

Plus

ÜBER DIE AUTORINNEN

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Teresa Weber, MSc, ist Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht.

Kontaktadresse: Sigmund Freud PrivatUniversität, Fakultät für Rechtswissenschaften, Lassallestraße 3, 1020 Wien

Tel.: +43 1 4700 104 30

E-Mail: teresa.weber@jus.sfu.ac.at

Internet: jus.sfu.ac.at

Sophie Manon Chourabi ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Wirtschaftsuniversität Wien, Forschungsinstitut für Urban Management und Governance.

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, Gebäude D3, 4. Stock, 1020 Wien

Tel.: +43-1-313 36-5543

E-Mail: sophie.manon.chourabi@wu.ac.at

Internet: www.wu.ac.at/urban

VON DENSELBEIN AUTORINNEN ERSCHIENEN

► *Weber* (Hrsg), Strategische Prozessführung in Österreich (2024).

ZU DIESEM THEMENBEREICH IN DER RFG ERSCHIENEN

- *Urban*, Anfechtung des Ergebnisses einer Gemeindevolksbefragung, RFG 2010/45;
- *Dörnhöfer*, Direkte Demokratie: Die Volksbefragung in der Gemeinde, RFG 2013/11;
- *Gamper*, Direkte Demokratie in Wien als Land und Gemeinde, RFG 2014/27;
- *Madlsperger*, Instrumente der direkten Demokratie auf Gemeindeebene, RFG 2014/28;
- *Schelling*, Volksabstimmung im Bereich der Flächenwidmung, RFG 2021/5;
- *Skalitzky/Jirak*, Volksbefragungen auf Gemeindeebene zur Widmung von Windkraftstandorten, RFG 2023/23.

Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Selbstreinigung nach Wettbewerbsverstößen

Der Beitrag schnell gelesen

Die Marktgemeinde XY möchte die zum Teil desolaten Gemeindefußstraßen sanieren. Es wird ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt und acht Unternehmen sind zur Angebotsabgabe eingeladen. Während des Verfahrens wird der Marktgemeinde XY mitgeteilt, dass drei der acht eingeladenen Unternehmen am berüchtigten „Baukartell“ beteiligt sind. Diese drei Bauunternehmen haben bereits Anerkenntnisse vor der Bundeswettbewerbsbehörde abgegeben, in welchen sie kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zugestanden haben. Bei der Angebotsöffnung stellt sich heraus, dass eines dieser drei Unternehmen das beste und billigste An-

gebot gelegt hat und eigentlich den Zuschlag erhalten müsste. Welche rechtlichen Erwägungen/weiteren Vorgangsweisen wären der Marktgemeinde XY in diesem Fall anzuraten?

Diese und viele weitere praxisrelevante Fragen iZm der Selbstreinigung nach Wettbewerbsverstößen werden in diesem Beitrag behandelt.

Vergaberecht

§§ 78 ff, 83 BVerG 2018; § 37e Abs 1 KartG; § 168 b StGB; § 74 Abs 1 Stmk GemO

RFG 2024/35



Mag. Dr. THOMAS MAYER ist Referent in der Steiermärkischen Landesregierung.

RA Dr. THOMAS NEGER ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

RAA Mag.^a LISA MARIE DORIATH ist Rechtsanwaltsanwärterin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
 - 1. Sachverhaltsbeispiel
 - 2. Allgemeines
 - 3. Schadensfeststellung

B. Zuverlässigkeit

- 1. Grundsätzliches zur Bieterreignung

C. § 78 BVerG 2018

- 1. § 78 Abs 1 Z 1 BVerG 2018 („Katalogstraftatbestände“)
- 2. § 78 Abs 1 Z 4 BVerG 2018 (für den Auftraggeber nachteilige Abreden)
- 3. Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit durch den Bieter (Selbstreinigung)

A. Ausgangslage

1. Sachverhaltsbeispiel

Die Marktgemeinde XY folgt dem Ruf ihrer Bevölkerung und möchte die zum Teil desolaten Gemeindestraßen sanieren. Da die Gemeindeführung mittlerweile weiß, dass man vergaberechtlich auch hier nicht leichtfertig agieren sollte, beschließt sie, die entsprechenden Bauleistungen auszuschreiben.

