

SCHIEFER

VERGABE · RECHT · ANWÄLTE

LEITFADEN Vergaberechtlicher Umgang mit Kartellverstößen



Konzept der
Schiefer Rechtsanwälte GmbH
vom 22.11.2022

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Ausgangslage	3
2.	Rechtliche Grundlagen für die Eignungsprüfung im Zusammenhang mit Kartellverstößen – in Frage kommende Ausschlussgründe	4
2.1	Zum Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018	4
2.2	Zum Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 im Detail	4
2.2.1	Wann liegen „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ auf eine Absprache iSd Z 4 vor?	4
2.2.2	Wie erlangt der öffentliche Auftraggeber überhaupt Kenntnis von in der Vergangenheit stattgefundenen Kartellabsprachen – Ausmaß des Prüfumfangs	6
3.	Selbstreinigungsmaßnahmen durch die betroffenen Unternehmen – bezogen auf den Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018	6
3.1	Rechtliche Rahmenbedingungen der Selbstreinigung	6
3.1.1	Allgemeines	6
3.1.2	Schadensausgleich (Z 1)	7
3.1.3	Aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung der Straftat/Verfehlung (Z 2)	8
3.1.4	Effektive Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Straftaten (Z 3)	8
3.2	Konkretes Vorgehen bei der Selbstreinigung iZm Kartellverstößen (Praxisbeispiele für nachzuweisende Selbstreinigungsmaßnahmen)	8
3.2.1	Schadensausgleich (Z 1)	9
3.2.2	Aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung der Straftat/Verfehlung (Z 2)	9
3.2.3	Effektive Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Straftaten (Z 3)	10
4.	Exkurs: Verjährung von Absprachen iSd § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018	11
5.	Auf welche Vergabeverfahren sind die obigen Ausführungen anwendbar?	11

Rechtliche Grundlagen, Ausgangssituation

1. Ausgangslage

Seit 2016/2017 ermitteln die Bundeswettbewerbsbehörde („BWB“) sowie die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft („WKStA“) gegen mehr als 40 Unternehmen und ca. 660 Einzelpersonen wegen des Verdachts jahrelanger wettbewerbswidriger Preisabsprachen bei Bauausschreibungen im Rahmen des sogenannten „Baukartells“. Zu den geschädigten Rechtsträgern zählen vor allem öffentliche (Sektoren-)Auftraggeber und öffentliche Unternehmen. Bisher wurden gegen mehrere Unternehmen unterschiedlicher Baukonzerne Strafanträge durch die Bundeswettbewerbsbehörde gestellt,¹ über einige Unternehmen (darunter Konzerngesellschaften der STRABAG AG und der PORR Bau GmbH) wurden auch bereits rechtskräftige Kartellgeldbußen durch das Kartellgericht verhängt. Darüber hinaus sind strafrechtlicher Ermittlungsverfahren ua wegen § 168b StGB (und teilweise wegen Betrugs nach den §§ 146 ff StGB) sowohl gegen die im Rahmen des Baukartells agierenden Unternehmen (nach dem VbVG), als auch gegen die handelnden natürlichen Personen anhängig.

Von diesen Kartellabsprachen betroffen sind neben größeren öffentlichen Auftraggebern vor allem auch die Länder und Gemeinden.

Jene Unternehmen, gegen die aufgrund ihrer (mutmaßlichen) Teilnahme an Kartellabsprachen ermittelt wird bzw. über die aus diesem Grund bereits eine rechtskräftige Kartellgeldbuße verhängt wurde, werden auch in Zukunft als potentielle Bieter an Vergabeverfahren teilnehmen. Durch diesen Umstand hat die Beteiligung an Kartellabsprachen nicht nur Konsequenzen für die unmittelbar daran beteiligten Unternehmen, sondern auch weitreichende Folgen für sämtliche (zukünftige) Beschaffungsvorgänge, die durch die öffentliche Hand abgewickelt werden.

Nach den Grundsätzen des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2018) dürfen öffentliche Aufträge nämlich nur an geeignete Unternehmen vergeben werden. Unternehmen, welche die erforderliche Eignung nicht nachweisen können, sind von der Teilnahme an Vergabeverfahren (grundsätzlich zwingend) **auszuschließen**. Zur Feststellung der entsprechenden Eignung der Bieter haben alle öffentliche Auftraggeber bei jedem Vergabeverfahren eine Eignungsprüfung durchzuführen (auch solche, die in der Vergangenheit selbst nicht unmittelbar von einem Kartell betroffen waren!). 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 BVergG 2018).

Wird der Zuschlag in einem Vergabeverfahren an einen Bieter erteilt, der die entsprechende Eignung nicht aufweist und deshalb auszuschließen gewesen wäre (etwa weil keine ordnungsgemäße Eignungsprüfung durchgeführt wurde), kann das im Fall eines Nachprüfungsverfahrens zur **Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung** führen.

Auf Seiten von öffentlichen Auftraggebern ist daher ein Prozedere festzulegen, wie die Eignungsprüfung nach den Bestimmungen der §§ 78 ff BVergG 2018 bei Bietern auszusehen hat, bei denen der Verdacht der Teilnahme an unzulässigen Kartellabsprachen in der Vergangenheit besteht.

Die Prüfung von möglicher Weise bestehenden Ausschlussgründen ist dabei grundsätzlich von jedem einzelnen öffentlichen Auftraggeber **stets einzelfallbezogen bei jedem Vergabeverfahren** durchzuführen. Es ist dabei vor allem immer auf den aktuellen Verfahrensstand der Kartell- bzw. Strafverfahren Bedacht zu nehmen ist.² Ein Rückgriff aus sogenannte „schwarze Listen“ ist dabei nicht zulässig.

¹ Siehe diverse Presseaussendungen der BWB.

² Siehe Gölles/Makarius, Zuverlässigkeit des Unternehmers: Selbstreinigung bei schwerer beruflicher Verfehlung ablehnbar?, RPA, 2017, 134.

Der folgende Leitfaden richtet sich insbesondere an Gemeinden und soll eine Hilfestellung bei der Eignungsprüfung im Zusammenhang mit Kartellverstößen bieten. In einem ersten Schritt wird dafür die vergaberechtliche Ausgangssituation samt rechtlicher Grundlagen dargestellt. In einem weiteren Schritt soll auf die Möglichkeiten zur sogenannten „Selbstreinigung“ und dem von öffentlichen Auftraggebern in diesem Zusammenhang anzuwendenden Prüfmaßstab eingegangen werden und abschließend eine „Checkliste“ in zusammenfassender Form zur Verfügung gestellt werden, nach denen Gemeinden bei der Eignungsprüfung im Zusammenhang mit Kartellverstößen vorgehen können.³

Es ist anzumerken, dass sich die nachstehenden Ausführungen aus gegebenem Anlass des „Baukartells“ primär, aber nicht ausschließlich, auf Vergabeverfahren beziehen, bei denen Bauleistungen vergeben werden. Auch in anderen Wirtschaftsbereichen kann das Thema „Kartellabsprachen“ für Gemeinden als öffentliche Auftraggeber relevant sein (siehe dazu noch näher unter Punkt 2.2.2).

