

VERGABE-COMPLIANCE

Die Selbstreinigung nach dem Bundesvergabegesetz



IMPRESSUM

Herausgeber und für den Inhalt verantwortlich:

IG LEBENSZYKLUS BAU, Paniglgasse 17a/11, 1040 Wien office@ig-lebenszyklus.at, www.ig-lebenszyklus.at

AG Vergabe-Compliance

Projektleiter:

Berthold Hofbauer, Heid & Partner Rechtsanwälte, office@heid-partner.at

Arbeitsgruppenmitglieder:

Martin Eckel, Taylor Wessing, m.eckel@taylorwessing.com Barbara Neiger, neiger.C adisory e.U., bneiger@neiger.eu

Schlussredaktion & grafische Gestaltung:

FINK | Kommunikations- und Projektagentur Hilde Renner - DESIGN

Druck: dze - Druckzentrum Eisenstadt

Stand: Oktober 2022

Alle Rechte am Werk liegen bei der IG LEBENSZYKLUS BAU

Haftungshinweis

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Vereins und der Autoren unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Hinweis im Sinne des Gleichbehandlungsgesetzes

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung, wie z. B. Leser/innen, verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

1. ALLGEMEINES VERGABE-COMPLIANCE

Die Vergabe-Compliance ist als neue Staatspflicht gesetzlich verankert. Compliance im Sinne von Regelkonformität und Wohlverhalten kann auf dem Gebiet des Vergaberechts jedoch unterschiedlichste Formen annehmen. Das zentrale Ziel ist die dokumentierte Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und Günstlingswirtschaft bei zeitgleicher Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Unternehmer. Dadurch soll nicht nur eine rechtmäßige, sparsame, wirtschaftliche und zweckmäßige Verwendung öffentlicher Gelder sichergestellt, sondern auch das Vertrauen der Bürger in den Staatsapparat gestärkt werden. Die Sicherstellung einer proaktiv gelebten und dokumentiert "sauberen" Vergabekultur ist gesetzliche Verpflichtung und (letztlich) auch eine Imagefrage für alle Akteure der öffentlichen Beschaffung. Dabei unterliegt die Vergabe-Compliance – als vergleichsweise junge Spezialdisziplin – noch einer gewissen Anfangsdynamik und fußt im Wesentlichen auf folgenden drei Säulen ("Drei Säulen der Vergabe-Compliance"):

VERGABE COMPLIANCE GRUNDLEGENDE PFLICHTEN SPEZIELLE PFLICHTEN (SONDER-) GESETZLICHE **PFLICHTEN** Während dem Vergabeverfahren Quer über den Beschaffungspro-Unabhängig von einem konkreten Vergabeverfahren sind sind effektive Mechanismen für zess sind die jeweiligen Vorgabereits im Vorfeld Maßnahmen eine rechtskonforme und transben und Kontrollinstrumente der flankierenden Gesetze umzusetzur wirksamen Verhinderung, parente Vergabe vorzusehen Aufdeckung und Behebung von (z. B. Vergabe-Dokumentation zen (z. B. DSGVO, StGB). Interessenskonflikten zu setzen nach § 49 BVergG 2018). (§ 26 BVergG 2018). 1. Säule 2. Säule 3. Säule

"3 Säulen der Vergabe-Compliance" – © Heid und Partner Rechtsanwälte

2. VERGABEAUSSCHLUSS UND FREIBEWEIS

Ein wichtiger Grundsatz der Vergabe-Compliance ist die Sicherstellung des freien, fairen und lauteren Wettbewerbs. Damit einhergehend ist eine wichtige Voraussetzung für die Teilnahme von Bietern an Vergabeverfahren deren sogenannte berufliche Zuverlässigkeit. Das BVergG 2018 normiert in diesem Zusammenhang in § 78 BVergG 2018 bestimmte Ausschlussgründe, deren Verwirklichung dieser beruflichen Zuverlässigkeit entgegensteht. Dazu zählen beispielsweise:

- Abreden zur Verzerrung des Wettbewerbs (Preis-, Kunden, und Gebietskartelle, Informationsaustausch, Abreden nach § 168b StGB),
- schwerwiegende Täuschung bei der Erteilung von Auskünften,
- schwere Verfehlungen gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial-, oder Umweltrechtes,
- Nichterfüllung der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern und Abgaben,
- schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen T\u00e4tigkeit oder mangelhafte Vertragserf\u00fcllung bei fr\u00fcheren Auftr\u00e4gen.

