

Vergaberechtliche Anforderungen an die Prüfung und Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber und Möglichkeit zur Abstandnahme vom Ausschluss

Zusammenfassende Übersicht *

von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Bezemek, BA, LL.M. (Yale)

Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft
Universität Graz

und

Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M. (EuR)

Institut für Staatsrecht und Politische Wissenschaften –
Abteilung für Öffentliches Unternehmensrecht
Johannes Kepler Universität Linz

26. August 2021

* Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf die gesonderten gutachterlichen Stellungnahmen zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 sowie zur Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 78 Abs 5

I. Zweck der Selbstreinigung

A. Selbstreinigung begründet einen Rechtsanspruch des Unternehmers

§ 83 Abs 1 BVergG 2018 erlaubt es Unternehmern, im Rahmen der sog **Selbstreinigung** ihre Zuverlässigkeit trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 oder 2 BVergG 2018 glaubhaft zu machen.¹ Normzweck ist die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit bzw der Integrität des Unternehmers durch Beseitigung der Folgen eines Fehlverhaltens und Sicherstellung der Zuverlässigkeit und Integrität für die Zukunft.²

§ 83 BVergG 2018 begründet ein **Recht des Unternehmers** im Sinne eines (auch unmittelbar unionsrechtlich gewährleisteten) Mindestschutzes: Jedem Unternehmer kommt nach der Rechtsprechung des EuGH das Recht darauf zu, nachzuweisen, dass die von ihm ergriffenen Maßnahmen ausreichen, um seine **Zuverlässigkeit trotz Vorliegens eines Ausschlussstatbestandes** zu belegen.³ Umgekehrt formuliert bedeutet

BVergG 2018 vom 26. August 2021 und geben die dort erzielten Ergebnisse übersichtsweise wieder.

¹ Angesichts der inhaltlichen Parallelbestimmungen der §§ 249 Abs 2 Z 3 und 254 BVergG 2018 für den Sektorenbereich wird in weiterer Folge nicht gesondert zwischen den Regelungen für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber unterschieden.

² So – für die vergleichbare deutsche Rechtslage – *Kling in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 32.

³ EuGH 14.1.2021, Rs C-387/19, *RTS*, Rz 26 ff. Vgl auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11. Siehe weiters VwGH 26.06.2019, Ra 2018/04/0161.

dies: Unternehmer dürfen – selbst wenn aus Sicht des Auftraggebers beispielsweise Anhaltspunkte für das Vorliegen von nachteiligen oder wettbewerbswidrigen Absprachen im Sinne des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 bestehen – **nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden**, wenn diese glaubhaft machen können, dass die ergriffenen Abhilfemaßnahmen ihre Zuverlässigkeit wiederherstellen.⁴

Wurden ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen (§ 83 Abs 2 BVergG 2018) nachgewiesen, besteht ein **Rechtsanspruch des Unternehmens**, trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt diesbezüglich **kein Ermessen** zu.⁵

2. Selbstreinigung als Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Konsequenz grundrechtlicher Verpflichtungen

Die Möglichkeit zur Selbstreinigung ist ein Ausfluss des – auch in § 20 Abs 1 BVergG 2018 verankerten – Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit**. Hat ein Unternehmer Maßnahmen ergriffen, die mit guten Gründen darauf schließen lassen, dass sich ein in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten in der Zukunft nicht mehr wiederholen wird, wäre es **unangemessen**, aus diesem Fehlverhalten weiterhin auf die vergabe-

⁴ EuGH 14.1.2021, Rs C-387/19, *RTS*, Rz 48 f. Siehe auch EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83.

⁵ Siehe schon Art 57 Abs 6 Vergabe-RL 2014/24/EU: „Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.“ Vgl auch *Gölles* in *Gölles* (Hrsg)

rechtliche Unzuverlässigkeit dieses Unternehmers zu schließen. Sind die Voraussetzungen der Selbstreinigung erfüllt, würde der Ausschluss des Unternehmens daher zu unverhältnismäßigen Ergebnissen führen.⁶ Insbesondere stünde ein automatischer Ausschluss, ohne Möglichkeit zur Stellungnahme und Prüfung der vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen, nach der Judikatur des VfGH in Widerspruch mit verfassungsrechtlichen Anforderungen, wie sie sich insbesondere aus dem **Gleichheitssatz** ergeben.⁷

3. Selbstreinigung als „*actus contrarius*“ zur Erfüllung eines Ausschlusstatbestands

Die Selbstreinigung des Unternehmers bezieht sich auf Tatbestände, die von § 78 Abs 1 und Abs 2 BVergG 2018 erfasst sind. Sie stellt dem Konzept nach einen „*actus contrarius*“ zur Erfüllung von Ausschlusstatbeständen dar.⁸ Sowohl die Glaubhaftmachung im Sinne des § 83 Abs 2 BVergG 2018 als auch die Prüfung und Bewertung der getroffenen Maßnahmen gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 setzen gemäß § 83 Abs 1 BVergG 2018 (wörtlich) die „**nachweisliche Kenntnis**“ des **Auftraggebers** vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes vo-

BVergG 2018 Kommentar, Art 78 Rz 58; weiters *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 5.

