

Veröffentlichung gemäß § 37 Kartellgesetz
Entscheidung des Kartellgerichts

Kategorie: KartellDienststelle: **OLG Wien (009)**Aktenzeichen: **26 Kt 10/16**Fall: [Bundeswettbewerbsbehörde](#)
[Akustik-Blasch Schall- und Wärmedämmung GmbH](#)
[ebenso 24 Kt 4/17v](#)
[Feststellungsverfahren](#)
[kartellrechtswidrige Preisabsprachen](#)
[Kundenaufteilungen](#)
[horizontaler Informationsaustausch mit Mitbewerbern](#)
[beschränkte Vergabeverfahren](#)
[Trockenbau](#)

Bekannt gemacht am: 04.01.2018

Entscheidungsdatum: 29.06.2017

„Gemäß § 28 Abs 1 iVm § 28 Abs 1a Z 1 KartG wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin im Rahmen einer einheitlichen komplexen und fortgesetzten Zuwiderhandlung in Form von kartellrechtswidrigen Preisabsprachen und Kundenaufteilungen und/oder kartellrechtswidrigem horizontalem Informationsaustausch mit Mitbewerbern in Bezug auf beschränkte öffentliche und private Vergabeverfahren im Bereich Trockenbau, insbesondere in Wien, Niederösterreich und Burgenland im Zeitraum April 2011 bis August 2015, gegen § 1 Abs 1 KartG verstoßen hat.

B e g r ü n d u n g :

Die **Antragstellerin** beehrte zunächst im führenden Verfahren 26 Kt 10/16i wegen Zuwiderhandlungen gegen § 1 Abs 1 KartG bzw Art 101 AEUV, nämlich wegen Teilnahme an kartellrechtswidrigen Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen von Bietern im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Bereich Trockenbau, die Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 KartG über die Antragsgegnerin. Im verbundenen Verfahren 24

Kt 4/17v legte sie dar, dass die Antragsgegnerin ein Anerkenntnis abgegeben habe, wonach den Ermittlungsergebnissen der Antragstellerin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht entgegengetreten werde. Der Antragsgegnerin sei (nachdem sie noch vor dem Geldbußenantrag einen Marker für einen Kronzeugenantrag eingebracht habe) der Kronzeugenstatus zuerkannt worden, die Voraussetzungen für ein Absehen von der Beantragung der Verhängung einer Geldbuße gemäß § 11 Abs 3 Z 2 bis 4 WettbG seien erfüllt. Es werde daher nunmehr der im Spruch ersichtliche Feststellungsantrag erhoben.

Zusammengefasst wurde vorgebracht, zwischen der Antragsgegnerin und ihren Mitbewerbern Wagner & Jüptner GmbH, XXX, XXX, XXX, XXX und Tüchler Ausbau GmbH sei es im Zeitraum April 2011 bis August 2015 zu horizontalen Absprachen über Angebotslegungen und horizontalem Informationsaustausch gekommen. Es habe zwischen den Wettbewerbern ein Grundverständnis dahin bestanden, sich bei beschränkten Ausschreibungen von Trockenbauleistungen vor Angebotsabgabe wechselseitig über das jeweilige Angebotsverhalten zu informieren bzw abzustimmen.

Hievon seien Aufträge von privaten und öffentlichen Auftraggebern bzw Sektorenauftraggebern bei Vergabeverfahren betreffend Bauaufträge im Unterschwellenbereich, also für Auftragsvergaben mit einem geschätzten Auftragswert von unter EUR 5,225 Mio, betroffen gewesen. In diesem Bereich seien nach dem BVergG Direktvergaben oder Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 100.000,--, Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 500.000,-- und nicht offene Verfahren ohne öffentliche Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 1 Mio möglich. In der Praxis würden Ausschreibungen, denen keine öffentliche Bekanntmachung vorangehe, oftmals als „beschränkte Ausschreibungen“ bezeichnet. Diese seien dadurch charakterisiert, dass nur zur Angebotslegung durch den Auftraggeber eingeladene Unternehmen teilnehmen könnten (es bestehe also ein beschränkter Bieterkreis), eine Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung fehle und ein großer Ermessensspielraum seitens des Auftraggebers bestehe, ob er ein Unternehmen direkt beauftrage oder nur wenige - idR 3 bis 5 - Vergleichsangebote einhole.

Der für beschränkte Ausschreibungen relevante Markt bestehe nur aus denjenigen Unternehmen, die durch die ausschreibende Stelle zur Angebotslegung eingeladen worden seien. Die im vorliegenden Fall vorzunehmende Marktabgrenzung 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. Die Teilnehmer an den gegenständlichen Zuwiderhandlungen würden demnach jeweils einem Anteil von mehr als 5 % (bzw 25 %) der zu den Ausschreibungen eingeladenen Unternehmen entsprechen.