Die Verwirklichung eines Ausschlussgrundes kann für den Unternehmer neben zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen auch einen langfristigen Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren zur Folge haben. So gilt der Ausschlussgrund aufgrund einer einschlägigen rechtskräftigen Verurteilung nach dem StGB (z. B. Betrug, Bestechlichkeit, Vorteilszuwendung, Förderungsmissbrauch) gemäß § 78 Abs 1 Z 1 iVm § 83 Abs 5 Z 1 BVergG 2018 für einen **Zeitraum von bis zu fünf Jahren** (gerechnet ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung). Bei Vorliegen eines anderen Ausschlussgrundes gemäß § 78 BVergG 2018 (z. B. schwerwiegende Täuschung bei der Erteilung von Auskünften) dürfen Unternehmer – mit wenigen Ausnahmen – für den Zeitraum von **bis zu drei Jahren** ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (§ 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018).

Unternehmen, die einen Ausschlussgrund gesetzt haben, können jedoch nach § 83 BVergG 2018 dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber glaubhaft machen, dass sie technische, organisatorische, personelle und/oder sonstige Maßnahmen getroffen haben, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der Verfehlung zu verhindern. Mit anderen Worten: Durch die Durchführung einer sogenannten "Selbstreinigung" können Unternehmer die jahrelange Ausschlusswirkung durchbrechen und die Wiedererlangung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit bewirken. Dabei hat das betroffene Unternehmen nachzuweisen, dass Maßnahmen gesetzt wurden (**Vergabe-Compliance**), die dazu führen, dass weitere Verfehlungen in Zukunft vermieden werden und sie somit trotz Erfüllung eines Ausschlussgrundes (wieder) zuverlässig sind. Insbesondere müssen konkrete **organisatorische, technische oder personelle Maßnahmen**, die der Verhinderung weiterer Verstöße dienen (z. B. Einführung einer internen Revision) gesetzt werden. In diesem Zusammenhang enthält § 83 Abs 2 Z 1 bis Z 3 BVergG 2018 eine konkrete Aufzählung, wonach Unternehmen nachzuweisen haben, dass sie

- den durch die Straftat oder die Verfehlung verursachten Schaden ausgeglichen haben,
- umfassend mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet haben und
- effektive Maßnahmen gesetzt haben, um neuerliche strafbare Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern.

Für einen gelungenen Freibeweis müssen alle **aufgezählten Maßnahmen** vom Unternehmer getroffen worden sein und dem öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden. Die nachfolgenden Übersichten sollen eine Checkliste zur vereinfachten Identifizierung eines Ausschlussgrundes im Sinne des BVergG 2018 sowie eine Anleitung zur erfolgreichen Durchführung einer Selbstreinigung sein.

3. CHECKLISTE

Selbstreinigungsmaßnahmen haben rechtzeitig zu erfolgen, wenn ein Bieter seine berufliche Zuverlässigkeit glaubhaft machen will. Um dies zu gewährleisten, sind entsprechende Maßnahmen noch vor der Abgabe eines Angebots und innerhalb der Angebots- bzw. Teilnahmefrist zu setzen.

Zunächst sind die folgenden Punkte zu prüfen:

	erfüllt	nicht erfüllt	Anmerkungen
Liegt ein Ausschlusstatbestand iSd § 78 BVergG vor (Kenntnis)?			
Liegt eine rechtskräftige Verurteilung vor?			
Ist die Verwirklichung der Straftat dem Unternehmen zuzurechnen?			
Erfolgen die Selbstreinigungsmaßnahmen noch vor dem Ablauf der Angebots- bzw. Teilnahmefrist (und damit rechtzeitig)?			
Werden die Selbstreinigungsmaßnahmen genau dokumentiert, damit ein Nachweis erbracht werden kann?			

Zentrale Voraussetzung für den Nachweis einer gelungenen Selbstreinigung ist eine ausreichende Sachverhaltsdarstellung, anhand derer die gesetzten Maßnahmen angeführt werden. Es hat somit eine Analyse der möglichen Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Unternehmer selbst zu erfolgen. Es ist insbesondere festzuhalten, welche Nachweise für die gesetzten Maßnahmen zu erbringen sind.

