



Wenn ein Bauunternehmer wieder zuverlässig ist, darf er nicht mehr von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

FOTO DPA

Prüfungspflichten der Vergabestellen

Kein Ausschluss bei Selbstreinigung

Liegt ein zwingender oder fakultativer Ausschlussgrund nach den §§ 123 f. GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) vor, kann das Unternehmen grundsätzlich wegen fehlender Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Hat der Bieter jedoch ausreichende Anstrengungen unternommen, um seine Zuverlässigkeit wiederherzustellen, darf er – trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes – weiterhin am Verfahren teilnehmen.

Der Gesetzgeber hat die Gründe, auf Basis derer ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss bzw. kann, im GWB abschließend normiert. Mit einem solchen Ausschluss ist ein massiver Eingriff in die Berufsfreiheit des Bieters verbunden. Führt er hinreichende Maßnahmen durch, um seine Zuverlässigkeit wiederherzustellen, ist ihm die weitere Teilnahme am Verfahren zu gewähren. Dieser sogenannte Selbstreinigungsprozess ist mittlerweile in § 125 GWB geregelt.

§ 125 Abs. 1 Satz 1 GWB regelt zunächst, dass das Unternehmen für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet haben muss (Nr. 1). Damit ist in erster Linie eine Erstattung in Geld gemeint, wobei auch andere Formen des Ausgleichs denkbar sind. So könnte beispielsweise auch die Richtigstellung einer Aussage im Falle der öffentlichen Verunglimpfung eines Bieters in Betracht kommen. Der Schaden selbst muss noch nicht beglichen

sein, sodass auch ein schriftliches Schuldanerkenntnis ausreichen würde. Ebenso wenig ist eine gerichtliche Entscheidung über den Anspruch des Geschädigten erforderlich. Aufklärung durch aktive Zusammenarbeit

Des Weiteren muss das betroffene Unternehmen die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt haben (Nr. 2). Hierbei hat der Bieter auf eigene Initiative tätig zu werden und sich mit den konkreten Vorwürfen und der Verantwortlichkeit der handelnden Personen auseinandersetzen. Gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schuldet er jedoch lediglich insoweit Aufklärung, als der öffentliche Auftrag tangiert wird. Die deutsche Umsetzung der dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz zugrunde liegenden Richtlinie

2014/24/EU geht an diesem Punkt über die Anforderungen der Richtlinie hinaus, da dort lediglich die Ermittlungsbehörden, nicht aber auch der öffentliche Auftraggeber genannt waren.

Nachfolgend seien beispielhaft einige denkbare Initiativen genannt, denen das Unternehmen im Rahmen seiner Aufklärungsverpflichtung nachgehen kann, um an die erforderlichen Informationen zu gelangen:

- Interviews mit den betroffenen Personen,
- Durchsicht sämtlicher einschlägiger Unterlagen/Dokumente,
- Erstellung unternehmensinterner Prüfberichte,
- Hinzuziehung externer Experten.

Schließlich hat das Unternehmen konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden (Nr. 3). Diese auf die Zukunft gerichtete Anforderung stellt den Kern der vergaberechtlichen Selbstreinigung dar. Sie baut unmittelbar auf der Sachverhaltsaufklärung auf. Die vom Bieter ergriffenen Maßnahmen müssen geeignet sein, um künftigen Fehlverhalten entgegen zu wirken. Dies richtet sich unter anderem nach dem Verschuldensgrad, der Dauer und Häufigkeit des Fehlverhaltens, den finanziellen Auswirkungen, dem Vorliegen einer Straftat sowie der Art des Ausschlussgrundes (zwingend oder fakultativ).

Die technischen und organisatorischen Maßnahmen bestehen in der Regel aus einer Mehrzahl betrieblicher Veränderungen. Bei der Wahl der Mittel steht dem Bieter ein Beurteilungsspielraum zu. Im Ergebnis muss die Summe aller Maßnahmen zu einer effizienten Verhinderung weiterer Straftaten beziehungsweise weiteren Fehlverhaltens führen. Die Maßnahmen müssen an das konkrete Unternehmen angepasst sein. Denkbar sind beispielsweise die Durchführung von Mitarbeiterschulungen, die Einführung von Unternehmensrichtlinien sowie des Vieraugenprinzips, die Rotation von Mitarbeitern oder die organisatorische Trennung von Unternehmensbereichen.

Die Durchführung der personellen Maßnahmen verfolgt sowohl einen general- als auch einen spezialpräventiven Zweck: Nicht nur für den einzelnen Mitarbeiter, sondern auch für die anderen Kollegen soll deutlich werden, dass das fehlerhafte Verhalten nicht ohne entsprechende Konsequenzen hingenommen wird. Dabei ist die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses – unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Vorgaben – nur dann auszusprechen, wenn Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung der Aufhebungsvereinbarung nicht mehr in Betracht kommen. Sofern der Vorwurf fehlerhaften Verhaltens einen Gesellschafter trifft, ist dafür Sorge zu tragen, dass seine Einflussnahme auf die Geschäftspraxis künftig unterbunden wird. Hierbei ist ein

Umstände sind daher mit zu berücksichtigen. Verschlechtert sich die Sachlage zu Ungunsten eines Unternehmens, dem bereits der Zuschlag in Aussicht gestellt wurde, treffen den Auftraggeber besonders hohe Prüfungs- und Dokumentationspflichten, wenn er von seiner ursprünglichen Einschätzung wieder Abstand nehmen will.

Erachtet der Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen als unzureichend, muss er diese Entscheidung begründen und dem Bieter mitteilen. Überdies hat der Auftraggeber die Gründe für seine Einschätzung gegenüber dem Unternehmer offenzulegen, damit dieser seine Rechtsschutzmöglichkeiten beurteilen kann. Zu den erforderlichen Inhalten der Begründung schweigt das Gesetz ebenso wie zu den Folgen eines

Beilagenhinweis:

Dieser Ausgabe liegt eine Beilage der Forum Verlag Herkert GmbH, Merching, bei.

Wir bitten um Beachtung!

Wechsel des Geschäftsführers nach Auffassung der Rechtsprechung in aller Regel nicht ausreichend, wenn mit diesem zugleich Treuhandverträge über seine Geschäftsanteile abgeschlossen werden.

Bei der Beurteilung, ob die vom Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind, steht dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zu. Er trifft eine Prognoseentscheidung und berücksichtigt dabei insbesondere die Schwere und die besonderen Umstände der Straftaten beziehungsweise des Fehlverhaltens. Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Einzelfallbewertung ist der Zeitpunkt der Eignungsprüfung, nicht hingegen die Angebotsabgabe. Während des Verfahrens hinzutretende

Verstoßes gegen die Begründungspflicht. Eine automatische Wiederzulassung des Bieters wird wohl kaum denkbar sein, jedenfalls aber die Verletzung eines subjektiven Rechts, das eine Rüge beziehungsweise die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ermöglicht.

Gelingt dem Unternehmen der Nachweis der Selbstreinigung, muss es im Vergabeverfahren zugelassen werden. Der Auftraggeber hat insoweit keinen Ermessensspielraum (mehr). Dem Bieter steht dann vielmehr ein Anspruch auf Teilnahme am vergaberechtlichen Wettbewerb zu.

> JULIA MÜLLER

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei Rödl & Partner in Nürnberg

Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de