

Kategorie:

Kartell

Dienststelle:

OLG Wien (009)

Aktenzeichen:

128 Kt 1/17t

Fall:

Bundeswettbewerbsbehörde

Tüchler Ausbau GmbH

horizontale Preisabsprachen

Marktaufteilung durch Deckangebote

Informationsaustausch

Bekannt gemacht am:07.02.2018

Entscheidungsdatum:27.06.2017

„Über die Antragsgegnerin wird wegen von 2011 bis 2016 erfolgter fortgesetzter Zuwiderhandlung gegen § 1 KartG, nämlich horizontaler Preisabsprachen, Kundenaufteilungen und kartellrechtswidrigen horizontalen Informationsaustauschs mit Mitbewerbern in Bezug beschränkte öffentliche und private Ausschreibungen im Bereich Trockenbau in Wien und Niederösterreich eine Geldbuße in der Höhe von Euro 130.500,-- verhängt.

B e g r ü n d u n g :

Die Antragstellerin beehrte die Verhängung einer angemessenen, und in der mündlichen Verhandlung am 28.06.2017 einer mit EUR 130.500,00 bezifferten Geldbuße über die Antragsgegnerin, und brachte dazu im Wesentlichen vor, dass es im Zeitraum zwischen 2011 und 2016 zwischen der Antragsgegnerin und ihren Mitbewerbern im Ausschreibungsstadium zu kartellrechtswidrigen horizontalen Absprachen im Bereich von Trockenbauleistungen gekommen sei.

Der Trockenbau stelle einen Teilbereich des Bauwesens dar, der raumbegrenzende und bauteilbekleidende Konstruktionen im Bereich des Ausbaus, insbesondere von Wand, Decke und Boden umfasse. Dazu zählen etwa Deckenbekleidungen, abhängige Decken, Wandverkleidungen, Montagewände und Installationswände.

Die kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen seien bei Ausschreibungen zu Bauvorhaben im Unterschwellenbereich gesetzt worden. Die Mehrheit der betroffenen Bauvorhaben habe Ausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern betroffen.

Bei Fällen mit privaten Auftraggebern habe die mit der Vergabe beauftragte Stelle im Rahmen eines Einladungsverfahrens Angebote eingeholt (in der Regel drei bis fünf), ohne an die Bestimmungen des BVergG gebunden zu sein.

Die typische Vorgehensweise der am Kartell beteiligten Mitbewerber und der Antragsgegnerin sei folgende gewesen: In der Phase der Ausschreibung habe die Antragsgegnerin einen oder mehrere Mitbewerber via E-Mail kontaktiert und habe ihre fertige Angebotskalkulation übermittelt. Die von den Mitbewerbern gelegten Angebote seien dann so kalkuliert worden, dass sie preislich über jenem Angebot gelegen seien, welches die Antragsgegnerin selbst abzugeben beabsichtigt habe. Durch die Abgabe eines höheren Angebotes (sogenanntes „Deckangebot“) durch den oder die Mitbewerber sei vor allem in Verfahren nach dem Billigstbieterangebot der Antragsgegnerin zur Auftragserteilung verholfen worden. Auch umgekehrt habe die Antragsgegnerin zugunsten ihrer Mitbewerber nach Erhalt der Angebotskalkulation der Mitbewerber Deckangebote gelegt, um damit den Mitbewerbern zur Auftragserteilung zu verhelfen.

Dieses System der wechselseitigen Abgabe von Deckangeboten habe im Zeitraum zwischen 2011 und 2016 bestanden. Die davon betroffenen Bauaufträge seien im Unterschwellenbereich gelegen. In diesem Bereich seien nach dem Bundesvergabegesetz Direktvergaben oder Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 100.000,00, Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 500.000,00 und nicht offene Verfahren ohne öffentliche Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 1 Mio. möglich. In der Praxis würden derartige Ausschreibungen als „beschränkte Ausschreibungen“ bezeichnet werden. Sie seien dadurch charakterisiert, dass nur zur Anbotslegung durch den Auftraggeber eingeladene Unternehmen teilnehmen können, eine Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung fehle und ein großer Ermessensspielraum seitens des Auftraggebers bestehe, ob er ein Unternehmen direkt beauftrage oder nur wenige – in der Regel drei bis fünf – Vergleichsangebote vor Auftragserteilung einhole.