Da es der geschätzte Auftragswert zulässt, möchte die Marktgemeinde XY ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen, und es werden, nachdem alle Formalia zur Einleitung des nicht offenen Verfahrens gegeben sind, acht Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen.

Während des Verfahrens wird der Marktgemeinde XY mitgeteilt, dass drei der acht eingeladenen Unternehmen am berüchtigten „Baukartell“ beteiligt sind. Es wird bekannt, dass die drei Bauunternehmen bereits Anerkennnisse vor der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) abgegeben haben, in welchen sie kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zugestanden haben.

Bei der Angebotsöffnung stellt sich zudem heraus, dass eines der kartellverfangenen Unternehmen das beste (und auch billigste) Angebot gelegt hat und eigentlich den Zuschlag erhalten müsste.

Welche rechtlichen Erwägungen/weiteren Vorgangsweisen wären der Marktgemeinde XY in diesem Fall anzuraten?

2. Allgemeines

Sowohl die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) als auch die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) ermitteln seit 2017 gegen weitreichende Kartellverstöße in der heimischen Baubranche. Dabei offenbarte sich ein langjähriges System wettbewerbswidriger Absprachen im Bereich des Hoch- und Tiefbaus – schwerpunktmäßig im Bereich Straßenbau.¹

Zur Last gelegt wird den beteiligten Bauunternehmen, dass sie einheitlich festgesetzte kartellrechtswidrige Preisabsprachen getroffen sowie Marktaufteilungen und einen entsprechenden Informationsaustausch in Bezug auf öffentliche und private Ausschreibungen durchgeführt haben sollen. Bisher wurden gegen mehrere Unternehmen unterschiedlicher Baukonzerne Strafanträge durch die BWB gestellt, über einige Unternehmen wurden auch bereits rechtskräftige Kartellgeldbußen verhängt.²

Diverse Bauunternehmen haben zudem regelmäßig Anerkennnisse vor der BWB abgegeben, in welchen sie abgesprochene Verhaltensweisen zugestanden haben, da sie sich dadurch Verfahrenserleichterungen erhoffen.³

Zeitgleich ermittelte die WKStA gegen zahlreiche Beschuldigte (sowohl gegen natürliche Personen als auch gegen Bauunternehmen als juristische Personen) insb wegen des Delikts des § 168b StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren).

Von diesen Kartellabsprachen betroffen waren und sind alle öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG 2018, woraus sich – insb

mit Blick auf die Gemeinden – zwei grundsätzliche Problemstellungen ergeben:

- ▶ Zum einen könnte den Auftraggebern – so auch der Marktgemeinde XY – aufgrund der kartellrechtswidrigen Absprachen in vergangenen Auftragsvergaben bereits ein Schaden entstanden sein, den es zu identifizieren und geltend zu machen gilt.
- ▶ Zum anderen nehmen Baufirmen, über die bereits kartellgerichtlich eine Geldbuße verhängt bzw die gegenüber der BWB ein Anerkennnis abgegeben haben, an aktuellen (und zukünftigen) Ausschreibungen der Marktgemeinde XY teil. Es gilt daher insb, die Eignung dieser Bieter in Bezug auf deren Zuverlässigkeit zu untersuchen.

3. Schadensfeststellung

Die Marktgemeinde XY ist als öffentliche Auftraggeberin iSd BVergG 2018 bei ihren Beschaffungsvorgängen an die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gebunden und hat dabei die Ziele der Transparenz, der Vergleichbarkeit und der Nachvollziehbarkeit zu beachten (s § 74 Abs 1 Stmk GemO). Ein **Verstoß gegen die Haushaltsgrundsätze** würde zB vorliegen, wenn Bieter aufgrund der Abgabe überhöhter (und kartellrechtlich „abgestimmter“) Angebote von der öffentlichen Hand beauftragt werden würden.