2. Rechtliche Grundlagen für die Eignungsprüfung im Zusammenhang mit Kartellverstößen – in Frage kommende Ausschlussgründe

Die Teilnahme an kartellrechtlichen Absprachen kann bei Vergabeverfahren mehrere Ausschlussgründe nach § 78 Abs 1 BVergG 2018 erfüllen. Konkret kommen dabei insbesondere die folgenden Ausschlussgründe in Betracht:

- § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018: strafrechtliche Verurteilung
- § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 : wettbewerbsbeschränkende bzw. nachteilige Abreden
- § 78 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 : schwere berufliche Verfehlung (allerdings in der Regel subsidiär zu Z 4 – wird in diesem Leitfaden daher nicht eigens erörtert).

2.1. Zum Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018

Der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 ist im Zusammenhang mit dem „Baukartell“ aus derzeit (Stand: November 2022) folgenden Gründen (noch) nicht anwendbar: Der Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 setzt nämlich eine **rechtskräftige** strafgerichtliche Verurteilung nach **bestimmten Straftatbeständen** – unter anderem wegen Betrugs (§§ 146 bis 148 StGB) oder Untreue (§ 153 StGB) – voraus. Nach unserem derzeitigen Kenntnisstand liegen im Fall des „Baukartells“ noch keine rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilungen vor, weshalb dieser Ausschlussgrund derzeit noch nicht schlagend wird.

2.2. Zum Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 im Detail

Nach § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 hat ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er über *„hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der 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 Wettbewerbs abzielen“*.

2.2.1 Wann liegen „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ auf eine Absprache iSd Z 4 vor?

Diese Frage ist in der Praxis umstritten und wird teilweise unterschiedlich gelöst.⁴ Unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des VwGH⁵ ist davon auszugehen, dass es **der Einschätzung des jeweiligen Auftraggebers** obliegt, ob die ihm zur Verfügung stehenden Informationen „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür darstellen, dass ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten vorliegt.

³ Es wird darauf hingewiesen, dass dieser Leitfaden eine Übersicht über die wichtigsten Schritte im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung bei Kartellverdacht darstellt, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Die zusammenfassende Darstellung der rechtlichen Ausgangssituation stellt die von den Verfassern dieses Leitfadens vertretene Rechtsmeinung dar. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Verwaltungsgerichte im Fall eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens zu einer anderslautenden rechtlichen Beurteilung gelangen könnten.

⁴ Siehe zusammenfassend dazu etwa Stalzer, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, RPA 2021, 123 (124 ff)

In der Praxis stellt sich vor allem die Frage, ob „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ auf eine wettbewerbswidrige Abrede

- erst bei einer **rechtskräftigen Verurteilung** wegen einer Kartellabsprache (sei es durch das Kartellgericht, sei es durch ein Strafgericht) oder
- bereits im Fall eines **laufenden (Ermittlung) Verfahrens** wegen eines Kartellverdachts (vor der Bundeswettbewerbsbehörde oder den Strafbehörden) vorliegen.

Bei einem **rechtskräftigen Erkenntnis** des Kartellgerichts gegen einen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter (das auch in der Ediktsdatei veröffentlicht wird und über das im Fall des Baukartells auch umfassend medial berichtet wird), ist **jedenfalls** von einer hinreichend plausiblen Anhaltspunkt iSd § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 auszugehen. In diesem Fall ist also grundsätzlich von einer Erfüllung des entsprechenden Ausschlussgrundes auszugehen, der nur dann vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu ziehen ist, wenn der betroffene Bieter entsprechende Selbstreinigungsmaßnahmen nachweisen kann (siehe dazu sogleich unter Punkt 3) oder der Vorwurf verjährt ist (siehe dazu noch unter Punkt 4.).

Ist der Bieter hingegen „nur“ Beschuldigter in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder in einem anhängigen Verfahren vor dem Kartellgericht, ist die Frage, ob hier bereits von hinreichend plausiblen Anhaltspunkten für nachteilige oder wettbewerbsverzerrende Maßnahmen iSd § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 auszugehen, in der Praxis nicht eindeutig zu beantworten.

Es sprechen zwar gute Gründe dafür, erst bei einer tatsächlichen rechtskräftigen Verurteilung von „hinreichend plausiblen Anhaltspunkten“ von einer Erfüllung des Ausschlussgrundes auszugehen, weil eine Einsichtnahme in den mehrere tausend Ordnungsnummern umfassenden Ermittlungsakt der Strafverfolgungsbehörden (zur Bewertung des konkret gegen den jeweiligen Bieter vorliegenden Verdacht) für einzelne öffentliche Auftraggeber oft gar nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Darüber hinaus steht es durchaus im Spannungsverhältnis zur strafrechtlichen Unschuldsvermutung, wenn ein noch nicht von einem Gericht rechtskräftig festgestellter Sachverhalt als Grundlage für einen

vergaberechtlichen Ausschluss herangezogen wird.

Eine praktische Problematik ergibt sich allerdings daraus, dass Bieter, bei denen es sich um juristische Personen handelt, im Rahmen der Eignungsprüfung unter anderem die sogenannte „Verbandsregisterauskunft“ gemäß § 89m GOG vorlegen müssen, in der nicht nur rechtskräftige Verurteilungen, sondern auch laufende (Ermittlungs)Verfahren ersichtlich sind. Öffentlichen Auftraggebern, die von Bietern eine Verbandsregisterauskunft vorgelegt bekommen, in denen ein laufendes Ermittlungsverfahren aufscheint, könnte also eine nicht ordnungsgemäße Eignungsprüfung vorgeworfen werden, wenn dieser Umstand einfach „ignoriert“ wird und nicht zumindest entsprechend dokumentiert wird, weshalb trotz dieses Umstands im Einzelfall noch nicht von „hinreichend plausiblen Anhaltspunkten“ ausgegangen wurde.

Jeder öffentliche Auftraggeber hat in diesem Zusammenhang eine **Ermessensentscheidung** zu treffen.⁶ In Übereinstimmung mit *Stalzer*⁷ ist zusammenfassend davon auszugehen, dass auch ein laufendes (aus der Verbandsregisterauskunft) ersichtliches Ermittlungsverfahren wegen § 168b StGB ein „hinreichend plausibler Anhaltspunkt“ auf Kartellabsprachen sein kann, das den öffentlichen Auftraggeber zB zur Einholung weiterer Aufklärungen vom betroffenen Bieter (zB zur Darlegung des genauen Sachverhalts) berechtigen kann. In weiterer Folge können vom Bieter in diesem Fall „abgeschwächte“, auf den konkreten Vorwurf angepasste, Selbstreinigungsmaßnahmen verlangt werden. In diesem Sinn ist auch das untenstehende Kartellformblatt aufgebaut.

In jedem Fall sollte der öffentliche Auftraggeber entsprechend **dokumentieren**, weshalb er im betreffenden Fall (nicht) von hinreichend plausiblen Anhaltspunkten iSd vergaberechtlichen Ausschlussgrund ausgegangen ist.