Der für beschränkte Ausschreibungen relevante Markt bestehe nur aus denjenigen Unternehmen, die durch die ausschreibende Stelle zur Anbotslegung eingeladen worden seien. Die Marktabgrenzung für beschränkte Ausschreibungen unterscheide sich daher von jener für offene Vergabeverfahren, bei denen auf den Kreis jener Unternehmer abzustellen sei, die in der Lage seien, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Bei folgenden Bauvorhaben habe die Antragsgegnerin an derartige Absprachen teilgenommen:

1	2011	Bauvorhaben 1090 Wien, Servitengasse 16, Dachgeschoßausbau, Auftraggeber Sarstein Privatstiftung	Zuschlag Tüchler
2	2011	Bauvorhaben Pensionsversicherungsanstalt Wien, Umbau Registratur	Zuschlag Tüchler
3	2011	Bauvorhaben BIG, 1040 Wien, BRG Waltergasse 7 – Deckensanierung im ersten Obergeschoß, ME-Saal	Tüchler fordert Deckan-gebot ein
4	2011	Schloss Schönbrunn Gardetrakt, Auftraggeber Schloss Schönbrunn Kultur- und BetriebsgesmbH	Tüchler legt Deckan-gebot
5	2011	Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1020 Wien	Zuschlag Tüchler
6	2012	Pensionsversicherungsanstalt, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1020 Wien	Zuschlag Tüchler
7	2012	Unfallkrankenhaus Meidling, Stationsumbau	Tüchler legt Deckan-gebot
8	2012	Wien Gas, 1110 Wien, Erdbergstraße 236	Zuschlag Tüchler
9	2012	Nuklear Seibersdorf, Forschungszentrum, Konferenzraum	Zuschlag Tüchler
10	2012	Hypo Bank, Wipplinger Straße 1, 1010 Wien, Abbruch- und Trockenbauarbeiten	Zuschlag Tüchler
11	2012	Florida Tower, 1210 Wien, Service 1. und 4. OG	Weiter-gabe geheimer Daten
12	2013	Leopold Museum – Privatstiftung, Museumsplatz 1	Weiter-gabe geheimer Daten
13	2013	Volksschule Anton-Baumgartner-Straße 119, 1230 Wien, Volksschule Erlaaer Schleife	Weiter-gabe geheimer Daten
14	2013	Krankenanstaltenverbund, Krankenanstalt Wilhelminenspital, Montleartstraße 37, 1160 Wien	Tüchler legt Deckan-gebot

15	2013	Krankenanstalt Ybbs, Persenbeuger Straße 1-3, 3370 Ybbs an der Donau, Auftraggeber Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1/CB, 1030 Wien	Tüchler legt Deckangebot
16	2013	Militärisches Servicezentrum 1, Amtsgebäude Stiftgasse, 1070 Wien, Verlegung von Doppelböden	Zuschlag Tüchler
17	2014	Lorenz-Böhler-Unfallkrankenhaus, Sanierung Nassgruppen Patientenzimmer	Zuschlag Tüchler
18	2014	AUVA Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler, Trockenbauarbeiten – Metalldecke	Zuschlag Tüchler
19	2015	Amtsgebäude Stiftgasse, 1070 Wien, Brandschutzschächte, Auftraggeber Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport	Zuschlag Tüchler
20	2015	Hofburg Reichskranzleitrakt Top 54	Zuschlag Tüchler
21	2016	Universitäts-Sportzentrum Schmelz, Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH	Weitergabe geheimer Daten
22	2016	Kellerdeckendämmung Große Mohrengasse 30, 1020 Wien, Auftraggeber Sozialbau AG, Lindengasse 55, 1070 Wien,	Tüchler legt Deckangebot
23	2016	Wiener Netze, Erdbergstraße 236, 1110 Wien, Brandschutzklappen	Zuschlag Tüchler

Bei den oben genannten Bauvorhaben seien bei jenen, bei denen Tüchler der Zuschlag erteilt worden sei, von den Mitbewerbern Angebotskalkulationen erstellt worden, die höher als das Angebot Tüchler gewesen seien. In jenen Fällen, in denen ausgewiesen sei, dass Tüchler ein Deckangebot erstellt habe, sei der Zuschlag an einen Mitbewerber gegangen, der ein niedrigeres Angebot gelegt habe.