Die typische Vorgehensweise habe sich wie folgt dargestellt: Die Antragsgegnerin habe von einem Mitbewerber ein konzertiertes Angebot - das so kalkuliert gewesen sei, dass es preislich über jenem Angebot lag, welches der Mitbewerber selbst abzugeben beabsichtigt habe („Deckangebot“) - zur Angebotslegung übermittelt bekommen, wodurch dem Mitbewerber - vor allem im Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip - zur Auftragserteilung verholfen werden sollte. Umgekehrt habe auch die Antragsgegnerin Mitbewerbern derartige konzertierte Angebote in Form fertiger Angebotskalkulationen zur Abgabe übermittelt. Dadurch, nämlich indem den Auftraggebern mit möglichst geringem Aufwand die stete Bereitschaft zur Angebotslegung signalisiert worden sei, sei teils auch dafür Sorge getragen worden, dass die beteiligten Unternehmen nicht aus dem Kreis der zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmer herausfallen. Zudem sei es in einigen Fällen zu abgestimmten Verhaltensweisen in Form von kartellrechtswidrigem Austausch von geheimen Informationen über Angebote und Detailkalkulationen gekommen. Durch Versendung der vorgefertigten Angebotskalkulationen sei - unabhängig davon, ob das Deckangebot tatsächlich gelegt oder (was auch vorgekommen sei) davon abgesehen worden sei - ein selbständiges und kompetitives Bieterverhalten der beteiligten Unternehmen verhindert und damit die Möglichkeit des Auftraggebers, zwischen auf Wettbewerb gerichteten Angeboten wählen zu können, eingeschränkt worden. Durch die Koordinierung ihres Verhaltens in den Vergabeverfahren seien die Unsicherheiten über das Marktgeschehen - insbesondere über das Verhalten bzw die Preisgestaltung von Wettbewerbern bei Ausschreibungen - für die beteiligten Unternehmen verringert worden.

Bei folgenden Bauvorhaben seien derartige Absprachen erfolgt:

Tabelle - siehe Anhang

Die antragsgegenständlichen Verhaltensweisen seien als Kernbeschränkungen und bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren. Durch die Abstimmung des Bieterverhaltens zwischen Wettbewerbern bei Vergabeverfahren und Ausschreibungen werde der Preiswettbewerb beschränkt und Märkte bzw Kunden aufgeteilt. Die Vereinbarungen hätten dazu gedient, es den an den Absprachen beteiligten Unternehmen zu ermöglichen, Angebote an Auftraggeber im Sinne reduzierter, wenn nicht ausgeschlossener wettbewerblicher Unsicherheit abzugeben, da sie absprachegemäß erwarten hätten können, dass sie ihre Wettbewerber nicht unterbieten würden oder weil ihnen die Angebote ihrer Wettbewerber bereits bekannt gewesen seien. Es sollte damit insgesamt dafür Sorge getragen werden, dass bei den Ausschreibungen bestimmte, aus Sicht der Absprachepartner günstige Ergebnisse erzielt würden. Derartiges sei durch die Abgabe von Deckangeboten auch tatsächlich bewirkt worden. Die Verhaltensweisen der Antragsgegnerin widersprächen gerade den Zielsetzungen, die hinter der Einleitung eines Vergabeverfahrens oder einer Ausschreibung stünden. So seien nach § 19 BVergG Vergabeverfahren ua „entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs“ durchzuführen, was - als unverzichtbare Voraussetzung - die Einhaltung des Grundsatzes des geheimen Wettbewerbs bedinge.

Als bezweckte Zuwiderhandlungen würden die Verstöße nicht von der Bagatellausnahme des § 2 Abs 2 KartG profitieren. Aufgrund der Marktabgrenzung bei beschränkten Ausschreibungen - der relevante Markt werde durch das jeweilige Vergabeverfahren gebildet - und der diesbezüglich anzunehmenden Marktanteile gelte dies auch für Sachverhalte, die sich vor dem 1.3.2013 ereignet hätten.

Da eine einheitliche, komplexe und fortgesetzte Zuwiderhandlung vorliege, habe die Verjährungsfrist frühestens mit der Beendigung der Zuwiderhandlung im Jahr 2015 zu laufen begonnen. Gemäß § 33 KartG sei daher noch keine Verjährung eingetreten.

Der **Bundeskartellanwalt** trat dem Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde bei.

Die **Antragsgegnerin** gab am 28.3.2017 das von der Antragstellerin als Beilage ./C1 vorgelegte Anerkenntnis ab. Im gerichtlichen Verfahren bestritt sie den von der Antragstellerin vorgebrachten Sachverhalt nicht und verwies auf das Anerkenntnis sowie darauf, dass die Antragstellerin gemäß § 11 Abs 2 Z 1 lit a WettbG davon Abstand nehme, die Verhängung einer Geldbuße zu beantragen.