5 VwGH 10.10.2016, Ra 2016/04/0104.

6 ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 97.

7 *Stalzer*, RPA 2021, 123 (126).

2.2.2 Wie erlangt der öffentliche Auftraggeber überhaupt Kenntnis von in der Vergangenheit stattgefundenen Kartellabsprachen – Ausmaß des Prüfungsumfangs

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass einen öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich keine generelle, proaktive Nachforschungspflicht trifft (er also Bieter grundsätzlich nicht proaktiv in alle Richtungen auf mögliche Ausschlussgründe überprüfen muss). Etwas Anderes gilt aber, wenn ein öffentlicher Auftraggeber über **entsprechende Anhaltspunkte** verfügt oder verfügen muss, dass möglicher Weise entsprechende Ausschlussgründe verwirklicht sein können.⁸

Gerade im Fall des Baukartells (bzw. im Fall von anderen bekannten Kartellen, über die medial berichtet wird), ist auf Grund der laufenden medialen Berichterstattung davon auszugehen, dass hier ein Fall vorliegt, in dem öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet sind, eine proaktive Prüfung in Hinblick auf Kartellverstöße durchzuführen.

Wir empfehlen aus diesem Grund, zumindest bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Baubereich eine proaktive Prüfung im Hinblick auf mögliche Kartellverstöße durchzuführen. Dafür eignet sich am besten der Einsatz eines entsprechenden **Formblattes**, das den Bietern im Rahmen der jeweiligen Ausschreibung zur Verfügung gestellt wird (siehe dazu das entsprechende Muster im Anhang). In diesem hat der Bieter wahrheitsgemäße Angaben zu seiner (Nicht)Involvierung in vergangene Kartellabsprachen zu tätigen. Gibt der Bieter an, dass er in eine Kartellabsprache (mutmaßlich) involviert war, hat der öffentliche Auftraggeber in einem weiteren Schritt vom betroffenen Bieter den Nachweis entsprechender „Selbstreinigungsmaßnahmen“ zu fordern (siehe dazu unter Punkt 3.).

Der Einsatz eines entsprechenden Formblatts ist generell bei der Durchführung von Vergabeverfahren in Geschäftsbereichen zu empfehlen, bei denen es in der Vergangenheit den Verdacht auf Kartellabsprachen gab. Eine gute Informationsquelle dafür bietet die Website der Bundeswettbewerbsbehörde (siehe dazu noch näher in der Checkliste).

3. Selbstreinigungsmaßnahmen durch die betroffenen Unternehmen – bezogen auf den Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018

Kommt ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung zu dem Ergebnis, dass „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für eine (Kartell) Absprache vorliegen und damit der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 erfüllt ist, muss er in einem nächsten Schritt vom Bieter den Nachweis von sogenannten „Selbstreinigungsmaßnahmen“ einfordern. Kann der Bieter diesen Nachweis nicht oder nicht ausreichend erbringen, ist er zwingend von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen (es sei denn, die Vorwürfe sind verjährt, siehe dazu noch unter Punkt 4.)

3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen der Selbstreinigung

3.1.1. Allgemeines

Die (erfolgreiche) Selbstreinigung setzt nach § 83 Abs 1 BVergG 2018 voraus, dass der von einem Ausschlussgrund betroffene Unternehmer „glaubhaft“ macht, dass seine Zuverlässigkeit trotz Vorliegen des Ausschlussgrundes gegeben ist. Die näheren Voraussetzungen, die er für diese Glaubhaftmachung erfüllen muss, sind in § 83 Abs 2 BVergG 2018 geregelt.

Nach dieser Bestimmung hat der Unternehmer zur Glaubhaftmachung darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat dabei nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:

1. er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat;

⁸ Siehe etwa Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018 § 78 Rz 68.

2. er umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat und
3. er effektive Maßnahmen wie
 - a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens oder
 - b) die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder
 - c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften gesetzt hat.

Die in § 83 Abs 2 Z 1 bis Z 3 BVergG 2018 jeweils enthaltenen Maßnahmen sind für eine erfolgreiche Selbstreinigung vom betroffenen Bieter/Bewerber **kumulativ** zu erfüllen.⁹ Unterlässt der Unternehmer auch nur die Vornahme einer dieser Maßnahmen oder erfüllt er diese nur ungenügend, ist von einer misslungenen Selbstreinigung (und damit vom Weiterbestehen des Ausschlussgrundes) auszugehen.¹⁰

Der öffentliche Auftraggeber hat dargelegte Selbstreinigungsmaßnahmen zu prüfen und in Verhältnis zur Anzahl und Schwere der Verfehlungen bzw. der begangenen strafbaren Handlungen zu setzen. Die auf dieser Grundlage zu treffende Prognoseentscheidung, ob die gesetzten Maßnahmen ausreichend sind, um eine neuerliche Tatbegehung zu verhindern, liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Das Ergebnis der Selbstreinigungsprüfung ist vom öffentlichen Auftraggeber transparent im Vergabeakt zu **dokumentieren** (für den Fall, dass aus seiner Sicht die umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen nicht ausreichen, hat er auch diesen Umstand entsprechend zu dokumentieren und zu begründen).

Im Folgenden sind die einzelnen Voraussetzungen für die erfolgreiche Selbstreinigung (zusammengefasst) darzustellen:

⁹ Siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109.

¹⁰ Siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109; Göllles in *Göllles*, BVergG 2018 § 83 Rz 22.

¹¹ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109.

¹² *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, ZVB 2021, 123 (131).

¹³ Siehe dazu etwa BVwG W187 2246496-2 vom 24.11.2021; *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, ZVB 2021, 123 (131).

3.1.2 Schadensausgleich (Z 1)

Nach den Materialien ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstreinigung des betroffenen Unternehmens zunächst der Ersatz aller durch sein Vergehen verursachter Schäden. Dies setzt etwa keinen (zB durch eine Gerichtsentscheidung) rechtskräftig festgestellten Schaden voraus, sondern muss der Unternehmer unabhängig davon nachweisen, dass er den durch ihn verursachten Schaden (zur Gänze) ersetzt oder seine Schadenersatzpflicht zumindest anerkannt hat. Die Materialien weisen in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich darauf hin, dass dem Unternehmer durch die Regelungen zur vergaberechtlichen Selbstreinigung nicht die Möglichkeit genommen werden darf, einen der Höhe nach strittigen Schadenersatzanspruch durch die Zivilgerichte feststellen zu lassen. In Fällen in denen also etwa die Höhe des Schadenersatzanspruches strittig ist, kann es für eine erfolgreiche Selbstreinigung ausreichend sein, wenn der Unternehmer die Schadenersatzpflicht gegenüber dem bzw den Geschädigten (siehe dazu sogleich) dem Grunde nach anerkennt.¹¹

Das Erfordernis des Schadensausgleichs nach Z 1 wirft in der Praxis eine Vielzahl an Fragen auf, die von der Judikatur derzeit im Wesentlichen noch unbeantwortet sind und die sowohl den öffentlichen Auftraggeber, der über die Erfüllung der Selbstreinigungsmaßnahmen primär zu entscheiden hat, ebenso wie betroffene Bieter, die unter Umständen in Bezug auf ein mögliches Anerkenntnis von Schadenersatzansprüchen taktische Entscheidungen treffen müssen, vor schwer zu lösende Aufgaben stellt.

