



fellner wratzfeld partner

Creating Opportunities. That's law.

Vergabe-Compliance

Neue Anforderungen durch das BVerG 2018

25. September 2019
Rudolf Christian Pekar

Agenda

- **Interessenkonflikte**
- **Ausschlussgründe, Auftragssperre und Selbstreinigung**
- **Compliance-Maßnahmen**

Ausgangslage

Bundesvergabegesetz 2018

in Kraft seit August 2018

- e-Vergabe seit Oktober 2018 verpflichtend
- Besondere Dienstleistungen (Schwellenwert EUR 750.000)
- Interessenkonflikte, Ausschlussgründe und „Selbstreinigung“ / Auftragssperren
- Innovationspartnerschaft als neue Vergabeverfahren
- Erweiterung Zulässigkeit Verhandlungsverfahren
- Beschränkungen Subvergaben
- Verfahrensfristen
- Bekanntmachungs- und Bekanntgabepflichten
- Ausnahmen / In-House-Vergabe / Kooperationsmöglichkeit
- Regelung zur Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung

fellner wratzfeld partner

Was umfasst vergaberechtliche Compliance?

Neue Regelungen im BVergG 2018

- Interessenkonflikte
- Vorarbeiten
- Markterkundung
- Ausweitung Ausschlussgründe
- Verschärfung Anforderungen „Selbstreinigung“
- Auftragssperren

Nichteinhaltung vergaberechtliche Compliance-Vorgaben = drohender **Ausschluss** für Bieter oder **rechtswidriges Verfahren** für Auftraggeber

Interessenkonflikte

Interessenkonflikt

Was ist ein Interessenkonflikt? § 26 Abs 2 BVergG 2018

„Ein Interessenkonflikt liegt jedenfalls dann vor, wenn Mitarbeiter eines öffentlichen Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.“

- **Problematik unbestimmte Gesetzesbegriffe**
- **Möglichkeit einer Beeinträchtigung** der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit ausreichend
- Objektiver Charakter: **Absicht/Gutgläubigkeit der Mitarbeiter irrelevant**

fellner wratzfeld partner

Interessenkonflikt

Mitarbeiter/vergebende Stelle

- Umfasst private und öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse
- Organe und Mitglieder in Leitungs- sowie Aufsichtsgremien
- Externe Dienstleister und deren Mitarbeiter

Jedenfalls erforderlich: Handeln im Namen des Auftraggebers

Interessenkonflikt

Direktes / indirektes Interesse

- Mittelbares Interesse
- Deutsche Vergabeverordnung nimmt Definition über Verwandtschaftsverhältnis vor

Finanzielles bzw wirtschaftliches Interesse

Umfassen gemeinsam alle materiellen Vorteile, die dem Mitarbeiter (mittelbar) zufließen:

- zB (mittelbare) Beteiligungen am Bieter, Ausübungen von Funktionen im Konzern des Bieters, jegliche Wirtschaftsbeziehung

Interessenkonflikt

Sonstiges persönliches Interesse

Versuch **Definition** über EU-Haushaltsordnung:

„Gründe der familiären oder privaten Verbundenheit, der politischen Übereinstimmung oder der nationalen Zugehörigkeit, des wirtschaftlichen Interesses oder aus anderen Gründen, die auf einer Gemeinsamkeit der Interessen mit dem Begünstigten beruhen.“

Wirtschaftliches, finanzielles, sonstiges persönliches Interesse:

- **Bisher keine Abgrenzung durch Judikatur**
- **Schwierige Abgrenzungsfragen in der Prüfung für AG**

Interessenkonflikt

Vorgaben an AG gemäß § 26 Abs 1 BVergG 2018

„Der öffentliche Auftraggeber hat **geeignete Maßnahmen** zur wirksamen **Verhinderung, Aufdeckung und Behebung** von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden Interessenkonflikten zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Unternehmer zu gewährleisten.“