Wie bereits festgehalten, ist eine erfolgreiche Selbstreinigung nach § 83 Abs 2 Z 1 bis Z 3 BVergG 2018 nur durch die Erfüllung der folgenden Elemente zu erreichen:

- Ausgleich für den verursachten Schaden,
- aktive Zusammenarbeit mit den Behörden sowie
- Setzung effektiver Maßnahmen.

3.1. Ausgleich für den verursachten Schaden

Wenn die Verfehlung – somit jenes Verhalten, welches die Verwirklichung eines Ausschlusses begründet – einen Schaden verursacht, ist dieser auszugleichen. Um dies glaubhaft machen zu können, ist gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ein Nachweis zu erbringen. Abhängig davon, ob

- der Schaden entstanden ist und die Höhe des Schadens bereits feststeht,
- die Schadenshöhe unklar ist, oder
- das Unternehmen den Schaden bestreitet

ist die Form des geeigneten Nachweises unterschiedlich. Wenn ein Schaden der Höhe nach feststeht und dieser anerkannt wurde, kann der Beleg einer bereits erfolgten Schadensausgleichszahlung als Nachweis dienen. Ist die Schadenshöhe unklar, kann eine Selbstverpflichtung zur Zahlung herangezogen werden bzw. die Anerkenntnis des Schadens dem Grunde nach.

Die nachfolgende Übersicht dient der Ermittlung eines geeigneten Nachweises für den erfolgten Ausgleichs eines verursachten Schadens:

	erfüllt	nicht erfüllt	Anmerkungen
Gibt es bereits einen (gerichtlich / behördlich) umfassend festgestellten Sachverhalt?			
Steht die Höhe des Schadens fest?			
Ist die Höhe des Schadens bereits anerkannt?			
Wurde bereits ein Ausgleich für einen Schaden gezahlt?			
Gibt es Nachweise für den Schadensausgleich: Überweisungsbeleg Bestätigung des Gläubigers Behördliche Bestätigung Schriftliche Anerkenntniserklärung Eigenerklärung			
Sollte Punkt 1 im Hinblick auf das Kennen der Schadenshöhe nicht erfüllt sein, so kann als Nachweis für die Anerkennung einer unklaren Forderung folgender Nachweis erbracht werden: Schriftliche Anerkenntniserklärung Eigenerklärung Sachverständigengutachten Schätzung des Schadens in bisherigen Verfahrensschriftsätzen			
3. Ein Nachweis der Schadenskompensation ist nicht erforderlich, wenn der Schaden durch das Unternehmen bestritten wird, sofern kein Schaden entstanden ist oder dieser nicht dem Unternehmen zugerechnet werden kann.			
Ansonsten ist als Nachweis eine Erklärung, in welcher der Ausgleich für den (rechtskräftig) festgestellten Schaden zugesagt wird, erforderlich.			

3.2. Aktive Zusammenarbeit mit den Behörden

Mit einer Verfehlung kann ein gerichtliches oder verwaltungsstrafrechtliches Verfahren einhergehen (beispielsweise bei der Verwirklichung des Ausschlussgrundes der Abreden zur Verzerrung des Wettbewerbs). Die aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und auch dem öffentlichen Auftraggeber soll zur Klärung aller, die Straftat oder Verfehlung betreffenden, Tatsachen dienen. Die Zusammenarbeit hat **aktiv, ernsthaft** und **bemüht** zu erfolgen. Durch eine gute Zusammenarbeit wird vor allem der Wille zur Selbstreinigung gezeigt, wodurch der Auftraggeber die Zuverlässigkeit des Bieters erkennen kann. Dabei sind die folgenden Punkte zu beachten:

	erfüllt	nicht erfüllt	Anmerkungen
Hat eine (interne/externe) Untersuchung/Investigation/Audit stattgefunden?			
Liegt dafür ein Ergebnisbericht vor?			
Gibt es einen (internen/externen) Prüfbericht, Ermittlungsakte oder Rechtsgutachten?			
Gibt es Selbsterklärungen des Unternehmens? Ermittlungsakte Eigenerklärungen über zur Verfügung stehende interner Prüfberichte oder Mitwirkung bei Durchsuchungen			
Wurden Anfragen/Nachfragen der Behörde vollständig beantwortet?			

