSd Entscheidung vom 24.10.2018, C-124/17 (Vossloh Laeis) damit die aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden“ (Rn 31) dargelegt hat, hat sie parallel dazu abweichende Erklärungen gegenüber der Auftraggeberin abgegeben und erfolgte die Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin sohin nicht im erforderlichen Ausmaß.

Nach diesen Erwägungen wurde die Anforderung des § 83 Abs. 2 Z 2 BVergG 2018 von der Antragstellerin daher nicht erfüllt.

In § 83 Abs. 2 Z 3 lit. a bis c BVergG 2018 wird vom Unternehmer der Nachweis von effektiven 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 verlangt. Diese Maßnahmen sind alternativ nachzuweisen.

Das von der Antragstellerin eingerichtete Kontrollsystem im Sinne der Ziffer 3 lit. a) vermag auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nichts daran zu ändern, dass die Selbstreinigung nicht ausreichend erfolgt ist. Das von der Antragstellerin im Aufklärungsverfahren dargestellte Kontrollsystem wurde in der Ausscheidensentscheidung zur Begründung des Ausscheidens nicht herangezogen. Die Antragstellerin bzw. die Subunternehmerin hat nach den getroffenen Feststellungen einen Compliance Officer eingeführt und das Managementsystem überarbeitet. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit den zu Ziffer 3 getroffenen Maßnahmen konnte aufgrund des Gebotes der Kumulation der Maßnahmen der Ziffer 1 bis 3 des § 83 Abs. 2 leg.cit. dahin gestellt bleiben; es war daher nicht mehr zu prüfen, ob die in Z 3 genannten Maßnahmen lit. a bis lit. c von der Antragstellerin hinreichend konkret nachgewiesen wurden.

Zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ist neben der Größe des Unternehmens gemäß § 83 Abs. 3 BVergG 2018 auch die Schwere der Verstöße zu würdigen. Die Subunternehmerin zählt zu den größten inländischen Bauunternehmen. Die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Zuwiderhandlungen zogen sich über einen Zeitraum von zumindest 15 Jahren. Zu der zunächst in Abrede gestellten Betroffenheit der Stadt Wien ist nach der rechtskräftigen Bußgeldentscheidung davon auszugehen, dass etwa rund die Hälfte der jährlichen Ausschreibungen der MA 28 betroffen waren, und dies etwa 370 Bauvorhaben mit einem Gesamtausschreibungsvolumen in Höhe von mehr als EUR 268 Millionen umfasst hat. Es ist dabei unter Beteiligung der Antragsgegnerin zu langjährigen, zum Teil historisch gewachsenen Preisabsprachen, Marktaufteilungen sowie zum Austausch über zukünftiges Abgabeverhalten gekommen. Diese Zuwiderhandlungen sind anlass- und projektbezogen über einen Arbeitsabtausch oder einen Austausch über Interessensbekundungen, als Ausgleichsleistung für einen Subauftrag erfolgt. Es

hat eine fixe Gebietsaufteilung nach Bezirken gegeben. Die Handlungen wurden, neben begleitenden bilateralen Gesprächen, im Rahmen von regelmäßigen Gesprächsrunden, der sogenannten „großen Runde“ zwischen den 5 beteiligten Bauunternehmen, darunter die Subunternehmerin, zwei bis vier Mal im Jahr organisiert.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das maßgebliche Kriterium im Sinne eines fairen und lautereren Wettbewerbs, dass alle beteiligten Unternehmer ihre Angebote unabhängig erstellt haben (EuGH 17.5.2018, C-531/16, Rn 38, *Spezializotas transportas*).

Dieses maßgebliche Kriterium eines fairen und lautereren Wettbewerbs wurde durch die dargestellten Verhaltens- und die verpönten Handlungsweisen der Subunternehmerin der Antragstellerin massiv verletzt. Eine Geringfügigkeit der festgestellten Verfehlungen kann keinesfalls erkannt werden.

Ein Auftraggeber verfügt nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 83 BVergG 2018 über einen weiten Beurteilungsspielraum, ob die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Wenn ein Unternehmer aber ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat, darf der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Dem öffentlichen Auftraggeber steht diesbezüglich kein Ermessen zu.

Die Auftraggeberin hat sich gegenständlich mit den von der Antragstellerin gebotenen Maßnahmen ausführlich und im Detail auseinandergesetzt und von ihrem gesetzlichen Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht. Dass die Antragstellerin die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend nachgewiesen hat, und damit die Antragsgegnerin trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes die Antragstellerin nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen durfte, ist gegenständlich nicht hervorgekommen. Im Ergebnis ist das Ausscheiden der Antragstellerin am 15.6.2023 daher zu Recht erfolgt.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 14, 15 WVRG 2020.

Die Antragstellerin hat im Verfahren Wien, E.-straße, Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich entrichtet. Gegenständlich handelt es sich aber um ein offenes Verfahren als Bauauftrag im Unterschwellenbereich, weshalb ihr die Differenz vom Verwaltungsgericht rück zu überweisen ist.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.ⁱⁿ Lettner