Im Besonderen bei laufenden Ermittlungsverfahren kommt dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** und der Wahrung der Angemessenheit eine hervorgehobene Bedeutung zu.¹²

Demnach ist davon auszugehen, dass bei laufenden Ermittlungsverfahren und noch nicht rechtskräftig festgestellter Schadenshöhe ein **Anerkenntnis dem Grunde** nach ausreichend ist. Dies gilt jedenfalls für jene Fälle, in denen die grundsätzliche Beteiligung an einem Kartell (und damit das Bestehen einer Schadenersatzforderung gegenüber dem Bieter dem Grunde nach) nachgewiesen ist.¹³

3.1.3. Aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung der Straftat/Verfehlung (Z 2)

Nach den Materialien muss sich der betroffene Bieter aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Aufklärung des, dem Ausschlussgrund zugrunde liegenden Sachverhalts, bemühen.¹⁴

Der Wortlaut des Gesetzes stellt an sich nur auf eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden ab.

Aus dem Erfordernis der aktiven Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden kann sich wohl jedenfalls keine Pflicht zur Selbstbeichtigung ergeben, sodass diese Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstreinigung auch dann erfüllt werden kann, wenn das betroffene Unternehmen erst nach der (externen) Aufdeckung der Straftat sich aktiv um Aufklärung aller Umstände bemüht (eine proaktive Anzeige des Sachverhalts ist nicht erforderlich).¹⁵

3.1.4 Effektive Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Straftaten (Z 3)

Der in Z 3 enthaltene Katalog an Maßnahmen ist demonstrativ (arg: Verwendung des Wortes „oder“ durch den Gesetzgeber). Nach den Materialien müssen die Maßnahmen iSd Z 3 für eine erfolgreiche Selbstreinigung jedenfalls konkret und dazu geeignet sein, weitere Straftaten oder Vergehen zu verhindern. Die gesetzten Maßnahmen müssen dabei nicht nur generell der Begehung von Straftaten oder Vergehen entgegenwirken, sondern auch konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat bzw. des gleichen Fehlverhaltens zu vermeiden bzw. ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten nicht erneut vorkommt. Ob die jeweils ergriffenen Maßnahmen diese Voraussetzungen erfüllen, hat der jeweilige öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu beurteilen. Dabei ist aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers zu beachten, dass der Bieter jeweils nur solche Maßnahmen ergreifen muss, die sich aus Sicht des betroffenen Bieters in einem für diesen wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen. So wäre es nach den Materialien zB unverhältnismäßig, von einem Kleinunternehmer die Einführung eines kostspieligen Revisionswesens zu verlangen.¹⁶

Als Beispiele für konkrete Maßnahmen, welche die Voraussetzungen der Z 3 erfüllen, führt das Gesetz in lit a) bis c) folgende Beispiele für effektive Maßnahmen an:

- a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens oder
- b) die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder
- c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich die in § 83 Abs 2 Z 3 lit a) bis c) BVergG 2018 angeführten Maßnahmen in der Praxis im Wesentlichen auch mit jenen Maßnahmen überschneiden, die Verbände iSd VbVG vor einer Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs 3 Z 2 VbVG schützen (nämlich indem sie bei Etablierung entsprechender Maßnahmen die Zurechnung von Mitarbeiterstraftaten an den Verband verhindern).

3.2. Konkretes Vorgehen bei der Selbstreinigung iZm Kartellverstößen (Praxisbeispiele für nachzuweisende Selbstreinigungsmaßnahmen)

Die nachfolgend dargestellten Ausführungen stellen eine Auswahl an Praxisbeispielen dar, welche Nachweise von betroffenen Bietern im Zusammenhang mit den einzelnen Voraussetzungen für die Selbstreinigung im Zusammenhang mit Kartellverstößen erbracht werden könnten (konkret bezogen auf das „Baukartell“). Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den folgenden Ausführungen lediglich um ausgewählte Beispiele handelt, die nicht im Sinn einer abschließenden Aufzählung zu verstehen sind. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verwaltungsgericht im Streitfall die in einem konkreten Einzelfall vorgelegten Selbstreinigungsnachweise anders beurteilen würde.

¹⁴ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109.

¹⁵ Siehe dazu *Rebisant*, Compliance im Vergabeverfahren 200 f.

¹⁶ Siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 109.

Der öffentliche Auftraggeber hat von betroffenen Bieter den Nachweis der umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen zu verlangen. Ein auf § 78 Abs 1 Z 4 BVergG gestützter Ausschluss ohne Möglichkeit des Bieters zur Selbstreinigung ist unzulässig!

Der öffentliche Auftraggeber hat die Prüfung der vom Bieter dargestellten Selbstreinigungsmaßnahmen entsprechend zu dokumentieren. Ergibt die Prüfung des öffentlichen Auftraggebers, dass die umgesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen aus seiner Sicht unzureichend sind, hat er den Bieter (allenfalls nach Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen eines „kontradiktorischen Verfahrens“) auszuschließen.

3.2.1 Schadensausgleich (Z 1)

Es ist davon auszugehen, dass durch das Baukartell bei den betroffenen öffentlichen Auftraggebern jedenfalls „offenkundige Schäden“ eingetreten sind.

Der Umstand, dass ein Unternehmen bereits eine Kartellgeldbuße geleistet hat (sei es in Folge eines „Settlements“ mit der Bundeswettbewerbsbehörde, sei es in Folge eines klassischen Urteils durch das Kartellgericht), ist aus vergaberechtlicher Sicht nicht als Schadensausgleich zu sehen! Hier geht es tatsächlich um die Frage nach der Leistung von (zivilrechtlichem) Schadenersatz.

Aufgrund der Komplexität des Falls ist davon auszugehen, dass die Aufarbeitung des konkreten Sachverhalts zur Bezifferung des konkret eingetretenen Schadens noch Monate bzw. Jahre dauern wird und es deshalb für öffentliche Auftraggeber nicht zumutbar ist, die Schadenshöhe (durch das gesamte Baukartell) jeweils selbst zu ermitteln.

Ein gangbarer Weg für den Nachweis des „Schadensausgleichs“ iSd Z 1 besteht aus diesem Grund etwa darin, die Vorlage eines Anerkenntnisses des Schadens dem Grunde nach durch den betroffenen Bieter zu verlangen.

„Jeglicher Schaden“ ist aus praktischer Sicht und Gründen der Verhältnismäßigkeit dabei nicht zu weit zu verstehen, sondern wohl dahingehend, dass darunter jener Schaden zu verstehen ist, der gegenüber dem einzelnen, die konkrete Prüfung

durchführenden Auftraggeber entstanden ist. Dies ist der einzige Bereich ist, in dem ein Auftraggeber den Ersatz von Schäden ansatzweise überprüfen kann (ein öffentlicher Auftraggeber kann nicht nachprüfen, welche Schäden durch Kartellabsprachen allenfalls bei anderen Auftraggebern entstanden sind und ob diese wiedergutmacht wurden). Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann nämlich nicht verlangt werden, dass der öffentliche Auftraggeber den Ausgleich von jedem (also auch anderen Auftraggeber entstandenen) Schaden prüft, sondern muss es ausreichend sein, wenn er die Wiedergutmachung der ihm entstandenen (= daher für ihn auch prüfbaren) Schäden fordert).

