

Zeitschrift für

VERGABERECHT

UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Juni 2015

06

225 – 272

Vergaberecht**BVergG-Novelle 2015***Albert Oppel* ↻ 229**BVwG – Aufschiebende Wirkung bei Revisionen gegen Aufhebung eines Vertrages?** *Georg Gruber/Thomas Gruber* ↻ 232**BVwG – Die Ausschreibung einer Altlastensanierung auf dem Prüfstand, Teil I** *Georg Gruber/Thomas Gruber* ↻ 234**BVwG – Abweisung, abseits fehlender Antragslegitimation** *Reinhard Grasböck* ↻ 242**LVwG Wien – Abweichung vom Ausschreibungstext** *Albert Oppel* ↻ 246**LVwG Oberösterreich – Vertiefte Angebotsprüfung im Nachprüfungsverfahren** *Albert Oppel* ↻ 248**VwGH – Vergabevorhaben bei wiederkehrenden Leistungen** *Matthias Öhler* ↻ 251**EuGH – Ist wirklich jeder Wettbewerbsverstoß schon ein Ausschlussgrund?** *Thomas Hamerl* ↻ 254**EuGH – Direktvergabe dringender Krankentransportdienstleistungen im USB** *Bernt Elsner/Marlene Wimmer* ↻ 256**VfGH – Gebührenregelungen im Nachprüfungsverfahren vor dem BVwG** *Sigmund Rosenkranz* ↻ 259Bauvertragsrecht**Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers** *Albert Oppel* ↻ 263**OGH – Ansprüche sind auf die richtigen Grundlagen zu stützen** *Albert Oppel* ↻ 268**MUSTER – Niederschrift über die Übernahme** *Johannes Bousek* ↻ 271

ZVB 2015/75

Art 45 Abs 2 lit d
RL 2004/18/EG;
Art 57 Abs 4 lit d
RL 2014/24/EU;
§ 68 Abs 1 Z 4
und 5,
§ 229 Abs 1 Z 4
und 5 BVergG

EuGH
18. 12. 2014,
C-470/13,
*Generali-
Providencia
Biztosító Zrt
gegen
Közbeszerzési
und Hatóság
Közbeszerzési
Döntőbizottság*

berufliche
Zuverlässigkeit;
schwere
Verfehlung,
welche die
Integrität
in Frage stellt;
Verstoß gegen
nationales Wett-
bewerbsrecht als
Ausschlussgrund

→ Ist wirklich jeder Wettbewerbsverstoß schon ein Ausschlussgrund?

§ 68 Abs 1 BVergG

Jeder festgestellte Wettbewerbsverstoß kann einen Ausschlussgrund darstellen.

Sachverhalt:

Im Jahr 2006 wurde Generali wegen vertikaler Absprachen mit verschiedenen Automobilvertragsgebern in Ungarn zu einer Geldbuße verurteilt und dieses Urteil letztlich durch den ungarischen OGH bestätigt. Im Jahr 2011 nahm Generali an einem Vergabeverfahren teil und wurde ausgeschlossen, weil sie aufgrund ihres durch ein rechtskräftiges Urteil bestätigten Verstoßes gegen das nationale Wettbewerbsrecht unter einen in der Ausschreibung ausdrücklich genannten Ausschlussgrund des ungarischen Vergabegesetzes falle.

Aus den Entscheidungsgründen:

33 Nichts in den dem Gerichtshof vorgelegten Akten oder den Erklärungen der in Art 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union bezeichneten Beteiligten erlaubt die Feststellung, dass die Anwendung des Ausschlussgrundes nach § 61 Abs 1 lit a Kbt in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren fraglichen eine – zumindest mittelbare – Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder einen Verstoß gegen die Transparenzpflicht darstellen könnte. Insoweit ist daran zu erinnern, dass der öffent-

liche AG in der Ausschreibung ausdrücklich angegeben hat, dass der in dieser Vorschrift des Kbt genannte Ausschlussgrund für den Auftrag gelte.

