

HASLINGER/NAGELE

Bieter und Büßer im Vergaberecht

Selbstreinigung. Seit der Novelle des Bundesvergabegesetzes gelten strengere Auflagen für Unternehmen, wie sie trotz Verurteilung oder beruflicher Verfehlung die Teilnahme an Vergabeverfahren sichern können.

Der Ausschluss von einer öffentlichen Auftragsvergabe wegen eines Compliance-Verstoßes ist für Unternehmen hart. Die Rechtsanwälte Martin Oder und Birgit Voglmayr, Partner der Kanzlei Haslinger/Nagele, erklären, wie sich Bieter wieder ins Rennen bringen.

In Österreich läuft derzeit ein Ermittlungsverfahren gegen zahlreiche österreichische Bauunternehmen. Welche Implikationen hat das für die öffentliche Auftragsvergabe?

Martin Oder: Derzeit gibt es nur ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren, aber keine rechtskräftigen Verurteilungen. Parallel dazu führt die Bundeswettbewerbsbehörde ein eigenes, sehr großes Ermittlungsverfahren gegen rund 50 österreichische Bauunternehmen. Sollte es in weiterer Folge gegen diese Unternehmen tatsächlich zu Verurteilungen zum Beispiel wegen Submissionsabreden kommen, wird es interessant, wie die öffentlichen Auftraggeber damit umgehen. Das wird die erste richtige Nagelprobe für die Selbstreinigung nach dem neuen Bundesvergabegesetz.

Inwiefern?

Birgit Voglmayr: Im Vergabeverfahren darf der Auftraggeber den Auftrag nur an geeignete Bieter vergeben. Das sind nicht nur befugte sowie technisch und wirtschaftlich geeignete, sondern auch zuverlässige Bieter. Wenn ein Compliance-Verstoß vorliegt, kann es sein, dass die Zuverlässigkeit dadurch nicht mehr gegeben ist.

Was sind solche Verstöße?

Voglmayr: Den Begriff Compliance kennt das Bundesvergabegesetz nicht. Wird von Compliance-Verstößen gesprochen, sind zum Beispiel strafrechtliche Verurteilungen wegen bestimmter Delikte wie zum Beispiel Korruption, Untreue oder Betrug oder schwere Berufspflichtverletzungen gemeint.

Was sind die vergaberechtlichen Konsequenzen eines Compliance-Verstoßes?

Voglmayr: Im schlimmsten Fall der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Das ist aus unternehmerischer Sicht eine schwerwiegende Konsequenz, vor allem, wenn das Geschäftsfeld zum Großteil aus öffentlichen Aufträgen besteht. Wurde der Geschäftsführer eines Unternehmens etwa wegen Betrugs rechtskräftig verurteilt, muss der Auftraggeber dieses Unternehmen zwingend ausscheiden. Es gibt aber auch Gründe, bei denen der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum hat. Liegt zum Beispiel eine Verletzung von Berufspflichten vor, bei der der Auftraggeber zu dem Ergebnis kommt, dass die Verfehlung nicht schwer ist, muss beziehungsweise darf er gar nicht ausscheiden.

Welche Compliance-Verstöße kommen in der Praxis vor?

Oder: In der Praxis kommen Ermittlungen wegen Kartellrechtsverstößen wohl am häufigsten vor, in manchen Branchen sind es Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Voglmayr: Seitdem mit der Datenschutzgrundverordnung für Datenschutzverstöße drakonische Strafen vorgesehen sind, wird uns auch oft die Frage gestellt, inwieweit Datenschutzverstöße einen Ausschluss vom Vergabeverfahren begründen können. Ein schwerwiegender Verstoß kann einen Ausscheidungsgrund darstellen. In der Praxis sind noch keine Fälle bekannt, aber ich halte es durchaus



Martin Oder und Birgit Voglmayr: „Ermittlungen sind zu wenig, um ein Unternehmen von der Vergabe auszuschließen.“

[Dimo Dimov]

für denkbar, dass sich da in nächster Zeit die Fälle häufen könnten.