Da eine einheitliche, komplexe und fortgesetzte Zuwiderhandlung vorliege, habe die Verjährungsfrist frühestens mit der Beendigung der Zuwiderhandlung im Jahr 2016 zu laufen begonnen. Gemäß § 33 KartG sei daher noch keine Verjährung eingetreten.

Durch das beschriebene Vorgehen habe die Antragsgegnerin Kernverstöße gegen das Kartellgesetz begangen in Form von horizontalen Preisvereinbarungen, Vereinbarungen über die Marktaufteilung und kartellrechtswidrigen Informationsaustausch. Bei einer Kernbeschränkung in Form von Preisfestsetzung und Marktaufteilung fielen die Sachverhalte, die sich nach dem 01.03.2013 ereignet haben, gemäß § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF BGBl I 2013/13 jedenfalls nicht unter die

Bagatellausnahme. Aufgrund der Marktabgrenzung der beschränkten Ausschreibungen gelte dies auch für Sachverhalte, die sich vor dem 01.03.2013 ereigneten, da den Teilnehmern an den Zuwiderhandlungen jeweils ein Marktanteil von mehr als 5 % bzw. 25 % der zu den Ausschreibungen eingeladenen Unternehmen zukomme.

Bei der Ermittlung des angemessenen Bußgeldes in der Höhe von EUR 130.500,00 sei als Ausgangszahl der Umsatz, den die Antragsgegnerin im Jahr 2015 insgesamt bei Trockenbauarbeiten im Unterschwellenbereich erzielt habe, und zwar EUR xxx, herangezogen worden. Unter Berücksichtigung, dass sie mit den in diesem Verfahren betroffenen Bauvorhaben die Antragsgegnerin einen Umsatz von ca. EUR xxx erzielt habe, und unter Berücksichtigung der Schwere und der Anzahl der betroffenen Bauvorhaben, sei als angemessenes Bußgeld EUR 145.000,00 anzunehmen. Die Berücksichtigung eines 10%igen Settlement-Abschlages ergebe die beantragte Bußgeldhöhe von EUR 130.500,00.

Der Bundeskartellanwalt gab keine Stellungnahme ab.

Die **Antragsgegnerin** stellte den von der Antragstellerin vorgebrachten Sachverhalt außer Streit und sprach sich nicht gegen die Höhe der beantragten Geldbuße aus. Außer Streit stand weiters, dass der Umsatz des Konzerns, dem die Antragsgegnerin angehört, im Jahr 2016 EUR 3 Mrd. betragen habe. Der Gesamtumsatz der Antragsgegnerin habe im Jahr 2016 EUR xxx betragen, der Gewinn habe sich auf ca. EUR 170.000,00 belaufen.

Da gegen die Richtigkeit der Außerstreitstellungen, die mit den von der BWB vorgelegten Urkunden im Einklang stehen, keine Bedenken bestehen, waren iSd § 33 Abs 1 AußStrG iVm § 38 KartG keine weiteren Erhebungen durchzuführen. Das außer Streit gestellte Vorbringen der Antragsgegnerin stellt damit den der rechtlichen Beurteilung zu unterziehenden Sachverhalt dar.

Rechtlich ergibt sich Folgendes:

Nach § 1 KartG sind verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Gemäß Abs 2 cit leg sind insbesondere verboten die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen, die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen.

Preisabsprachen:

Kartellrechtswidrige Preisabsprachen können Absprachen über Mindestpreise, Preisintervalle, Preisaufläge und -abzüge oder die Koordination der Höhe und des Zeitpunktes der Preissteigerung sein (Schroeder in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union [54.

Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 776). Durch die oben beschriebene Koordinierung der Angebote, insbesondere der preislichen Kalkulation, wurden die Angebotspreise untereinander abgestimmt, was eine Kernbeschränkung mit dem Zweck der Wettbewerbsbeschränkung darstellt, bei der die wettbewerblichen Auswirkungen (Spürbarkeit) nicht zu prüfen ist (16 Ok 12/06; 16 Ok 5/08; 16 Ok 1/13).

Marktaufteilung:

Durch die genannte Koordinierung des Angebotsverhaltens erreichte die Antragsgegnerin und die Mitbewerberin eine Reduktion des Bieterwettbewerbs, sodass dieses Verhalten auch als Kernverstoß der Aufteilung der Märkte zu qualifizieren ist. Wenn nämlich zwischen den Wettbewerbern im Vorhinein vereinbart wird, wer den Zuschlag erhalten soll, und die von der Mitbewerbern abgegebenen Angebote derart (höher) kalkuliert sind, dass insbesondere beim Billigstbieterverfahren damit zu rechnen ist, dass der ausgewählte Mitbewerber den Zuschlag erhält, wird jener Markt, in dem die Mitbewerber tätig sind (Trockenbaubereich) unter den Mitbewerbern durch Absprachen aufgeteilt und damit die dem fairen Wettbewerb innewohnende Ungewissheit über das zukünftige Marktverhalten der Mitbewerber ausgeschaltet (EuGH C-RS40/73).

Solche Formen der Kollusion zwischen Unternehmen sind schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs anzusehen und daher bezweckte Kartellrechtsverstöße (EuGH C-32/11; 16 Ok 1/13).

Informationsaustausch:

Bei jenen Bauvorhaben, bei denen es trotz Abgabe eines Deckangebotes eines Mitbewerbers oder der Antragsgegnerin zu keiner Zuschlagserteilung durch den Ausschreibungsverfasser kam, stellt die Weiterleitung der Angebotskalkulation an Mitbewerber jedenfalls eine sogenannte Fühlungsnahme zwischen den Unternehmen dar, die geeignet und bestimmt ist, das Wettbewerbsrisiko abzuschwächen (16 Ok 7/00). Typisches Mittel für die Verhaltensabstimmung des Wettbewerbs ist der Informationsaustausch (EuGH RS 40/73). Die erforderliche Gegenseitigkeit wird angenommen, wenn ein Unternehmen gegenüber einem oder mehr Wettbewerbern strategische Informationen offenlegt und der Empfänger dies akzeptiert. Durch diesen Informationsaustausch wird der Geheimwettbewerb unzulässig beeinträchtigt (16 Ok 12/06).

Die im Anlassfall zu beurteilenden Kartellrechtsverstöße sind daher als verbotenes Preisabsprache- und Marktaufteilungsverhalten sowie unzulässiger Informationsaustausch zu werten.

Ein Freistellungs- oder Rechtfertigungsgrund nach § 2 KartG wurde nicht behauptet, und ist auch nicht erkennbar.

Das Verhalten der Antragsgegnerin ist auch nicht nach § 2 Abs 2 KartG vom Verbot nach § 1 KartG ausgenommen. Die dort normierte Privilegierung von Bagatellkartellen gilt seit dem KaWRÄG 2012 nicht für Preiskartelle oder Marktaufteilungskartelle. Vor dem Inkrafttreten des KaWRÄG 2012 sah § 2 Abs 2 KartG die Privilegierung von Bagatellkartellen ganz allgemein vor, somit auch solche, die Kernbeschränkungen beinhalteten. Aber auch bei den den Zeitraum vor dem 01.03.2013 betreffenden Verhaltensweisen der Antragsgegnerin ist im Anlassfall davon auszugehen, dass die das Bagatellkartell definierenden Marktanteilsschwellen überschritten wurden.