Es ist daher der Marktgemeinde XY zur Durchsetzung allfälliger Ansprüche vorab anzuraten, jene **Bauvorhaben zu identifizieren**, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein kartellbedingter Schaden eingetreten ist. Hierbei könnte die Marktgemeinde XY auch auf externe Hilfe zurückgreifen, wie zB auf technische, bauwirtschaftliche und rechtliche Verfahrensbegeleiter.

Praxistipp

Dies ist in vielen Fällen durchaus notwendig, denn meistens müssen komplexe Sachverhaltserhebungen und rechtliche Beurteilungen erfolgen. Bspw bedarf es in der Regel entsprechender Feststellungen, welche öffentlichen Aufträge im Bereich Hoch- und Tiefbau im Kartellzeitraum vergeben wurden, welche Baufirmen dazu die jeweiligen Bieter waren, zu welchen Beträgen angeboten wurde und welches Bauunternehmen schlussendlich den Zuschlag erhalten hat, ob diese Beträge bauwirtschaftlich erklärbar sind, wie hoch die tatsächliche Abrechnungssumme war.

Weiters wird es oft erforderlich sein, die zu den einzelnen ausgeschrieben Bauvorhaben von den Bietern und Zuschlagsempfängern vorgelegten Kalkulationsformblätter sowie Leistungsverzeichnisse auszuheben und zu analysieren.

¹ In der Zeit von 2002 bis 2017 sollen mehr als 80 Unternehmen am „Baukartell“ beteiligt gewesen sein, vgl *Plattner-Schwarz/Becic*, Status quo – Baukartell, ZVB 2023/66, 209 ff.

² So hat das Kartellgericht am 21. 10. 2021 gegen zwei Gesellschaften des STRABAG-Konzerns eine Geldbuße iHv 45,37 Mio Euro; s *Bundeswettbewerbsbehörde*, BWB/K-626 Geldbuße gegen STRABAG iHv EUR 45,37; www.bwb.gv.at/kartelle_marktmachtmissbrauch/entscheidungen/detail/bwb-k-626-geldbusse-gegen-strabag-ihv-eur-4537-verhaengt (Stand aller Links: 15. 10. 2024) und am 17. 2. 2022 gegen Gesellschaften der PORR-Group eine zwischenzeitig rechtskräftige Geldbuße iHv 62,35 Mio Euro verhängt; s *Bundeswettbewerbsbehörde*, Baukartell: Entscheidung gegen PORR Group rechtskräftig; www.bwb.gv.at/news/detail/baukartell-entscheidung-gegen-porr-group-rechtskraeftig.

³ Siehe *Bundeswettbewerbsbehörde (BWB)*, FAQ Baukartell – Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde (Stand Mai 2024), 6 ff mwN; www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/FAQ_Baukartell_Mai_2024.pdf.

Betroffenen Auftraggebern steht zum **Ausgleich für Schäden** (zB überhöhte Preise, welche infolge des Kartells für die erteilten Bauaufträge bezahlt wurden) grundsätzlich **Schadenersatz** zu, und zwar grundsätzlich gegenüber sämtlichen am Kartell beteiligten Unternehmen (sog „Solidarhaftung“, § 37e Abs 1 KartG). Die **Verjährungsfrist** beträgt fünf Jahre ab Kenntnis von Schaden, Schädiger und haftungsbegründendem Verhalten und ist zudem während laufender Ermittlungen gehemmt (§ 37h KartG). Dennoch empfiehlt es sich für Auftraggeber, zeitnah zu prüfen, ob sie konkret betroffen sein könnten, und diesfalls Vorbereitungen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche zu treffen.

Es kann durchaus aufwändig sein, die Akten einer Vielzahl von Bauvorhaben aus mehreren Jahren auszuheben und entsprechend zu analysieren bzw analysieren zu lassen. Zudem ist es insb für öffentliche Auftraggeber wichtig zu wissen, mit welchen Unternehmen auch hinkünftig bedenkenlos zusammengearbeitet werden kann.

Allfällige Ansprüche sind – sollten außergerichtliche Lösungen mit den Unternehmen nicht möglich sein – im Wege von Klagen bei den jeweiligen Zivilgerichten geltend zu machen.