Ist eine Preisabsprache ein Ausschlussgrund?

Voglmayr: Nur, wenn es zumindest hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen gibt. Das zu beurteilen, obliegt dem Auftraggeber. Scheidet der Auftraggeber einen Bieter deshalb aus und wird diese Entscheidung angefochten, muss der Auftraggeber in einem Nachprüfungsverfahren begründen und nachweisen, dass tatsächlich hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen vorlagen und die Zuverlässigkeit des ausgeschlossenen Bieters deshalb beeinträchtigt war.

Was sind solche Anhaltspunkte?

Voglmayr: Zum Beispiel eine rechtskräftige Verurteilung wegen wettbewerbswidriger Absprachen nach Paragraph 168b Strafgesetzbuch oder eine rechtskräftige Bußgeldentscheidung des Kartellgerichts.

Und wenn es eine Entscheidung gibt, die noch nicht rechtskräftig ist?

Oder: Da kommt es auf den Auftraggeber an. Wenn er die Entscheidung für einen hinreichend plausiblen Anhaltspunkt für eine wettbewerbswidrige Absprache hält, kann er ausscheiden. Es ist aber eine schwierige Situation, weil in Österreich die Unschuldsvermutung gilt. Wenn das Unternehmen also in die Instanz geht und der Auftraggeber es trotzdem vor einer rechtskräftigen Entscheidung vom Verfahren ausschließt, kommt das quasi einer Vorverurteilung gleich.

Ermittlungsverfahren sind jedenfalls noch kein hinreichendes Indiz?

Voglmayr: Ermittlungen oder Hausdurchsuchungen sind zu wenig, um ein Unternehmen auszuschließen. Wenn aber der Bieter, wenn auch nur implizit, anerkennt, dass er

ZU DEN PERSONEN

Martin Oder ist Partner der Kanzlei Haslinger/Nagele und auf Kartell- und Beihilfenrecht, Vergaberecht sowie auf öffentliches Wirtschaftsrecht spezialisiert.

Birgit Voglmayr ist seit 2018 Partnerin bei Haslinger/Nagele. Zu ihren Tätigkeitsschwerpunkten zählen Compliance und interne Ermittlungen, Vergaberecht, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht.

wettbewerbswidrige Absprachen geführt hat, könnte das einen ausreichend plausiblen Anhaltspunkt darstellen. Man sollte daher in diesem Verfahrensstadium mit Zugeständnissen vorsichtig sein. Nur weil eine Ermittlungsmaßnahme gesetzt wurde, heißt das noch nicht, dass man schuldig ist. Ein Problem in diesem Zusammenhang ist, dass der Auftraggeber zur Prüfung der Zuverlässigkeit regelmäßig eine Auskunft aus dem bei der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft geführten Verbandsregister verlangt. Dort erhält er sowohl Auskunft darüber, ob eine rechtskräftige Verurteilung des Verbands vorliegt, als auch ob ein Ermittlungsverfahren läuft. Da ist der Verband schlechter gestellt als eine natürliche Person, bei der im Strafregisterauszug nur etwaige rechtskräftige Verurteilungen, aber keine Ermittlungen, aufscheinen.

Welche Möglichkeiten haben Unternehmen, ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren zu verhindern?

Voglmayr: Wenn der Auftraggeber ein Unternehmen wegen eines Compliance-Verstoßes ausschließen möchte, ist der Zug noch nicht abgefahren: Der Bieter kann beweisen, dass er ungeachtet des Verstoßes beruflich zuverlässig ist, indem er Maßnahmen der Selbstreinigung setzt. Das ist quasi eine Reparatur der beruflichen Zuverlässigkeit,

mit der man sich wieder ins Rennen bringt.

Wie sieht das konkret aus?