Gefährdungsverbot = Verhinderung der Gefahrensituation

Interessenkonflikt

Maßnahmen gemäß § 26 Abs 1 BVergG 2018

Pflicht Implementierung vorbeugende
Maßnahmen zur

1. **Verhinderung,**

2. **Aufdeckung,**

3. **Behebung**

von Interessenskonflikten:



- Einrichtung eines **Compliance-Management-Systems**
- Einrichtung **eines internen Revisions-** oder **Controlling-Systems**
- Anonyme **Meldesysteme** bei Verdachtsfällen
- Vorbeugende **Aufklärungskampagnen** des Auftraggebers über Meldepflichten bei Interessenkonflikten
- Personelle **Durchgriffsrechte**

Interessenkonflikt

Rechtsschutz aufgrund eines (entdeckten) Interessenkonfliktes

Rechtsschutzsystem: Anfechtung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen

Beispiel: Ausschreibungsunterlagen, wenn befangenes Mitglied Bewertungskommission offengelegt (sonst oft erst Zuschlagsentscheidung)

Widerspruch Gebot Effektivität Rechtsschutz?

Beweislast bei AG, dass Prüfpflicht eingehalten und keine Interessenkonflikte feststellbar

Interessenkonflikt

Weitere Vorgaben zur Verhinderung von Interessenkonflikten

- **Erstellung der Ausschreibung** und **Angebotsprüfung** durch unbefangene Mitarbeiter oder SV
- **Dokumentations- und Berichtspflichten bei Interessenkonflikten** im Vergabevermerk (§ 147 Abs 1)
- Fallweise **Dienstrecht** beachtlich: zB Verordnung BMLV: **Verbot Nebenbeschäftigung** für Bedienstete mit maßgeblichem Einfluss auf Ausgang Vergabeverfahren bzw Vorbereitung, im Geschäftsbereich von Bewerbern, Bieter und Auftragnehmern oder Unternehmen, die in Geschäftsbeziehung mit BMLV stehen.

Ausschlussgründe, Auftragssperre und Selbstreinigung

Vergabe-Compliance

Auszug Ausschlussgründe § 78 Abs 1 BVergG 2018



fellner wratzfeld partner

Vergabe-Compliance

Ausschluss wegen Interessenkonflikt

§ 78 Abs 1 Z 7 BVergG 2018

AG **hat** Unternehmer auszuschließen, wenn „ein **Interessenkonflikt** gemäß § 26 nicht durch andere, **weniger einschneidende Maßnahmen** vermieden werden kann“.

- Ausschluss immer nur **ultima ratio**, aber zwingend, wenn keine gelinderen Mittel vorhanden
- Behebungsmaßnahmen **müssen „weniger einschneidend“** als Ausschluss aber geeignet sein, Interessenkonflikt effektiv zu beenden
- Schwierige **Abgrenzungsfragen** im Einzelfall

Vergabe-Compliance

Ausschlussgrund Schlechterfüllung („Schwarze Schaf“ Tatbestand)

§ 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018

AG **hat** Unternehmer auszuschließen, wenn „der Unternehmer bei der **Erfüllung** einer **wesentlichen Anforderung** im Rahmen eines **früheren Auftrages** oder Konzessionsvertrages **erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen** lassen hat, die **die vorzeitige Beendigung** dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, **Schadenersatz** oder **andere vergleichbare Sanktionen** nach sich gezogen haben“

Wesentliche Anforderung / Mängel

- Leistungsausfall
- Erhebliche Verzögerung
- Defizite der Ware/Leistung

Sanktionen

- Vorzeitige Beendigung
- Schadenersatz / Pönalen
- Vergleichbare Sanktionen, wie Ersatzvornahmen, Rechnungskürzungen

Beurteilung

- durch AG
- Abhängig vom Einzelfall
- **Auch Vertragsbeziehungen zu anderen AG maßgeblich!**

Vergabe-Compliance

„Selbstreinigung“ (§ 83 BVergG 2018)

= Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit trotz Vorliegen eines Ausschlussgrunds

Erfordert: Nachweis Setzung technischer, organisatorischer, personeller und sonstiger Maßnahmen