3.3. Setzung effektiver Maßnahmen

Eine Selbstreinigung kann nur dann erfolgreich sein, wenn effektive Maßnahmen zur Prävention künftiger Verfehlungen gesetzt werden. Dadurch soll erneuten Verfehlungen zielgerichtet vorgebeugt werden. Der erforderliche Umfang der zu setzenden Maßnahmen ergibt sich anhand einer Einzelfallbetrachtung und in Abhängigkeit des erfüllten Ausschlussgrundes. Bieter müssen jedenfalls darauf achten, welche Maßnahmen im Ermessen des Auftraggebers als ausreichend erscheinen, vor allem da der Auftraggeber den Gegenbeweis, dass die Maßnahmen ihren Zweck nicht erfüllen oder unzureichend sind, erbringen kann.

Um eine effektive Prävention zu erreichen, müssen personelle, organisatorische, technische und/oder sonstige Schritte eingeleitet werden:

	erfüllt	nicht erfüllt	Anmerkungen
Organisatorische/technische Maßnahmen: Bestellung eines Compliance-Officers Implementierung/Anpassung eines Compliance Management System (CMS) Compliance Risikoanalyse Unternehmensinterne Richtlinien und Kontrollmechanismen Audit-Struktur Zertifizierung eines CMS (Allenfalls) Monitoring			
Nachweis organisatorischer/technischer Maßnahmen: Zertifikat des CMS Auditberichte Dokumentation des CMS Eigenerklärung zu implementierten Maßnahmen			
Personelle Maßnahmen: Kündigung Abberufung des Geschäftsführers bzw. Entzug der Leitung bei Betriebsleiter Entzug der Prokura bzw. Vollmacht Versetzung oder Abmahnung Mitarbeiterschulungen			

	erfüllt	nicht erfüllt	Anmerkungen
Überwachung der Geschäftsführung			
Wurden individuelle und situationsbezogene Maßnahmen zur Verhinderung einer nochmaligen Begehung gesetzt? Wenn ja, welche?			
Wurde explizit in der Abteilung des Verstoßes eine effektive Maßnahme gesetzt? Gibt es hierzu Nachweise?			
Ist die Summe der Maßnahmen zur Beurteilung der Selbstreinigung ausreichend?			

Im Hinblick auf das Compliance Management System (CMS) wird vor allem auf die ISO 37301:2021 verwiesen, welche von allen Arten von Organisationen aus dem öffentlichen, privaten oder gemeinnützigen Sektor implementiert werden kann (unabhängig von deren Rechtsform, Größe oder Art der Geschäftsaktivität) und, die auf alle Arten von Compliance-Verpflichtungen Anwendung findet. Ein zentrales Element für die Wirksamkeit eines CMS nach ISO 37301 ist jedenfalls die sichtbare Übernahme von Führungsverantwortung der obersten Leitung für Maßnahmen zur Sicherstellung von regelkonformen Verhalten. Vergabe-Compliance bedeutet daher auch, sich auf der Führungsetage mit diesen Standards vertieft auseinander zu setzen.



Die IG LEBENSZYKLUS Bau umfasst mehr als 90 Unternehmen und Institutionen der Bau- und Immobilienwirtschaft Österreichs.

Der 2012 als IG LEBENSZYKLUS Hochbau gegründete Verein unterstützt Bauherren bei der Planung, Errichtung, Bewirtschaftung und Finanzierung von ganzheitlich optimierten, auf den Lebenszyklus ausgerichteten, Bauwerken. Interdisziplinäre, bereichsübergreifende Arbeitsgruppen bieten eine gemeinsame Plattform für Projektbeteiligte aus

allen Bereichen des Gebäudelebenszyklus. Sämtliche Publikationen des Vereins – Leitfäden, Modelle und Leistungsbilder – können kostenlos angefordert werden.

Kontakt: IG LEBENSZYKLUS BAU, Wien office@ig-lebenszyklus.at www.ig-lebenszyklus.at

Folgende Unternehmen haben bei der Erstellung des Leitfadens mitgewirkt:







www.neiger.eu



www.taylorwessing.com