

Kartellabsprachen und Vergaberecht:

Handlungspflichten für Gemeinden!

Aktuell wird medial immer wieder über Kartellverstöße in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen berichtet. Dabei sticht vor allem das im Jahr 2017 aufgedeckte „Baukartell“ hervor. Dieses Kartell betraf nahezu sämtliche Sparten im Bereich Hoch- und Tiefbau (insbesondere den Bereich Straßenbau) in ganz Österreich über einen langjährigen Zeitraum. Gegen zahlreiche andere (Bau)Unternehmen wird derzeit noch ermittelt, über einige der kartellverdächtigen Unternehmen wurden aber bereits rechtskräftige Kartellgeldbußen in bisher nie dagewesener Höhe verhängt. Eine Vielzahl der Absprachen im Rahmen des Baukartells fand im Rahmen von Vergabeverfahren statt, die nach den Regeln des Bundesvergabegesetzes (BVerG) abgewickelt wurden. Zu den Geschädigten zählen unter anderem auch Gemeinden.

Gemeinden unterliegen bei der Abwicklung von Beschaffungsvorgängen als öffentliche Auftraggeber den Bestimmungen des BVerG. Für öffentliche Auftraggeber zieht die Beteiligung von Bieterunternehmen an unzulässigen Kartellabsprachen im Rahmen von Vergabeverfahren einen Rattenschwanz an Folgen nach sich, die auch Auswirkungen auf sämtliche zukünftige Beschaffungsvorgänge durch die öffentliche Hand haben. Unternehmen, die in kartellrechtliche Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens verwickelt waren, erfüllen nämlich regelmäßig vergaberechtliche Ausschlussgründe.

Zur Feststellung der entsprechenden Eignung der Bieter haben öffentliche Auftraggeber bei jedem Vergabeverfahren eine Eignungsprüfung

durchzuführen. Ergibt die **Eignungsprüfung** unter anderem „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für wettbewerbsverzerrende oder nachteilige Abreden, sind die betroffenen Unternehmen von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen (§ 78 Abs 1 Z 4 BVerG).

Gemeinden als öffentliche Auftraggeber sind somit angehalten, Bieterunternehmen in Vergabeverfahren im Rahmen der allgemeinen Eignungsprüfung auch hinsichtlich ihrer (Nicht)Involvierung in Kartellabsprachen zu überprüfen. Dabei empfiehlt sich vor allem in jenen Wirtschaftsbereichen, in denen medial über in der Vergangenheit stattgefundenen Kartellabsprachen berichtet wird (zB: Baubranche) der Einsatz von entsprechenden **Formblättern**. In diesen müssen die Bieter ihre (Nicht)Involvierung in Kartellabsprachen bestätigen. Ergibt die Eignungsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ auf eine Kartellabsprache durch einen Bieter, ist der betroffene Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen (es sei denn, ihm gelingt die sogenannte „Selbstreinigung“).

In der Praxis stellt sich dabei für öffentliche Auftraggeber vor allem die Frage, wann sie von einem entsprechenden „hinreichend plausiblen Anhaltspunkt“ für Kartellabsprachen auszugehen haben. Dies ist bei einem Kartellverstoß eines Unternehmens, der durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellt wurde, jedenfalls zu bejahen. Aber auch laufende wettbewerbs- oder strafrechtliche Ermittlungsverfahren, über die ein öffentlicher Auf-

traggeber zB aus Medienberichten erfährt, können im Einzelfall bereits als hinreichend plausibler Anhaltspunkt für das Vorliegen von wettbewerbsverzerrenden bzw. nachteiligen Abreden zu werten sein.

Die Eignungsprüfung ist vom öffentlichen Auftraggeber jedenfalls stets einzelfallbezogen durchzuführen, ihr Ergebnis ist entsprechend zu dokumentieren. Ein Rückgriff auf sogenannte „schwarze Listen“ ist nicht zulässig. Ist im Einzelfall von einer Verwirklichung des Ausschlussgrundes auszugehen, muss der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Bieter grundsätzlich von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Davor ist dem betroffenen Bieter aber noch die Möglichkeit zur sogenannten „Selbstreinigung“ zu geben.