Voglmayr: Die Möglichkeit der Selbstreinigung gab es zwar schon im Bundesvergabegesetz 2006, die Erfordernisse wurden aber durch die neue EU-Vergaberichtlinie und deren Umsetzung im Bundesvergabegesetz 2018 verschärft: Das Unternehmen muss Maßnahmen setzen, dass solche Verstöße nicht mehr passieren können, sich also zum Beispiel von den Verantwortlichen trennen, ein internes Berichts- und Kontrollsystem einrichten, regelmäßige Schulungen für Mitarbeiter abhalten und Ähnliches. Weiters muss es mit den Ermittlungsbehörden kooperieren, was in der Praxis vor allem bei Kartellverfahren ohnehin geschieht. Und darüber hinaus muss es einen allfälligen Schaden ausgleichen. Da gibt es aber noch viele Unklarheiten.

Wieso?

Voglmayr: Wir stehen hier noch relativ am Anfang. Die Frage ist: Welchen Schaden muss ein Unternehmen ausgleichen? Wenn tatsächlich ein Kartell bestanden hat, kann das Unternehmen den Schaden, der einzelnen Auftraggebern oder Abnehmern entstanden ist, ausgleichen. Aber unter Umständen gibt es auch einen volkswirtschaftlichen Schaden, weil die Preise allgemein in die Höhe gegangen sind. Wie soll das Unternehmen diesen Schaden ausgleichen?

Oder: Der Schadensausgleich ist in der Praxis ein großes Problem. Im Kartellverfahren geht es nicht um den Schadensausgleich, sondern um die Feststellung, ob es einen Kartellrechtsverstoß gab oder nicht. Dann wird ein Bußgeld verhängt - das ist eine Strafe und hat nichts mit Schadensausgleich zu tun. Muss das Unternehmen im Zuge der Selbstreinigung also freiwillig jemandem etwas anbieten oder zahlen, auch wenn es gar keinen Kläger gibt? Möglicherweise ist es auch so, dass

dem Auftraggeber überhaupt kein Schaden entstanden ist, etwa weil er diesen Schaden an Dritte weitergegeben hat. Solche Konstellationen gibt es im Kartellrecht ständig.

Wer entscheidet, ob die Maßnahmen der Selbstreinigung, insbesondere der Schadensausgleich, ausreichend sind?

Voglmayr: Der Auftraggeber. Vor dem Hintergrund der genannten Probleme sollte er beim Kriterium des Schadensausgleichs Augenmaß anwenden.

Wie läuft der Schadensausgleich in der Praxis ab?

Oder: Es gibt derzeit noch keinen Fall, in dem der Auftraggeber den Nachweis des Schadensausgleichs verlangt hätte. Das Gesetz ist noch zu jung. Interessant könnte es im Zusammenhang mit derzeit laufenden Kartellverfahren werden, sollte es zu einer Geldbuße kommen. Mit einer höchstrichterlichen Rechtsprechung können wir in Österreich aber wahrscheinlich erst in ein paar Jahren rechnen.

Gibt es Anhaltspunkte für den Schadensausgleich, an denen man sich orientieren kann?

Voglmayr: Es gibt ein paar Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien: Man muss sich nicht prozessual schlechter stellen, als es erforderlich ist. Man muss etwa keinen Verjährungsverzicht abgeben und keine unsubstantiierten Schadenersatzforderungen bereitwillig bezahlen. Die Rechte, die das Zivil- und das Zivilprozessrecht einräumt, können also weitgehend gewahrt werden. Wenn es aber dem Grunde nach berechnete Schadenersatzforderungen gibt, die nur der Höhe nach strittig sind, könnte es im Hinblick auf die Selbstreinigung und der damit verbundenen Möglichkeit, auch in Zukunft öffentliche Aufträge erlangen zu können, empfehlenswert sein, diese zumindest dem Grunde nach anzuerkennen.