3.2.2 Aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung der Straftat/Verfehlung (Z 2)

Im Zusammenhang mit dieser Voraussetzung für die Selbstreinigung ist vor allem fraglich, mit welcher Ermittlungsbehörde die aktive Zusammenarbeit erfolgen muss. Im Fall des Baukartells gibt/gab es zwei unterschiedliche ermittelnde Behörden, einerseits die BWB im Kartellbehördlichen Ermittlungsverfahren, andererseits die WKStA im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Es stellt sich hier vor allem die Frage, ob die aktive Zusammenarbeit mit (nur) der BWB iSd Z 2 als ausreichend zu bewerten ist.

In diesem Zusammenhang ist wiederum auf die EuGH-Entscheidung *Vossloh Laeis*¹⁷ zu verweisen, die Folgendes festhält:

„die Übermittlung der Entscheidung, mit der der Verstoß des Bieters gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt, auf diesen aber wegen seiner Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine Bonusregelung angewandt wurde, an den öffentlichen Auftraggeber ausreichen sollte, um diesem gegenüber nachzuweisen, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde geklärt hat [...].“

¹⁷ EuGH 24.10.2018, C-124/17 Rz 31.

Auf Basis dieser Entscheidung Ergebnis ist somit festzuhalten, dass öffentliche Auftraggeber in jenen Fällen, in denen eine Kronzeugenregelung im Verfahren vor dem Kartellgericht zur Anwendung kam bzw. kommt, die an sich schon eine umfassende Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden voraussetzt, von der für die effektive Selbstreinigung erforderlichen Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden im vergaberechtlichen Sinn auszugehen haben. Gestützt auf diese Judikatur und den Umstand, dass in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Grundsatz der Unschuldsvermutung und das Verbot der Selbstbezeichnung herrscht, ist also davon auszugehen, dass eine Kooperation mit der BWB iSd § 83 Abs 2 Z 2 BVergG 2018 zu werten ist (ohne dass es noch eine detailliert nachgewiesene Kooperation auch mit den Strafverfolgungsbehörden bedarf).¹⁸

Diese Herangehensweise ist auch insofern sinnvoll, weil öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der aktiven Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden kaum Zugang zu Informationen haben (hier wäre allenfalls im Wege eines Privatbeteiligtenanschlusses eine Akteneinsicht möglich, hierfür muss der betreffende öffentliche Auftraggeber aber Opfer einer vorangehenden Kartellabsprache sein, was nicht immer der Fall ist).

Über die Erlangung des Kronzeugenstatus im Verfahren vor dem Kartellgericht wird in der Regel medial berichtet und können öffentliche Auftraggeber somit auch ohne genaue Kenntnis des Akteninhalts von einer entsprechenden aktiven Zusammenarbeit ausgehen.

Eine Auflistung des aktuellen Stands der Verfahren im Baukartell wurde zuletzt von der BWB veröffentlicht.¹⁹

3.2.3 Effektive Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Straftaten (Z 3)

Bei der Z 3 des § 83 Abs 2 BVergG 2018 handelt es sich in der Praxis wohl um die am „unstrittigste“ Voraussetzung der Selbstreinigung, die jeweils im konkreten Einzelfall, insbesondere an Hand des konkreten Unternehmens und den im Raum stehenden Vorwürfen, zu prüfen ist.

Im Zusammenhang mit der Teilnahme an Kartellabsprachen in der Vergangenheit kann zB die Umsetzung folgender Compliance-Maßnahmen die Voraussetzungen der Z 3 erfüllen:

- Einführung von internen Kontrollmaßnahmen wie „Vier-Augen-Prinzip“, digitale Dokumentenarchive
- laufende für Mitarbeiter verpflichtende Schulungen zum Vergabe-, Straf- und Kartellrecht
- Neubesetzung von Führungspositionen innerhalb des Unternehmens
- Einführung von „Kontrollorganen“ (zB Compliance-Officer)
- Vorlage von externen „Compliance-Prüfberichten“, externes Compliance-Monitoring
- Etablierung eines Compliance-Management-Systems
- Vorlage von Zertifizierung, zB nach ISO 37301;
- Einführung von unternehmensinternen Hinweisgebermeldesystemen („Whistleblower-Tools“)

Welche konkreten Maßnahmen ein bestimmtes Unternehmen umzusetzen hat, hängt im Wesentlichen von der Art und Größe des Unternehmens ab, aber auch von der Art und Schwere des konkreten Vorwurfs. Während von einem großen (Konzern) Unternehmen eher die Umsetzung von institutionalisierten Compliance-Maßnahmen erwartet werden kann, können bei KMUs und Kleinunternehmen möglicher Weise zB bereits die Einführung von Kontrollmechanismen als ausreichend beurteilt werden.

Vom Bundesverwaltungsgericht wurden die von einem zwischenzeitig rechtskräftig vom Kartellgericht verurteilten großen Bauunternehmen umgesetzten Compliance-Maßnahmen im Übrigen als ausreichend iSd Z 3 beurteilt.²⁰

¹⁸ Im Ergebnis so auch *Stalzer*, RPA 2021, 123 (125 f).

¹⁹ FAQ Baukartell - Ermittlungen der Bundeswettbewerbsbehörde (bwb.gv.at) (Link abgerufen am 22.11.2022, Stand Oktober 2022).

²⁰ BVwG W187 2246496-2 vom 24.11.2021.

4. Exkurs: Verjährung von Absprachen iSd § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018

Nach § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 kann ein betroffener Bieter im Fall von höchstens für den Zeitraum von drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“ ausgeschlossen werden. Mit dem „betreffenden Ereignis“ ist nicht der Zeitpunkt der Absprache gemeint, sondern der Zeitpunkt der Feststellung des Verstoßes durch die zuständige Behörde.²¹

In jenen Fällen, in denen auch schon ein laufendes Verfahren als hinreichend plausibler Anhaltspunkt für eine Kartellabsprache iSd Ausschlussgrundes gewertet wird, ist als relevanter Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung die Kenntnis des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers anzunehmen.

5. Auf welche Vergabeverfahren sind die obigen Ausführungen anwendbar?

Der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 gilt grundsätzlich für alle Vergabeverfahren, die von öffentlichen Auftraggebern nach den Bestimmungen des BVergG 2018 durchgeführt werden.²²

Nur bei Direktvergaben gelten abgeschwächte Regelungen: Nachdem in den §§ 46 und 47 BVergG 2018 die Geltung der §§ 78 BVergG 2018 nicht ausdrücklich erwähnt ist, sieht das Gesetz im Fall von Direktvergaben keine umfangreiche Eignungsprüfung vor. Es obliegt im Fall von Direktvergaben somit dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber selbst, Art und Weise der Eignungsprüfung festzulegen.