34 In Bezug auf den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern von einem öffentlichen Auftrag im Kontext der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art 49 und 56 AEUV ist darauf hinzuweisen, dass nach Art 45 Abs 2 lit d RL 2004/18/EG jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden kann, der „im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen [hat], die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde“.

35 Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Begriff „Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ iS der letztgenannten Vorschrift jedes fehlerhafte Verhalten umfasst, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat, und nicht nur Verstöße gegen berufsethische Regelungen im engen Sinne des Berufsstands, dem dieser Wirtschaftsteilnehmer angehört (vgl in diesem Sinne EuGH 13. 12. 2012, C-465/11, *Forposta und ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, Rz 27). Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Begehung eines Verstoßes

gegen Wettbewerbsrecht, insbesondere wenn dieser Verstoß mit einer Geldbuße geahndet wird, einen unter Art 45 Abs 2 lit d RL 2004/18/EG fallenden Ausschlussgrund darstellt.

[...]

37 Im Übrigen ergibt sich aus dem 101. ErwGr der nach den im Ausgangsverfahren maßgeblichen Ereignissen erlassenen RL 2014/24/EU, wonach die öffentlichen AG die Möglichkeit erhalten sollten, Wirtschaftsteilnehmer zB wegen eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln auszuschließen, da ein solches Fehlverhalten die Integrität eines Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellen kann, dass der oben in Rz 35 des vorliegenden Urteils genannte Ausschlussgrund

im Hinblick auf das Unionsrecht als gerechtfertigt anzusehen ist. Überdies ist dieser Ausschlussgrund in Art 57 Abs 4 lit d zit RL klar und eindeutig vorgesehen.

[...]

39 Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass die Art 49 und 56 AEUV der Anwendung einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, durch die ein Wirtschaftsteilnehmer, der einen durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil festgestellten Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, für den er mit einer Geldbuße belegt wurde, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird.

Jede Verletzung von Wettbewerbsrecht ist eine schwerwiegende Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit, welche die Integrität des Bieters in Frage stellt.

Anmerkung:

Aus der Urteilsbegründung des EuGH folgt offenbar, dass – entgegen dem Urteilstenor, der nur von Wettbewerbsverstößen spricht, die durch Gerichtsurteil rechtskräftig festgestellt wurden – jede Verletzung des Wettbewerbsrechts einen Ausschlussgrund darstellt. Wirklich jede?

Für den Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG hält der EuGH fest, dass die Begehung eines Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht einen unter Art 45 Abs 2 lit d fallenden Ausschlussgrund darstellt. Lit d regelt die sogenannte im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangene schwere Verfehlung, die vom öffentlichen AG nachweislich festgestellt wurde. Diese Bestimmung ist in Österreich durch § 68 Abs 1 Z 5 BVergG¹⁾ als zwingender Ausschlussgrund umgesetzt und für den Sektorenbereich durch § 229 Abs 2 Z 5 BVergG als fakultativer Ausschlussgrund. Die RL 2004/18/EG überlässt es den Mitgliedstaaten, ob sie dafür zwingende Ausschlussgründe vorsehen oder nicht.²⁾

Nach Ansicht des EuGH – zumindest in 18. 12. 2014, C-470/13 – handelt es sich dabei stets um einen Ausschluss gem Art 45 Abs 1 lit d RL 2004/18/EG.

Da in Österreich wettbewerbsbeschränkende Absprachen in Vergabeverfahren sogar gerichtlich strafbar sind (§ 168 b StGB), kommt ein Ausschlussgrund hinzu, nämlich § 68 Abs 1 Z 4 BVergG, also ein rechtskräftiges Urteil, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Das würde Art 45 Abs 2 lit c RL 2004/18/EG entsprechen, die der EuGH aber trotz einer dahingehenden Frage im Vorabentscheidungsersuchen nur deshalb nicht prüft, weil im Anlassfall nach ungarischem Recht keine gerichtliche Strafe verhängt wurde, sondern bloß eine Geldbuße.

