

Vergaberechtliche Zuverlässigkeit eines Teilnehmers im Vergabeverfahren

(GWB/VgV/VOL/A)

Im Vergabeverfahren hat die Vergabestelle vorrangig die Kriterien zu prüfen, die erforderlich sind, um aus dem Kreis der Bewerber / Bieter (Teilnehmer) die für eine mögliche Auftragserteilung Geeigneten zu selektieren.

Eine Vergabe an einen nicht geeigneten Teilnehmer ist ausgeschlossen (§ 97 Abs. 4 GWB, § 2/§ 2 EG Abs. 1 VOL/A).

Zur Feststellung der Eignung prüft die Vergabestelle, ob der Teilnehmer fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist. Die im GWB genannte Gesetzestreue ist Bestandteil der Zuverlässigkeit.

Die Prüfung der Zuverlässigkeit endet mit einer Prognoseentscheidung. Hat der Teilnehmer belegt, dass er bisher seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist (gesetzestreu gehandelt hat) und frühere Verträge erfüllt hat, so ist anzunehmen, dass auch der ausgeschriebene Auftrag einwandfrei ausgeführt wird. Die Eigenschaft der Zuverlässigkeit des Teilnehmers wird dann von der Vergabestelle auch für die Zukunft als gegeben prognostiziert.

Zur Zuverlässigkeit sind in den § 6/§ 6 EG VOL/A Ausschlussstatbestände definiert, die bei Kenntnis der Vergabestelle einen Verfahrensausschluss erzwingen oder diesen in ein eng begrenztes Ermessen stellen. Bei den sogenannten „nachrangigen“ Leistungen ist der § 6 VOL/A (Abschnitt 1) einschlägig. Hier soll insbesondere der Abs. 5 lit. c (die ‚nachweislich schwere Verfehlung‘ eines Bewerbers) beleuchtet werden, da Bewerber das Ausmaß dieser Vorschrift oft nicht erkennen.

Eine schwere Verfehlung kann zum Verfahrensausschluss führen. Bei einer Verfehlung handelt es sich um jedes schuldhafte Verhalten, das Einfluss auf die Zuverlässigkeit des Bewerbers hat. Der Tatbestand der schweren Verfehlung ist erfüllt, wenn die schuldhaft begangene Verfehlung dazu noch erhebliche Auswirkungen hat (z.B. Verletzung besonders schützenswerter Rechtsgüter, Entstehung eines erheblichen Schadens). Unter einer schweren Verfehlung sind beispielsweise die Bildung krimineller Vereinigungen, Geldwäsche, Bestechung, Untreue, der Betrug und Kartellvergehen zu subsumieren.

Sofern die schwere Verfehlung nicht durch einen Bewerber als natürliche Person begangen wurde sondern von einer verantwortlich handelnden Person in einem Unternehmen, und dieses Unternehmen am Verfahren teilnimmt, wird die schwere Verfehlung der betroffenen Person dem Unternehmen unmittelbar zugerechnet.

Die schwere Verfehlung stört das für eine erfolgreiche Auftragsausführung erforderliche Vertrauen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer in schwerwiegender Weise. Deshalb kann die nachgewiesene schwere Verfehlung dazu führen, dass der Bewerber von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Die Vergabestelle ist im Rahmen der Eignungsprüfung bei Kenntnis über eine schwere Verfehlung verpflichtet, den Bewerber diesbezüglich umfassend zu prüfen und hat zu entscheiden, ob ein Verfahrensausschluss erforderlich wird.

Der gesicherte Nachweis der schweren Verfehlung ist erbracht, wenn z.B. eine rechtskräftige Verurteilung, ein rechtskräftiger Strafbefehl oder ein rechtskräftiger Bußgeldbescheid vorliegt. Die Vergabestelle ist allerdings auch schon bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte zum Ausschluss berechtigt, sofern diese auf gesicherter Erkenntnis beruhen.

Der durch eine schwere Verfehlung belastete Bewerber, sofern er nicht als natürliche Person am Wettbewerb teilnimmt, hat allerdings die Möglichkeit, sich selbst zu reinigen. Die sogenannte „Selbstreinigung“ ist durch die nationale Rechtsprechung im deutschen Vergaberecht etabliert und wird nach nationaler Umsetzung der in Kraft getretenen neuen EU-Vergaberichtlinien auch im weiteren europäischen Raum eingeführt.

Unter der Selbstreinigung ist grundsätzlich zu verstehen, dass der Bewerber Maßnahmen ergriffen haben muss, die für die Zukunft eine vergleichbare schwere Verfehlung, wegen der die Unzuverlässigkeit im Raum steht, möglichst ausschließen.

Bei kartellrechtlichen Verstößen gehören zur Selbstreinigung prinzipiell:

1. Die unverzügliche und vollständige Trennung von den vom Fehlverhalten betroffenen Gesellschaftern, Organen und Mitarbeitern!;
2. Die umfassende Aufklärung des Sachverhalts und dabei die Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden und ggf. Vergabestellen (im Rahmen der Eignungsprüfung);
3. Die Wiedergutmachung eventuell entstandenen Schadens, mindestens aber die Erklärung, dass nachweislich entstandener Schaden wiedergutmacht wird;
4. Die Vornahme erforderlicher struktureller und organisatorischer Maßnahmen, damit Verfehlungen wie die begangenen zukünftig unterbleiben (Compliance-Maßnahmen)

Bei anderen Verfehlungen ist einzelfallabhängig zu prüfen, welche Maßnahmen angebracht und anzuwenden sind. Die in Punkt 1 und 4 beschriebenen Maßnahmen scheinen grundsätzlich geeignet, eine Selbstreinigung glaubhaft darzulegen. Entscheidend ist aber der eigene Umgang eines Unternehmens (Bewerbers) mit diesem Fehlverhalten. Die ergriffenen Maßnahmen müssen geeignet sein, ein derartiges Fehlverhalten für die Zukunft auszuschließen, sie müssen auch belegbar und überprüfbar sein.

Die Vergabestelle wird bei einer diesbezüglichen Prognoseentscheidung sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Dabei werden auch Unternehmensstrukturen und -größe sowie der Einfluss der belasteten Personen und deren organisatorische Einordnung im Unternehmen bei der Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen beurteilt.

Bereits durchgeführte und nachweisbare Selbstreinigungsmaßnahmen des Bewerbers im Vorfeld eines Vergabeverfahrens können zu einer schnelleren Prognosefeststellung der wiederhergestellten Zuverlässigkeit durch die Vergabestelle führen.