Im Anlassfall betrafen die Absprachen beschränkte Ausschreibungen, und zwar sowohl der öffentlichen Hand als auch Privater, was im Spruch als „beschränkte öffentliche und private Ausschreibungen“ bezeichnet wurde. Da bei beschränkten Ausschreibungen nur eine bestimmte oder begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Legung eines Angebots eingeladen werden, stellen nicht eingeladene Unternehmen keine alternativen Anbieter dar, und stehen mit den eingeladenen Unternehmen nicht im Wettbewerbsverhältnis. Die Marktabgrenzung hat daher in diesem Fall nicht, wie bei einem offenen Vergabeverfahren zu erfolgen. Im offenen Vergabeverfahren ist nämlich die Marktabgrenzung anhand des Kreises jener Unternehmer vorzunehmen, die in der Lage sind, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, unabhängig davon, ob sie sich bei einer konkreten Ausschreibung beworben haben oder nicht (16 Ok 6/12). Dem gegenüber besteht bei beschränkten Ausschreibungen der Markt aus demjenigen Unternehmen, die durch die ausschreibende Stelle zur Anbotslegung eingeladen werden. Aufgrund des geringen Kreises der Teilnehmer an den hier beschriebenen beschränkten Ausschreibungen, kamen den beteiligten Unternehmen jedenfalls ein Marktanteil von mehr als 5 % bzw. 25 % zu. Die Bagatellregelung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF vor dem KaWRÄG 2012 ist daher ebenfalls nicht anwendbar.

Die hier zu beurteilenden Verhaltensweisen der Antragsgegnerin sind nach österreichischem Kartellrecht zu beurteilen, da das für die Anwendung des unionsrechtlichen Kartellverbots erforderliche Kriterium der Zwischenstaatlichkeit fehlt. Beim Kriterium der Zwischenstaatlichkeit handelt es sich um eine Kollisionsnorm, die keine wettbewerbsrechtliche Bewertung der Absprache betrifft, sondern die Frage beantworten soll, ob es angemessen ist, den Sachverhalt nach Unionsrecht zu beurteilen (16 Ok 2/15b; 16 Ok 10/09; 16 Ok 7/15p).

Art 101 Abs 1 AEUV erfordert, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Diese Voraussetzung ist – was schon durch das Abstellen auf die „Eignung“ angelegt ist – weit zu verstehen (Zimmer in Imenger/Mestmecker, EU Wettbewerbsrecht⁵ Art 101 AEUV Rz 196 mwN; 16 Ok 7/15p).

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass Maßnahmen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates erstrecken, in der Regel zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten geeignet sind, weil sie schon ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte

Marktintegration und angestrebte wirtschaftliche Verflechtung behindern oder verhindern können (16 Ok 2/15b; 16 Ok 4/13; 16Ok7/15p).

Da im Anlassfall die Bauvorhaben weder im gesamten Bundesgebiet noch EU-weit bekannt gemacht wurden und die zur Angebotslegung eingeladenen Mitbewerber durchwegs regional in Österreich tätig sind, somit kein grenzüberschreitendes Interesse an der Teilnahme an den Bauvorhaben ersichtlich ist, fehlt es am Kriterium der Zwischenstaatlichkeit. Damit ist nur innerstaatliches Wettbewerbsrecht anzuwenden ist.

Die im Anlassfall zu beurteilende horizontal abgestimmte Vorgehensweise der Mitbewerber ist als fortgesetztes Delikt zu qualifizieren, als auch als Verstoß, der aus mehreren Teilhandlungen besteht, die in ihrer Begehungsweise gleichartig sind, in einem nahen zeitlichen Zusammenhang stehen und von einem Gesamtvorsatz getragen sind. Nach oberstgerichtlicher Rechtsprechung beginnt die Verjährungsfrist bei fortgesetzten Delikten mit der Beendigung des letzten Teilaktes zu laufen, sodass hinsichtlich keiner der genannten Bauprojekte Verjährung gemäß § 33 KartG 2005 eingetreten ist (16 Ok 7/15p).

Gemäß § 36 Abs 2 letzter Satz KartG darf das Kartellgericht keine höhere Geldbuße verhängen als beantragt wurde. Die Antragstellerin hat die von ihr dargelegten Milderungsgründe iSd § 30 Abs 3 KartG angemessen berücksichtigt. Weitere Milderungsgründe sind nicht ersichtlich, weshalb die Geldbuße in der Höhe des beantragten Betrages zu verhängen war.“