Im Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU wird es keine Bestimmung mehr geben, welche der gerichtlichen Verurteilung entspricht, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Alle diese Fälle müssen künftig eine schwere Verfehlung darstellen, welche im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangen und vom AG nachweislich festgestellt worden sein muss (Art 57 Abs 4 lit c RL 2014/24/EG). Da Wettbewerbsverstöße im privaten Bereich kaum denkbar sind und ein rechtskräftiges gerichtliches Urteil jedenfalls eine Feststellung des Verstoßes durch den AG ermöglicht, tritt diesbezüglich durch die RL 2014/24/EU keine inhaltliche Änderung ein.

Nicht so offensichtlich ist angesichts der deutlich unterschiedlichen Schwere, die Wettbewerbsverstöße haben können, dass jeder Verstoß einen Ausschlussgrund darstellt – genauer gesagt: durch die Mitgliedstaaten als (auch zwingender) Ausschlussgrund vorgesehen werden darf. Auf der einen Seite handelt es sich um gerichtlich strafbare Handlungen (§ 68 Abs 1 Z 4 BVergG) oder wenigstens um „schwere Verfehlungen“ (Z 5 leg cit). Die RL 2014/24/EU spricht sogar von schweren Verfehlungen, die die Integrität des Bieters in Frage stellen. Im ungarischen Anlassfall war zumindest eine Geldbuße zu verhängen. In anderen Fällen kann es sich um nur geringe Verstöße handeln, die eine kleine Geldbuße nach sich gezogen haben.

Der EuGH zerstreut in Rz 35 und 37 des Urteils derartige Zweifel: Ja, jeder Wettbewerbsverstoß kann ein Ausschlussgrund sein. Dabei beruft er sich vor allem auf den 101. ErwGr der RL 2014/24/EU. Danach sollen öffentliche AG tatsächlich die Möglichkeit erhalten, Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, die sich wegen schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln als unzuverlässig erwiesen haben.

Gem Rz 36 des Urteils gilt das umso mehr(!) im Unterschwellenbereich.

Daran ändert auch der neue Ausschlussgrund gem Art 57 Abs 1 lit d RL 2014/24/EU nichts, der sich ausdrücklich auf Wettbewerbsverstöße, von diesen aber nur auf Absprachen, bezieht. Der diesbezügliche Verweis des EuGH in Rz 37 ist vielleicht verwirrend. Die lit d ist nämlich nur eine Sonderbestimmung, welche die Anforderungen an die Qualität des Nachweises bei Vereinbarungen herabsetzt, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen. Solche Vereinbarungen sind schwerer nachzuweisen als andere Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht. Deshalb lässt lit d schon hinreichend plausible Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solchen Absprache ausreichen, damit der AG einen beteiligten Bieter ausschließen darf. Für alle anderen Wettbewerbsverstöße gilt aber lit c, die einen Nachweis durch den AG auf geeignete Weise fordert. →

1) IdF BGBl I 2013/128.

2) EuGH 9. 2. 2006, C-226/04 und C-228/04, *La Cascina*, Rz 21.



In diesem Zusammenhang ist noch daran zu erinnern, dass öffentliche Aufträge einem möglichst umfassenden Wettbewerb offenzustehen haben.³⁾ Weil diese Sicherstellung des Wettbewerbs Aufgabe jedes AG ist, ist es konsequent, ihm zu erlauben, Bieter, die bei anderer Gelegenheit den Wettbewerb eingeschränkt haben, vom Vergabeverfahren auszuschließen. Allerdings ist bei der Nachweisführung das Verbot der Selbstbeschuldigung zu beachten.

Lediglich bei extrem geringfügigen Verstößen, wo ein Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig⁴⁾ wäre,

lässt die RL 2014/24/EU gem Art 57 Art 4 letzter Satz die Möglichkeit offen, in Österreich eine Ausnahme vom zwingenden Ausscheiden anzudenken, wie das bei geringfügigen Rückständen mit Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern gem Art 57 Abs 3 RL 2014/24/EU zulässig ist.

Thomas Hamerl

3) EUGH 23. 12. 2009, C-305/08, *CoNISMa*, Rz 37.

4) Vgl EuGH 23. 12. 2009, C-376/08, *Serrantoni*, Rz 41, und 10. 7. 2014, C-358/12, *Libor*, Rz 36.