Nachdem aber auch § 20 Abs 1 BVergG 2018 für Direktvergaben gilt, und diese Bestimmung vorsieht, dass Aufträge unter anderem nur an „zuverlässige und geeignete“ Bieter vergeben werden dürfen, gelten die Grundsätze zur Eignungsprüfung also auch bei Direktvergaben sinngemäß (und dürfen öffentliche Aufträge auch im Wege einer Direktvergabe nicht ohne Weiteres zB an rechtskräftig festgestellte Kartellanten vergeben werden). Öffentlichen Auftraggeber ist daher jedenfalls zu empfehlen, auch im Fall von Direktvergaben eine Eignungsprüfung analog zu den oben dargestellten Grundsätzen durchzuführen!

21 EuGH 24.10.2018, C-124/17 Rz 31.

22 Bei Vergabeverfahren, die im sogenannten „Sektorenbereich“ durchgeführt werden, gelten zur Eignungsprüfung die §§ 249 BVergG 2018. Hinsichtlich Kartellabsprachen sieht § 249 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 einen analog zum oben dargestellten Ausschlussgrund vor, weshalb die Ausführungen dieses Leitfadens auch im Sektorenbereich analog angewendet werden können.

To dos Eignungsprüfung iZm Kartellabsprachen / CHECKLISTE

To dos beim / vor dem ERSTELLEN der Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen

1. Rechtliche Ausgangslage: Teilnahme an Kartellabsprachen erfüllt den Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 4 BVergG

✓ bereits erfüllt, wenn „hinreichend plausible Anhaltspunkt“ auf nachteilige oder wettbewerbsverzerrende Absprachen durch Bieter vorliegen²³

2. Analyse der aktuellen, ausschreibungsgegenständlichen (Markt) Situation in Bezug auf Kartellabsprachen

↓ Gemeinsame Analyse des potentiellen Bietermarkts (mit allfälligen technischen oder Verfahrensbegleitern) unter Beachtung folgender Fragestellungen:

<p>1. Ist damit zu rechnen, dass an dem konkreten Vergabeverfahren Bieter teilnehmen, die in der Vergangenheit in Kartellabsprachen verwickelt waren?</p>	<p>Hinweise darauf können sich zB ergeben durch:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Medienberichte (zB über Hausdurchsuchungen) b) Presseaussendungen der BWB
---	--

ODER

<p>2. Handelt es sich beim Gegenstand der Ausschreibung um eine Leistung/Lieferung, die „potentiell kartellgeneigt“ sein könnte (zB: Bauausschreibungen, aber allenfalls auch andere Bereiche mit eingeschränktem Lieferantenkreis)?</p>
--

²³ Allenfalls kann auch der Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 1 BVergG erfüllt sein, allerdings nur bei rechtskräftiger Verurteilung wegen Betrugs – ist derzeit zB in Bezug auf das Baukartell nicht der Fall.

Wenn **EINE** dieser Fragen mit **JA** beantwortet wird:



Verwendung des „Formblatts Kartellverstoß“

Wenn **BEIDE** Fragen mit **NEIN** beantwortet werden:



In diesem Fall reicht es in der Regel aus, wenn der Bieter im Rahmen der „normalen Bietererklärung“ angibt, dass er keinen Ausschlussgrund (= bezogen auf Kartellprüfung = § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018) gesetzt hat -> **Keine Verwendung des „Formblatts Kartellverstoß“** -> Dokumentation der wesentlichen Entscheidungsgründe im Konzeptionsvermerk

In folgenden Branchen gab es laut Medienberichten der letzten Zeit Hausdurchsuchungen iZm dem Verdacht auf Kartellabsprachen, laufende Ermittlungsverfahren bzw. sogar (rechtskräftige) Kartellgeldbußen. In Vergabeverfahren, welche diese Branchen betreffen, wird die Verwendung des Kartellformblatts daher jedenfalls empfohlen²⁴:

1. Sämtliche Bauausschreibungen (jedenfalls Hoch-, Tief- und Straßenbau)²⁵, weil in diesen Sparten regelmäßig Bieter teilnehmen, die am „Baukartell“ beteiligt waren
2. Tischlereiarbeiten (Bau- und Möbeltischlerei)²⁶
3. Submetering, Mess-, Steuerungs- und Regelungstechnik²⁷
4. Abfallwirtschaft²⁸
5. Pellets²⁹

Dabei ist auch kritisch zu bedenken, dass bei Ausschreibungen eventuell auch Subunternehmerleistungen dabei sein könnten, die in eine der betroffenen Branchen fallen.

24 In den jeweiligen Fußnoten findet sich ein Link zur Berichterstattung der BWB in den einzelnen Branchen, der in den Konzeptionsvermerk zur Begründung des Einsatzes des Formblatts aufgenommen werden könnte.

25 Zur Berichterstattung siehe unter anderem den aktuellsten Bericht zum Bußgeldantrag gegen die HABAU-Gruppe: Baukartell: HABAU Bußgeld wird mit 26,33 Mio. EUR konkretisiert: BWB Bundeswettbewerbbehörde (Link abgerufen am 21.11.2022).

26 Zur Berichterstattung siehe: Tischlereikartell: BWB stellt weitere Anträge an das Kartellgericht: BWB Bundeswettbewerbbehörde (Link vom 16.8.2022).

27 Zur Berichterstattung: Submetering-Kartell: BWB stellt weiteren Antrag an das Kartellgericht: BWB Bundeswettbewerbbehörde (Link vom 16.8.2022).

28 Zur Berichterstattung: BWB führt ergänzende Hausdurchsuchungen im Bereich Abfallwirtschaft durch: BWB Bundeswettbewerbbehörde (Link vom 16.8.2022).

29 Zur Berichterstattung: Bundeswettbewerbbehörde bestätigt Hausdurchsuchungen in Markt für Pellets: BWB Bundeswettbewerbbehörde (Link vom 21.11.2022).

3. Bei Verwendung des Kartellformblatts: Einbau einer entsprechenden Passage und Verweis auf das Formblatt in den Ausschreibungsunterlagen (siehe Muster weiter unten)

Vorgehen bei der Eignungsprüfung (unter Verwendung des Formblatts)

1. Bieter muss im Formblatt einen von drei (sich wechselseitig im Regelfall ausschließenden) Fällen auswählen, grob zusammengefasst sind das die folgenden Möglichkeiten:
 - Punkt 01: „ich bin/war nicht in ein Kartell verwickelt“
 - Punkt 02: „gegen mich wird wegen eines Kartellverdachts ermittelt“
 - Punkt 03: „gegen mich gibt es eine rechtskräftige Entscheidung wegen Involvierung in ein Kartell“
2. Bei Auswahl von Punkt 03 (= hinreichend plausible Anhaltspunkte für Kartellabsprachen iSd § 78 Abs 1 Z 4 BVergG sind damit erfüllt):
 - Bieter wird bereits auf Basis des Formulars aufgefordert, Selbsteinigungsmaßnahmen darzustellen und wird dies in der Regel von selbst tun
 - falls der Bieter nicht proaktiv Selbstreinigungsmaßnahmen darstellt, ist der Bieter aufzufordern, diese darzulegen
 - wählt der Bieter Punkt 02 aus, steht es dem öffentlichen Auftraggeber je nach Sachverhalt frei, bereits Selbstreinigungsmaßnahmen zu fordern (bei Auswahl von Punkt 03 sind diese jedenfalls zu fordern).