B. Zuverlässigkeit

1. Grundsätzliches zur Bieterreignung

Im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung werden das berufliche Verhalten eines Unternehmers und seine rechtliche Situation bewertet, wodurch insgesamt eine ordnungsgemäße Leistungserbringung sichergestellt werden soll. Ein **schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten** kann die Integrität des Wirtschaftsteilnehmers (nicht nur vergaberechtlich) in Frage stellen.⁴ Von zentraler Bedeutung sind dabei die im Gesetz abschließend geregelten Ausschlussgründe (§ 78 BVergG 2018).

Ein fundamentaler Grundsatz des Vergaberechts ist es daher, dass öffentliche Aufträge gem § 20 Abs 1 BVergG 2018 lediglich an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (somit geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben sind.

Die Eignung der Bieter in ihrer Gesamtheit setzt sich sowohl aus der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit als auch der beruflichen Zuverlässigkeit zusammen. Zudem definiert sie sich durch das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen.⁵ Die Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, sind als letzte Konsequenz im Vergabeverfahren auszuscheiden (§ 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018).

Die Eignung muss – mit Blick auf das Ausgangsbeispiel – beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zum **Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe** gegeben sein (§ 79 Z 3 BVergG 2018) und sollte über das gesamte Vergabeverfahren hinweg bis zur Zuschlagserteilung ununterbrochen bestehen.⁶

Die **unzureichende Prüfung** der Bieterreignung birgt auch die Gefahr der erfolgreichen Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung (§ 2 Z 15 lit a sublit cc BVergG 2018) durch einen nachgereihten Bieter: Hierbei hätte der Auftraggeber begründet darzulegen, dass er die berufliche Zuverlässigkeit ausreichend geprüft hat. Verfügt der Auftraggeber über keine ausreichende Dokumentation über diesen Prüfungsvorgang, kann dies zur **Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung** führen.

Um dies zu vermeiden, hat der öffentliche Auftraggeber insb die §§ 78 ff BVergG 2018 zu beachten. Die Zuverlässigkeit eines Bieters ist ua dann gegeben, wenn keine in § 78 Abs 1 und 2 BVergG 2018 genannten Ausschlussgründe vorliegen.

Sofern der Tatbestand eines Ausschlussgrundes nach § 78 BVergG 2018 erfüllt sein sollte, ist der Unternehmer bzw das Unternehmen grundsätzlich beruflich unzuverlässig und in der Regel aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.⁷

C. § 78 BVergG 2018

1. § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 („Katalogstrafatbestände“)

Unternehmer sind jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Auftraggeber von einer rechtskräftigen Verurteilung aufgrund eines in dieser Bestimmung gelisteten Tatbestandes Kenntnis hat (§ 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018).⁸ Diese taxativ aufgezählten Tatbestände, sog „Katalogstrafataten“, führen zu einer beruflichen Unzuverlässigkeit des Unternehmens im Vergabeverfahren. Vorausgesetzt wird, dass die Verurteilung rechtskräftig ist.⁹ Kenntnis erlangt hat der Auftraggeber auch dann, wenn er aufgrund von medialer Berichterstattung von einer rechtskräftigen Verurteilung erfährt.¹⁰

2. § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 (für den Auftraggeber nachteilige Abreden)

Für Sachverhalte iZm dem Baukartell insgesamt relevanter ist der Tatbestand des Ausschlusses von Unternehmen durch den öffentlichen Auftraggeber, wenn „*hinreichend plausible Anhaltspunkte*“ vorliegen, dass ein Bieter/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 (§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018).

Es obliegt der Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers, zu beurteilen, ob **hinreichend plausible Anhaltspunkte** iSd Bestimmung vorliegen.¹¹ Gerade diese Beurteilung ist in der Praxis nicht immer einfach durchzuführen. So können zB Auffälligkeiten bei der Preisgestaltung der Angebote, aber auch andere Auffälligkeiten von Übereinstimmungen oder Parallelitäten ver-

⁴ Vgl hier auch die Ausführungen in ErwGr 101 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABL L 2014/94, 65.