Durch sogenannte „Selbstreinigungsmaßnahmen“ können in Kartellabsprachen involvierte Bieterunternehmen zwar dann weiterhin an zukünftigen Vergabeverfahren teilnehmen, sofern sie glaubhaft machen können, dass sie trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes „zuverlässig“ sind. Die Voraussetzungen, die das Gesetz an eine erfolgreiche Selbstreinigung stellt, sind dabei aber streng. Unter anderem ist dafür der Nachweis einer aktiven Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung ebenso erforderlich wie der Nachweis, dass ein Ausgleich für „jegliche“ durch die Verfehlung verursachten Schäden bezahlt wurde bzw. sich das betreffende Unternehmen zu einem solchen Ausgleich verpflichtet hat. In

der Praxis sind hier derzeit viele Fragen offen, wie die einzelnen Voraussetzungen zu verstehen sind. Wichtig zu wissen ist, dass die Leistung einer Kartellgeldbuße nicht als „Schadenersatz“ im Sinn der vergaberechtlichen Selbstreinigung zu verstehen ist.

Öffentliche Auftraggeber müssen die von Bietern dargestellten Selbstreinigungsmaßnahmen prüfen und diese Prüfschritte entsprechend dokumentieren. Entsprechen die umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen nicht alle Vorgaben des BVergG, sind die betroffenen Unternehmen zwingend von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen. Im Ergebnis kann das für die betroffenen Unternehmen zu einer faktischen jahrelangen „Vergabesperre“ führen. Für öffentliche Auftraggeber stellt die Eignungsprüfung und Prüfung der gesetzten Selbst-

reinigungsmaßnahmen im Zusammenhang mit Kartellverstößen von Bieterunternehmen in der Praxis einen schwierigen Balanceakt zwischen der Einhaltung der strengen Vorgaben des BVergG und der möglichen Konsequenz dar, bei Anwendung eines besonders strengen Prüfmaßstabs vielleicht nahezu den gesamten Bietermarkt ausschließen zu müssen. Kartellabsprachen finden und fanden im Übrigen nicht nur in der Baubranche statt, sondern können sämtliche Wirtschaftsbe- reiche betreffen (wie die Medien- berichterstattung der letzten Zeit unter anderem zum sogenannten „Pelletskartell“ zeigt).

Unzulässige Kartellabsprachen haben somit nicht nur drastische Folgen für die darin involvierten Unternehmen, sondern verursachen auch für öffentliche Auftraggeber einen deutlich erhöhten Prüfauf-

wand. Gemeinden ist jedenfalls zu empfehlen, die erforderlichen Prüfschritte umzusetzen. Werden diese nicht eingehalten, kann im Fall eines Nachprüfungsverfahrens die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung drohen, wenn ein Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Eignungsprüfung bzw. deren Dokumentation nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde.



Martin Schiefer / Lisa Rebisant
Schiefer Rechtsanwälte GmbH

Terminavisio - bitte unbedingt bereits vormerken!



Unsere 28. FLGÖ Landesfachtagung,
findet am 16. und 17. Mai 2023, im Schloss Seggau - Bezirk Leibnitz - statt.

Gleichzeitig begehen wir unser 30. Bestandsjubiläum und freuen uns schon jetzt sehr auf Deine/Ihre geschätzte Teilnahme und viele interessante Gespräche!

Da sich das heurige Jahr nun rasant dem Ende zuneigt bedanken wir uns herzlichst für die gute Zusammenarbeit und wünschen ein frohes und besinnliches Weihnachtsfest, sowie einen guten Rutsch in ein gesundes, erfolgreiches und glückliches Jahr 2023!

Mit vorweihnachtlichen Grüßen und einem steirischen „GLÜCK AUF“
für den Landesvorstand des FLGÖ Steiermark

Mag. Alexander Schwarz
Obmann

Thomas Kamper
Obmann-Stellvertreter

FLGÖ – Landesverband Steiermark
ZVR-Zahl: 292222945
Telefon: +43 (0)664 88903363
office@flgoe-stmk.at / www.flgoe.at/Steiermark

(Stmk SCHLOSS SEGGAU Flugaufnahme XXII - ©Schloss Seggau_dr)