Vorgehen bei der Eignungsprüfung (ohne Verwendung des Formblatts)

1. Hinweis auf mögliche Kartellabsprachen wird sich in diesem Fall am ehesten im Rahmen der allgemeinen Eignungsprüfung durch Aufscheinen eines laufenden Ermittlungsverfahrens in der Verbandsregisterauskunft ergeben.
2. Bei Hinweis auf Kartellabsprachen:
 - Aufforderung an den Bieter zum Nachweis von Selbstreinigungsmaßnahmen (siehe dazu im nächsten Punkt)

Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen

1. **Rechtliche Ausgangssituation:** bei Verdacht auf Kartellverstößen ist **IMMER** ein kontradiktorisches Verfahren zu initiieren:
 - ein **Ausschluss des Bieters ohne Vorhalt des Vorwurfs und Gelegenheit zur Selbstreinigung ist unzulässig!**

2. **Bieter ist zum Nachweis von Selbstreinigungsmaßnahmen** iSd § 83 Abs 2 BVergG unter Setzung einer angemessenen Frist (in der Regel: 7-14 Tage) **aufzufordern** (sofern er das nicht ohnehin proaktiv macht)

3. Die **vom Bieter jeweils gesetzten Selbstreinigungsmaßnahmen** sind jeweils **im Einzelfall** anhand des **konkreten Vergabeverfahrens** zu prüfen:
 - es kann hier **kein allgemeiner Standard vorgegeben werden**, einige der Prüfschritte hängen zB von der Größe des Bieterunternehmens ab (kleineren Unternehmen wird man zB weniger Umsetzungsmaßnahmen in Hinblick auf Compliance-Systeme zumuten als großen usw)

4. Zusammenfassung der Voraussetzung für erfolgreiche Selbstreinigung iSd § 83 Abs 2 BVergG in aller Kürze:

Z 1 (Schadensausgleich):
Nachweis kann bei strittigen Forderungen wohl nur durch Abgabe eines Anerkenntnisses erbracht werden -> dies gilt aber wohl nur, wenn es sich um einen Auftraggeber handelt, der durch ein konkretes Kartell unmittelbar geschädigt wurde (ansonsten besteht für den AG keine Möglichkeit, die Angaben des Bieters zu prüfen). Bei anderen (nicht unmittelbar betroffenen) Auftraggebern wird man hier einen allgemeinen Nachweis vom Bieter verlangen (und gelten lassen) müssen, welche Maßnahmen er zum Schadensausgleich gesetzt hat.

Z 2 (Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden):
Bei Bieter, der Kronzeugenstatus im Verfahren vor der BWB erlangt hat, ist dieses Kriterium wohl ohne Weiteres als erfüllt anzunehmen. In anderen Konstellationen ist im Einzelfall vom Bieter genau darstellen zu lassen, mit welcher Behörde er wie zusammengearbeitet hat.

Z 3 (Umsetzung konkreter Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Verfehlungen):
ist stark einzelfallabhängig und jeweils an Hand der konkreten Unternehmensgröße und der Schwere des Vorwurfs zu beurteilen – bekannte „Kartellanten“ wie STRABAG und PORR setzten hier standardmäßige Schreiben mit der Darstellung der umgesetzten Maßnahmen ein, die in der Regel als ausreichend zu bewerten sind.³⁰

5. **Bewertung der Voraussetzungen** nach § 83 Abs 2 BVergG liegt im **Ermessen** des jeweiligen **öffentlichen Auftraggebers** und ist **einzelfallabhängig**.
Wenn nur **eine dieser Voraussetzungen nicht als erfüllt** angesehen wird, ist der **Bieter zwingend auszuschließen**; ebenso, wenn er **geforderte Aufklärungen/Nachforderungen nicht liefert**.

6. Das **Ergebnis** und die **Begründung** für die (erfolgreiche) **Selbstreinigung ist im Vergabevermerk zu dokumentieren!**

³⁰ So etwa auch BVwG W187 2246496-2 vom 24.11.2021.

FORMBLATT Erklärung des Bewerbers/Bieters zu Kartellverstößen

Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein Vergabeverfahren, bei welchem der Auftraggeber aufgrund von entsprechender Medienberichterstattung davon ausgeht, dass Bewerber/Bieter teilnehmen könnten, die in der Vergangenheit möglicher Weise an unzulässigen Kartellabsprachen, insbesondere iSd § 1 KartellG oder Art 101 Abs 1 AEUV oder an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in einem Vergabeverfahren iSd § 168b StGB beteiligt waren.

Aus diesem Grund haben alle am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmende Bieter/Bewerber anzugeben, welcher der nachstehend geregelten Fälle (Punkt 0.1 oder 0.2 oder 0.3) auf sie zutrifft und den entsprechenden Punkt anzukreuzen bzw. samt allenfalls erforderlicher ergänzender Informationen auszufüllen.³¹

1. Der Bieter/Bewerber bestätigt, dass er an keiner unzulässigen Kartellabsprache, insbesondere iSd § 1 KartellG oder Art 101 Abs 1 AEUV oder an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in einem Vergabeverfahren iSd § 168b StGB **beteiligt** war

Ich (wir) bestätige(n) diese Angabe.	
--------------------------------------	--

ODER

Der Bieter/Bewerber bestätigt, dass er der Beteiligung an einer unzulässigen Kartellabsprache, insbesondere iSd § 1 KartellG oder Art 101 Abs 1 AEUV oder an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in einem Vergabeverfahren iSd § 168b StGB **bezichtigt** wurde, dies aber nicht zutreffend ist/war und auch kein Ermittlungsverfahren gegen den Bieter/Bewerber eingeleitet wurde.

Ich (wir) bestätige(n) diese Angabe.	
--------------------------------------	--

ODER

Der Bieter/Bewerber bestätigt, dass er **in einem Ermittlungsverfahren als Beschuldiger** wegen des Vorwurfs der Beteiligung an einer unzulässigen Kartellabsprache, insbesondere iSd § 1 KartellG oder Art 101 Abs 1 AEUV oder an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in einem Vergabeverfahren iSd § 168b StGB geführt wurde, dieses aber eingestellt wurde.

Ich (wir) bestätige(n) diese Angabe.	
--------------------------------------	--

31 Sollte ein Bewerber/Bieter zum Zeitpunkt der Abgabe der nachfolgenden Erklärung einen Kronzeugenstatus iSd § 11b WettbG oder einen vergleichbaren Status nach einer anderen Bestimmung haben, aus welchem sich eine Verschwiegenheitsverpflichtung über die vom Bewerber/Bieter zu vertretenden bzw diesem vorgeworfenen Verstoß gegen das Wettbewerbs-, Kartell- bzw Strafrecht gegenüber dem Auftraggeber ergibt, kann dieser Verstoß bei den nachfolgenden Angaben außer Acht bleiben, allerdings nur soweit und solange der Bewerber/Bieter tatsächlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Der Bewerber/Bieter hat nach Ende einer allfälligen Verschwiegenheitspflicht dies dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen und die Gründe für die Verschwiegenheitsverpflichtung darzulegen. Zudem ist dieses Formular vollständig und wahrheitsgemäß ausgefüllt unverzüglich nachzureichen, wobei in diesem Fall auch entsprechende Selbstreinigungsmaßnahmen iSd § 83 Abs 2 BVergG nachzuweisen sind.