⁵ So schon ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 59 zum BVergG 2006.

⁶ VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0033; zu beachten ist, dass eine **entsprechende Eignung auch bei Direktvergaben** vorliegen muss (§ 46 iVm § 20 Abs 1 BVergG 2018).

⁷ Vgl *Plattner-Schwarz/Becic*, Selbstreinigung: personelle Maßnahmen und Import der beruflichen Unzuverlässigkeit, ZVB 2024/6, 13ff, wonach die Bestimmung iZm der Grundsatzbestimmung des § 20 Abs 1 BVergG 2018 zu lesen ist.

⁸ Mitgliedschaft bei einer kriminellen Vereinigung oder Organisation (§§ 278 und 278 a StGB), Terroristische Vereinigung, Terroristische Straftaten oder Terrorismusfinanzierung (§§ 278 b bis 278 d StGB), Bestechlichkeit, Vorteilsannahme, Bestechung, Vorteilszuwendung oder verbotene Intervention (§§ 304 bis 309 StGB und § 10 UWG), Betrug (§§ 146 bis 148 StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153 a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153 b StGB), Geldwäscherei (§ 165 StGB), Sklaverei, Menschenhandel oder Grenzüberschreitender Prostitutionshandel (§§ 104, 104 a und 217 StGB) bzw einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat.

⁹ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 97. Die Einleitung von Ermittlungen reicht nicht aus, um ein Unternehmen aufgrund dieses Tatbestandes vom Vergabeverfahren auszuschließen – es muss sich um eine rechtskräftige Verurteilung handeln.

¹⁰ Siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 97: Die Wortwahl in § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 wurde bewusst gewählt, um auch die Verurteilung wegen Beitrags- oder Bestimmungstäterschaft (§ 12 StGB) zu erfassen. Bei Kenntnis über die Verurteilung aufgrund von Medienberichten sollte auch die Rechtskraft des Urteils überprüft werden.

¹¹ VwGH 10. 10. 2016, Ra 2016/04/0104.

schiedener Angebote Anhaltspunkte zur Erfüllung des Tatbestands der nachteiligen und sittenwidrigen Abreden sein. Diese Einschätzungen werden aber mangels konkreter Bescheinigungen, in welchen derartige Abreden für konkrete Vergabeverfahren enthalten sind, in den meisten Fällen schwierig vorzunehmen sein. Der öffentliche Auftraggeber hat sich idZ auf sonstige Informationen und Anhaltspunkte zu stützen.

Praxistipp

Gute Informationsquellen stellen die Homepage und Pressemitteilungen der WKStA und der BWB, aber auch die vielfältigen Aussendungen der Interessensvertretungen dar.¹²

Viel eindeutiger zu beurteilen wäre der Umstand des Vorliegens einer **Verurteilung nach § 168b StGB** (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) als hinreichender Grund eines Ausschlusses.¹³ Derartig hinreichend plausible Anhaltspunkte könnten bereits bei Anklageerhebung wegen § 168b StGB, bei einem laufenden Ermittlungsverfahren nach dieser Bestimmung bzw bei der Stellung eines Bußgeldantrags der BWB an das Kartellgericht vorliegen.¹⁴

Obgleich es für öffentliche Auftraggeber iSd BVerG 2018 keine gesetzliche Vorgabe gibt, wonach man (proaktiv) in jede Richtung die Biereignung in Bezug auf Ausschlüsse untersuchen soll, darf in Anbetracht der Berichterstattung und der großen Anzahl der betroffenen Unternehmen iZm dem Baukartell zumindest doch in diesem Bereich (Bauleistungen bei öffentlichen Straßen) ein **erhöhter Sorgfaltsmaßstab** eingefordert werden und ein besonderes (auch proaktives) Augenmerk auf die berufliche Zuverlässigkeit der Bieter in dieser Sparte gelegt werden.