Da somit gegen die Richtigkeit des Antragsvorbringens und der vorgelegten Urkunden Beilagen ./A - ./U2 keine Einwendungen erhoben wurden und keine Bedenken bestehen, waren iSd § 33 Abs 1 AußStrG iVm § 38 KartG keine weiteren Erhebungen durchzuführen.

Rechtlich ergibt sich daraus Folgendes:

Das zwischen der Antragsgegnerin und ihren Mitbewerbern im Zeitraum April 2011 bis August 2015 etablierte System stellt - wie von der Antragstellerin dargelegt - eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Von der Antragsgegnerin wurden konzertiert Angebotskalkulationen für Mitbewerber erstellt, die höher als das eigene Angebot der Antragsgegnerin waren. Diese wurden von den Mitbewerbern als Deckangebot abgegeben, um der Antragsgegnerin zum Zuschlag zu verhelfen. Umgekehrt erhielt die Antragsgegnerin von Mitbewerbern Angebotskalkulationen und gab diese als Deckangebote ab, um den Mitbewerbern zum Zuschlag zu verhelfen. Auch wenn derartige Deckangebote nicht abgegeben wurden, fand durch die Übermittlung der Angebotskalkulationen ein wechselseitiger Austausch vertraulicher Informationen statt, um das jeweilige Angebotsverhalten bei den beschränkten Ausschreibungen abstimmen zu können. Durch diese Koordinierung des Angebotverhaltens bei Vergabeverfahren mit Wettbewerbern wurde eine Reduktion des Bieterwettbewerbs erreicht.

Dies stellt eine horizontale Preisabsprache und eine Aufteilung von Märkten bzw Kunden und somit einen Verstoß gegen die Bestimmungen des § 1 Abs 2 Z 1 und Z 3 KartG dar. Hiebei handelt es sich um

Kernbeschränkungen, deren unmittelbare Auswirkung auf den Markt nicht geprüft werden braucht.

Ein Freistellungs- bzw Rechtfertigungsgrund nach § 2 KartG wurde nicht behauptet und ist nicht erkennbar.

Aus den von der Antragstellerin genannten Gründen liegt ein Bagatellkartell nicht vor. Für jene Sachverhalte, die sich nach dem 1.3.2013 ereignet haben, ergibt sich dies bereits aus § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF KaWeRÄG 2012, wonach Kernbeschränkungen explizit von der Bagatellausnahme ausgeschlossen sind. Für die den Zeitraum vor dem 1.3.2013 betreffenden Verhaltensweisen ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf den geringen Kreis der Teilnehmer an beschränkten Ausschreibungen diesen ein Marktanteil von mehr als 5 % bzw 25 % zukommt. Wenn bei beschränkten Ausschreibungen nur eine bestimmte und begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Legung eines Angebots eingeladen wird, 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, wo auf den Kreis jener Unternehmer abzustellen ist, 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). Vielmehr besteht bei beschränkten Ausschreibungen der Markt aus denjenigen Unternehmen, die durch die ausschreibende Stelle zur Angebotslegung eingeladen wurden. Die Bagatellregelung des § 2 Abs 2 Z 1 KartG idF vor dem KaWeRÄG 2012 ist daher ebenfalls nicht anwendbar.

Da eine fortgesetzte Zuwiderhandlung vorliegt und der Beginn der Verjährungsfrist nach § 33 KartG mit dem Zeitpunkt anzunehmen ist, an dem die Rechtsverletzung beendet wurde, ist auch eine Verjährung der bis August 2015 stattgefundenen Kartellrechtsverstöße nicht eingetreten.

Dass die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung des Art 101 AEUV vorlägen, hat die Antragstellerin zuletzt nicht mehr behauptet. Für die Annahme, die festgestellte Verhaltensweisen wären im Sinne dieser Bestimmung geeignet gewesen, den Handel zwischen den

Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, besteht im Hinblick auf die gegebene Beschränkung des Bieterkreises kein Anlass.

Gemäß § 28 Abs 1 KartG hat das Kartellgericht dann, wenn die Zuwiderhandlung gegen ein im ersten Hauptstück enthaltenes Verbot bereits beendet ist, die Zuwiderhandlung festzustellen, soweit daran ein berechtigtes Interesse besteht. Ein solches liegt nach § 28 Abs 1a Z 1 KartG auch vor, wenn die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen einen Unternehmer begehrt wird, dem die Bundeswettbewerbsbehörde Kronzeugenstatus zuerkannt hat.

Der Antragsgegnerin wurde von der Antragstellerin Kronzeugenstatus zuerkannt. Damit ist das berechtigte Interesse an der begehrten Feststellung, der die Antragsgegnerin nicht entgegentrat, gegeben.“

Bezeichnung	Größe
 Tabelle	110525 KB