2. Es ist anzunehmen, dass aus einem eingeleiteten Verfahren bzw. einer Verfahrenshandlung ein Ausschluss resultieren könnte, wenn:

- bezugnehmend auf § 168b StGB (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) oder nach den §§ 146 ff StGB (Betrug, sofern sich der Vorwurf inhaltlich auf unzulässige Kartellabsprachen oder auf Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bezieht) ein Ermittlungsverfahren geführt wird **und/oder**
- die zuständige Strafverfolgungsbehörde Anklage oder Strafantrag gemäß § 168b StGB oder gemäß den §§ 146 ff StGB (Betrug, sofern sich der Vorwurf inhaltlich auf unzulässige Kartellabsprachen oder auf unzulässige Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bezieht) erhoben bzw. eingebracht hat **und/oder**
- ein Antrag gemäß §§ 26 bis 29 KartellG gestellt wurde **und/oder**
- die Europäische Kommission oder eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates der Europäischen Union ein Verfahren gemäß Artikel 101 und 102 AEUV eingeleitet hat **und/oder**
- bereits eine Entscheidung wegen einem der in den vorhergehenden Punkten erwähnten Vorwürfe des Kartellgerichts oder eines Strafgerichts erlassen wurde, diese aber noch nicht rechtskräftig ist.

Das Vorliegen eines derartigen Verhaltens zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung führt noch nicht automatisch zu einem Ausschluss des Bieters/Bewerbers. Ein Ausschluss erfolgt erst zu jenem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass durch dieses Verhalten ein gesetzlicher Ausschlussgrund verwirklicht worden ist.

Es wurde ein Verfahren eingeleitet bzw. eine Verfahrenshandlung gesetzt bzw. wurde eine (noch nicht rechtskräftige) Entscheidung erlassen, welche(s) darauf hindeutet, dass zukünftig ein Ausschlussgrund vorliegen könnte.	JA	NEIN
---	----	------

Der Bieter/Bewerber hat im Folgenden eine kurze Darstellung des Sachverhalts (Verfahrensgegenstand, Verfahrensstadium, Tatbestand, Zeitpunkt/Zeitraum der vorgeworfenen Handlungen) zu erstatten:

Kurzbeschreibung:

31 Sollte ein Bewerber/Bieter zum Zeitpunkt der Abgabe der nachfolgenden Erklärung einen Kronzeugenstatus iSd § 11b WettbG oder einen vergleichbaren Status nach einer anderen Bestimmung haben, aus welchem sich eine Verschwiegenheitsverpflichtung über die vom Bewerber/Bieter zu vertretenden bzw. diesem vorgeworfenen Verstoß gegen das Wettbewerbs-, Kartell- bzw. Strafrecht gegenüber dem Auftraggeber ergibt, kann dieser Verstoß bei den nachfolgenden Angaben außer Acht bleiben, allerdings nur soweit und solange der Bewerber/Bieter tatsächlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Der Bewerber/Bieter hat nach Ende einer allfälligen Verschwiegenheitspflicht dies dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen und die Gründe für die Verschwiegenheitsverpflichtung darzulegen. Zudem ist dieses Formular vollständig und wahrheitsgemäß ausgefüllt unverzüglich nachzureichen, wobei in diesem Fall auch entsprechende Selbstreinigungsmaßnahmen iSd § 83 Abs 2 BVergG nachzuweisen sind.

Zudem hat der Bieter/Bewerber in diesem Fall mit dem Angebot/dem Teilnahmeantrag auch eine aktuelle Registerauskunft für Verbände gemäß § 89m GOG zu übermitteln. Dabei kann der Unternehmer schon jetzt darlegen, dass bereits **Selbstreinigungsmaßnahmen** gemäß § 83 Abs 2 BVergG 2018 gesetzt wurden, die geeignet sind, die erneute Verwirklichung eines solchen Verhaltens zu verhindern.

Der Bieter/Bewerber ist verpflichtet, den Auftraggeber im Laufe des weiteren Vergabeverfahrens sowie – im Auftragsfall – während der laufenden Vertragsdauer über die etwaige Verwirklichung eines Ausschlussgrundes umgehend zu informieren.

3. Gegen den Bieter/Bewerber liegt eine rechtskräftige Entscheidung des Kartellgerichts (wovon auch „Settlements“ erfasst sind) wegen einer unzulässigen Kartellabsprache und/oder eine rechtskräftige Verurteilung nach § 168b StGB oder nach §§ 146 ff StGB (sofern sich der Vorwurf inhaltlich auf unzulässige Kartellabsprachen oder Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bezieht), womit ein Ausschlussgrund iSd § 78 Abs 1 Z 1, 4 und/oder 5 BVergG verwirklicht sein kann, es wurden jedoch Selbstreinigungsmaßnahmen gesetzt:

Rechtskräftig festgestellter Kartellverstoß	nicht gegeben	gegeben – Selbstreinigung?		Entscheidungs- datum
		JA	NEIN	
Rechtskräftige Entscheidung durch das Kartellgericht				
Rechtskräftige Entscheidung durch das Kartellgericht in Form eines „Settlements“				
Rechtskräftige Verurteilung nach § 168b StGB				
Rechtskräftige Verurteilung nach §§ 146 ff StGB (Betrug, sofern sich der Vorwurf inhaltlich auf unzulässige Kartellabsprachen oder Absprachen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bezieht)				

Sofern der Bewerber/Bieter in der obigen Tabelle in auch nur einem Feld „gegeben“ angekreuzt hat, sind die von ihm ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen in einem beizulegenden Dokument im Detail auszuführen.

Textbaustein zum Formblatt Kartellverstoß (für TNU oder AU – je nach Verfahrensart)

Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein Vergabeverfahren, bei welchem der Auftraggeber aufgrund von entsprechender Medienberichterstattung davon ausgeht, dass Bewerber/Bieter teilnehmen könnten, die in der Vergangenheit möglicher Weise an unzulässigen Kartellabsprachen, insbesondere iSd § 1 KartellG oder Art 101 Abs 1 AEUV oder an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in einem Vergabeverfahren iSd § 168b StGB beteiligt waren.

Aus diesem Grund haben alle am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmende Bieter/Bewerber das „Formblatt Kartellverstoß“ auszufüllen und dort anzugeben, welcher der dort geregelten Fälle (Punkt 0.1 oder 0.2 oder 0.3) auf sie zutrifft und den entsprechenden Punkt anzukreuzen bzw. samt allenfalls erforderlicher ergänzender Informationen auszufüllen.