Das Vorliegen einer (rechtskräftigen) straf- bzw kartellrechtlichen Entscheidung¹⁵ sowie eines Anerkenntnisses/Settlements¹⁶ wurden in der Praxis bereits als hinreichende Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Absprachen angenommen. Die Einleitung von straf- bzw kartellrechtlichen Ermittlungs- bzw Untersuchungsmaßnahmen ist hingegen nicht ausreichend.¹⁷

3. Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit durch den Bieter (Selbstreinigung)

Selbst wenn aus Sicht des Auftraggebers hinreichende Anhaltspunkte für nachteilige oder wettbewerbswidrige Absprachen vorliegen, ist ein **automatischer Ausschluss** des Unternehmers **unzulässig**. Vielmehr hat der Auftraggeber den betroffenen Unternehmer hievon in Kenntnis zu setzen und ihm mitzuteilen, dass er als beruflich unzuverlässig eingestuft wird, sofern er nicht glaubhaft macht, dass er trotz Vorliegens des Ausschlussgrunds zuverlässig ist.

Dem Bieter/Unternehmer muss im Rahmen eines (kontradiktorischen) Verfahrens stets die Möglichkeit eingeräumt werden, innerhalb einer konkret vorgeschriebenen (angemessenen) Frist seine Zuverlässigkeit nach § 83 BVerG 2018 darzulegen, wozu auch umfangreiche Kooperations- und Mitwirkungspflichten bei der Feststellung der Betroffenheit des Auftraggebers von diesen Absprachen sowie der Feststellung eines Schadens zählen.

Insb haben Unternehmen gem § 83 BVerG 2018 das Recht, glaubhaft darzulegen, dass sie **geeignete Maßnahmen ergriffen** haben und trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig sind (**Selbstreinigung**). Dabei müssen konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen werden, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der

betreffenden strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen zu verhindern (§ 83 Abs 2 BVerG 2018).¹⁸

Der Unternehmer hat nach § 83 Abs 2 Z 1 bis 3 BVerG 2018 nachzuweisen, dass er **folgende Maßnahmen** getroffen hat:

- ▶ Die **Zahlung eines Ausgleichs** für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs;¹⁹
- ▶ umfassende **Mitwirkung** durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung;²⁰ und
- ▶ Setzung effektiver **Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Straftaten**.²¹ Als Beispiele für effektive Maßnahmen, welche die Voraussetzungen dieser Vorgabe erfüllen, führt das Gesetz Folgendes an:
 - ▷ die Einführung eines qualitativ hochwertigen **Berichts- und Kontrollwesens**; oder
 - ▷ die Einschaltung eines Organes der **inneren Revision** zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften; oder
 - ▷ die Einführung von **internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen** zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

Zu den **Beispielen für gebotene Maßnahmen** gehören zudem die Durchführung interner und externer Audits, regelmäßige Schulungen und Wissensüberprüfungen, die Einführung eines Vier-Augen-Prinzips, Nachschulungen bei leichten Verstößen, Verhängung von Sanktionen mit besonderer und generalpräventiver Wirkung bei schweren Verstößen (dienstrechtliche Maßnahmen) sowie Handreichungen zum Umgang mit Bietergemeinschaften/Arbeitsgemeinschaften.

Die in § 83 Abs 2 Z 1 bis Z 3 BVerG 2018 enthaltenen Maßnahmen sind für eine erfolgreiche Selbstreinigung **kumulativ** zu erfüllen. Unterlässt der Unternehmer die Vornahme auch nur

¹² Die mediale Berichterstattung ist – auch in Bezug auf Hausdurchsuchungen – in den letzten Jahren mannigfaltig geworden.

¹³ Ebenfalls ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 97.

¹⁴ Vgl *Lengauer*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Vergabeverfahren, ZVB 2023/97, 304f.

¹⁵ Vgl EuGH C-124/17, *Vossloh Laeis*.

¹⁶ VwG Wien 18. 10. 2023, VGW-123/077/8425/2023.

¹⁷ VwG Wien 4. 9. 2023, VGW-123/056/7901/2023.

¹⁸ *Plattner-Schwarz/Becic*, ZVB 2024/6, 15.