Ohne (erfolgreiche) Selbstreinigung: drohende **Auftragssperre** (begrenzt mit Dauer von bis zu 3 bzw 5 Jahren, § 83 Abs 5 BVergG 2018)

Vergabe-Compliance

Selbstreinigung und Auftragssperre

- Nachweis, dass **jedenfalls** nachstehende Maßnahmen gesetzt wurden:

- **Schadenswiedergutmachung** bzw **Verpflichtung zum Ausgleich**
- **Aktive Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden** bzw AG
- **Setzung effektiver Maßnahmen**, wie Einführung von Bericht- und Kontrollsystemen, Einrichtung eines Organs zur inneren Revision, Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen
- Prüfung Auftraggeber im **Einzelfall** : weiter **Beurteilungsspielraum**
- Maßnahmen in **Verhältnis** zu Anzahl und Schwere der Verfehlungen zu setzen: Abwägung Schwere Vergehen und Folgen Ausschluss

Vergabe-Compliance

Auftragssperre (§ 83 Abs 5 BVergG 2018)

Verwirklichung Ausschlussgrund begründet **grundsätzlich**
„Auftragssperre“:

Zeitliche Beschränkung der Berücksichtigung von Ausschlussgründen („Tilgung“)

Nur beachtlich, wenn keine (ausreichende) Selbstreinigung erfolgt ist

▪ **Strafrechtliche Verurteilungen** nach § 78 Abs 1 Z 1 **bis zu 5 Jahre**
ab rechtskräftiger Verurteilung

▪ **Andere Ausschlussgründe** grundsätzlich **bis zu 3 Jahre** „ab dem betreffenden Ereignis“

▪ Zeitpunkt **Beginn und Dauer der Frist im Einzelfall je nach Tatbestand** § 78 Abs 1 zu beurteilen (zB Schlechterfüllung: ab Vertragsbeendigung oder Verhängung sonstiger Sanktion)

fellner wratzfeld partner

Compliance-Maßnahmen

Vergabe-Compliance

Maßnahmen für AG zur Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften

- **Aktive Maßnahmen** im Hinblick auf Interessenkonflikte und Vertragsverstöße („Schwarze-Schafe-Tatbestand“), zB
 - Interne Revision, Risk-Management, Governance und Compliance-Systeme
 - Schaffung Problembewusstsein: Schulungen, Verhaltenskodex, Whistleblowing im Unternehmen, Verpflichtungserklärungen Mitarbeiter oder Externe
 - Auskünfteinholung über eingesetzte Mitarbeiter bei Planung
 - Vertragsmanagement-System
 - Lückenlose Dokumentation Beschaffungsvorgang
- Prüfschritt **Selbstreinigung: Verhältnismäßigkeit** und **Effektivität der Maßnahmen**
- Orientierung: Bundes Public Corporate Governance Kodex 2017 bzw Verhaltenskodici öffentliche Hand (zB Rechnungshof)

Vergabe-Compliance

Zu empfehlende Maßnahmen für Bieter

- **Implementierung und Aktualisierung** der **Compliance-Management-Systeme** und **Vertragsmanagement-Systeme**
- **Sorgfältige Prüfung und Abwägung** Vorgehen: gerichtliche Bekämpfung Ansprüche des AG oder Akzeptanz Sanktion? Folge möglicher Ausschluss und Auftragsperre. Aktuelle EuGH-Entscheidung: Gerichtsanhängigkeit hindert Ausschluss nicht!
- Umgehende Setzung von **Selbstreinigungsmaßnahmen**:
 - Abklären von **Ausgleichsleistungen** und **Verpflichtung zu Schadenersatz**
 - Umfang **Zusammenarbeit mit Behörden und Auftraggeber**
 - Implementierung von **effektiven Maßnahmen** (Bericht- und Kontrollsysteme, Absetzung Verantwortliche etc)



fellner wratzfeld partner

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!

RA Mag. Rudolf Christian Pekar

rudolf.pekar@fwp.at

T +43 (1) 537 70-460 | M +43 676 84984086

Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH

1010 Wien | Schottenring 12

www.fwp.at

fwp. That's law.