¹⁹ Vgl ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109. Der vom Unternehmer gem Z 1 auszugleichende Schaden erstreckt sich auf alle durch sein Vergehen verursachten Schäden. Nach Z 1 kann nicht nur der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens verlangt werden. Vielmehr muss der Unternehmer unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nachweisen, dass er den durch sein Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw seine Schadenersatzpflicht anerkannt hat. Ist eine Schadenersatzforderung zwar dem Grunde nach unstreitig berechtigt, besteht aber über die Höhe des Schadens Unklarheit oder Streit, kann es für die Anerkennung von Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichen, wenn der Unternehmer seine Verpflichtung zur Schadenersatzleistung dem Grunde nach anerkennt; *Gölles in Gölles*, BVerG 2018 § 83 Rz 19 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at).

²⁰ *Gölles in Gölles*, BVerG 2018 § 83 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at) Rz 19 zu § 83 Abs 2 Z 2. „Aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden“ kann wohl nur bedeuten: „vollumfängliches Geständnis“ bei den Ermittlungsbehörden (arg „Klärung aller Tatsachen und Umstände“). Dabei geht es nicht um die Erlangung einer „Kronzeugen-Regelung“, sondern auch um so etwas wie „tätige Reue“ und gegebenenfalls auch um Erleichterung der Strafverfolgung bei anderen an der Verfehlung mitbeteiligten Unternehmern.

²¹ Die in Z 3 genannten Maßnahmen stellen einen demonstrativen Katalog dar. Die ergriffenen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen jedenfalls konkreter Art und dazu geeignet sein, das Ziel der Vermeidung weiterer Straftaten oder Vergehen zu erreichen. Dabei müssen die Maßnahmen nicht nur generell der Begehung von Straftaten oder Vergehen entgegenwirken, sondern auch konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat bzw des gleichen Vergehens zu vermeiden, bzw ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten nicht erneut vorkommt.

einer dieser Maßnahmen oder erfüllt er sie ungenügend, ist von einem Weiterbestehen des Ausschlussgrundes auszugehen.²²

Der **öffentliche Auftraggeber** hat seinerseits eine **Prüfpflicht hinsichtlich der Selbstreinigungsmaßnahmen**, die der Unternehmer dargelegt und nachgewiesen hat. Bei der Beurteilung der Selbstreinigung aufgrund seiner Prüfung hat der Auftraggeber sachlich zu entscheiden, ob er die Selbstreinigungsmaßnahmen für ausreichend oder nicht ausreichend erachtet. Dabei hat der Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie der Verhältnismäßigkeit insofern zu beachten, als er die gesetzten Maßnahmen ua in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen setzen muss.²³ Die vom Bieter zu ergreifenden Maßnahmen müssen sich weiters in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen.

Praxistipp

So wäre es unverhältnismäßig, von einem Kleinunternehmer die Einführung eines kostspieligen Revisionswesens zu verlangen.

Hervorzuheben ist auch, dass das BVergG 2018 keine Formerfordernisse für die Darlegung der Maßnahmen zur Wiederherstellung der beruflichen Zuverlässigkeit normiert.

Das **Ergebnis** der vom Bieter dargelegten Selbstreinigungsmaßnahmen ist vom öffentlichen Auftraggeber entsprechend zu **dokumentieren**. Bei unzureichender Umsetzung der Selbstreinigungsmaßnahmen wäre der Bieter – allenfalls nach Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen des „kontradiktorischen“ Verfahrens – vom Verfahren auszuschließen.

Hat der Auftragnehmer **keine bzw. unzureichende Selbstreinigungsmaßnahmen** ergriffen, darf er höchstens für einen Zeitraum von drei Jahren „*ab dem betreffenden Ereignis*“ ausgeschlossen werden (siehe § 83 Abs 5 BVergG 2018). Der Begriff des „*betreffenden Ereignisses*“ ist als Beginn des dreijährigen Ausschlusszeitraums in Verbindung mit dem Vorliegen des jeweils herangezogenen Ausschlussgrundes zu betrachten.²⁴ Es kommt demnach nicht auf das Ende der Zuwiderhandlung an, sondern wird auf die Einstufung des Verhaltens als Verstoß (zB Bußgeldentscheidung) abgestellt. Der Auftraggeber muss zur Auslösung der dreijährigen Frist Kenntnis vom Fehlverhalten des Unternehmens erlangen (zB durch eine Pressemitteilung der BWB, eine Verbandsregisterauskunft, eine Eigenerklärung des Unternehmens). Der EuGH hat dazu in einer Entscheidung festgehalten, dass aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten bei zwingendem Ausschluss (rechtskräftige Verurteilung), aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit die dreijährige Frist ab der Entscheidung beginnt, die den Sachverhalt rechtlich einordnet und mit der das wettbewerbsbeschränkende Verhalten als erwiesen erachtet werden kann.²⁵ Der öffentliche Auftraggeber muss demnach über „*gesicherte und belastbare Kenntnisse betreffend das wettbewerbsbeschränkende Verhalten des Bieters verfügen, um den Lauf der Frist von drei Jahren in Gang zu setzen*“.²⁶

Plus

ÜBER DIE AUTOR:INNEN

Dr. Thomas Mayer ist Referent in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung und auf Vergaberecht spezialisiert.

Kontaktdaten: Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau, Hofgasse 13, 8010 Graz

Tel.: 0316 877 4249

E-Mail: thomas.mayer@stmk.gv.at

Dr. Thomas Neger ist Rechtsanwalt in Graz und Partner in der ua auf Vergabe- und Gemeinderecht spezialisierten Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Kontaktdaten: Ulm Neger Partner Rechtsanwälte GmbH, Parkstraße 1, 8010 Graz

Tel.: 0316 23 20 32

E-Mail: t.neger@unp.at

Mag.^a Lisa Marie Doriath ist Rechtsanwaltsanwärtlerin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Kontaktdaten: Ulm Neger Partner Rechtsanwälte GmbH, Parkstraße 1, 8010 Graz

Tel.: 0316 23 20 32

E-Mail: l.doriath@unp.at

VON DENSELBEN AUTOR:INNEN ERSCIENEN

T. Mayer, Feuerwehrrecht und Katastrophenschutz, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht Bd 2;

T. Mayer, Organisations-, Dienst- und Abgabenrecht (2016), in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht Bd 2;

T. Neger/Elisabeth Paar, Haftungen von Gemeinden in Immobilienkaufverträgen im Lichte des § 81 Abs 2 Stmk BauG, RFG 2020, 177;

T. Neger, Änderung der Aarhus-Verordnung, Nachhaltigkeitsrecht 2022, 103;

T. Neger/Pascal Dreier/Lisa Doriath, Die aktuelle Bebauungsdichtediskussion im Steiermärkischen Bau- und Raumordnungsrecht und die Gefahr der Nichtigkeitssanktion, bbl 2022, 147.

HINWEIS

Das im Beitrag dargestellte Praxisbeispiel stellt einen Teilaspekt des „kommunalen Vergaberechts“ dar; in fünf weiteren Beiträgen haben die Autor:innen bereits die Bereiche Lieferauftrag, Dienstleistungsauftrag, Bauauftrag und Vergabekontrolle behandelt:

- ▶ Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Lieferaufträge (Teil 1), RFG 2023/17;
- ▶ Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Lieferaufträge (Teil 2), RFG 2023/30;
- ▶ Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Dienstleistungsaufträge, RFG 2023/40;
- ▶ Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Bauaufträge, RFG 2024/8;
- ▶ Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Vergabekontrolle, RFG 2024/19.

²² Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 83 Rz 22 (Stand 1. 10. 2019, rdb.at).

²³ Unter Einbeziehung der unter FN 18 bereits erwähnten Erwägungen; vgl VwGH 2012/04/0010.

²⁴ VwGH 14. 11. 2023, Ro 2020/04/0019.

²⁵ Vgl EuGH C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rn 38 f.

²⁶ VwG Wien 18. 10. 2023, VGW-123/077/8425/2023.