⁶ Vgl *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 4.

⁷ Vgl VfSlg 15.216/1998. Siehe auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 78 Rz 22.

⁸ So – für die vergleichbare deutsche Rechtslage – *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 32. Zur – hier nicht relevanten – Frage, inwieweit die Selbstreinigung für sämtliche Ausschlusstatbestände des § 78 BVergG 2018 in Betracht kommt, siehe EBRV 69. BlgNR 26. GP zu § 83.

raus. Jede auf dem Boden des § 83 Abs 2 BVergG 2018 unter Bezugnahme auf **das (potentielle) Vorliegen eines Ausschlussgrundes** getätigte Nachweisführung eines Unternehmers, die vom Auftraggeber gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 zu prüfen ist, bedingt regelungslogisch mit anderen Worten, dass dem Auftraggeber dieser (potentielle) Ausschlussgrund bekannt ist, diesbezüglich im Verfahren also **Zweifel an der Zuverlässigkeit des Unternehmers** entstanden sind – selbst wenn im Ergebnis vom Ausschluss des betreffenden Unternehmers Abstand genommen wird.

Wenn und sobald daher ein Unternehmer unter Hinweis auf die mögliche Verwirklichung eines Ausschlussstatbestands gemäß § 78 BVergG 2018 (zB aufgrund von Zweifeln an der Zuverlässigkeit wegen Beteiligung an einem Kartell) vom Auftraggeber dazu aufgefordert wird, Nachweise zur Darlegung der dennoch bestehenden Zuverlässigkeit (zB aufgrund zwischenzeitlich ergriffener Maßnahmen) vorzulegen bzw Erklärungen zum angelasteten Ausschlussstatbestand abzugeben, ist auf dem Boden des § 83 BVergG 2018 der **förmliche Mechanismus der Selbstreinigung** samt den damit einhergehenden Rechtsfolgen eingeleitet. Selbiges gilt, wenn der Unternehmer aus eigenem unter Hinweis auf die mögliche Verwirklichung eines Ausschlussstatbestands entsprechende Erklärungen zu einem konkreten Fehlverhalten abgibt bzw dazu Unterlagen an den Auftraggeber übermittelt. Den Auftraggeber trifft hier wie da gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 die Verpflichtung, zu prüfen, ob die Darlegungen des Unterneh-

Prüfung und Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber

mers für die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit ausreichend sind.⁹

Diese Prüfung findet nach dem Konzept des § 83 BVergG 2018 notwendig im Rahmen eines Selbstreinigungsverfahrens statt, wobei es hierfür **nicht als entscheidend anzusehen** ist, ob im konkreten Vergabeverfahren bei der Aufforderung zur Stellungnahme oder der Rechtfertigung des Unternehmers etwa explizit von Maßnahmen der „Selbstreinigung“ gesprochen wird, oder ob etwa allgemein zB von „Nachweisen“, „Unterlagen“, „Belegen“ oä die Rede ist.¹⁰ Sobald der Sache nach eine Beurteilung der Zuverlässigkeit im Sinne der § 83 Abs 1 bis 3 BVergG 2018 stattfindet, ist der vergaberechtliche Mechanismus des „Selbstreinigungsverfahrens“ – unbeschadet seines Ausgangs – in Gang gesetzt. Jedenfalls in diesem Moment ist damit beim Auftraggeber eine vergaberechtlich relevante „Wahrnehmung“ über das potentielle Vorliegen eines Ausschlussgrundes gegeben.¹¹

⁹ Siehe *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 16.

¹⁰ Vgl in diesem Zusammenhang auch *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 78 Rz 22.

¹¹ Eine andere Sichtweise – derzufolge zB argumentiert würde, dass trotz Aufforderung zur Rechtfertigung durch den Auftraggeber bzw trotz einschlägiger Stellungnahme durch den Unternehmer bei Nichtausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren eine Selbstreinigung dennoch nur stattfindet, wenn diese explizit als solche vom Auftraggeber „bezeichnet“ wird – würde verkennen, dass dem Auftraggeber auf dem Boden des § 83 BVergG 2018 eine eindeutige vergaberechtliche Pflicht zukommt (siehe *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann* [Hrsg] BVergG 2018 § 78 Rz 22) und das Recht des Unternehmers auf Selbstreinigung unterwandern (Umgehungsverbot).

II. Voraussetzungen der Selbstreinigung

Gemäß § 83 Abs 2 BVergG 2018 müssen für eine erfolgreiche Selbstreinigung folgende Maßnahmen gesetzt und vom Unternehmer nachgewiesen werden:

- Zahlung eines Ausgleichs für jeglichen durch die Verfehlung verursachten Schaden oder Verpflichtung zur Zahlung eines solchen Ausgleichs
- Aktive Zusammenarbeit des Unternehmers mit den Ermittlungsbehörden, um alle Tatsachen und Umstände der angelasteten Straftat/Verfehlung zu klären
- Setzen von effektiven (technischen, organisatorischen, personellen oder sonstigen) Maßnahmen

Generell gilt, dass den Unternehmern dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechend im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Selbstreinigung keine unangemessenen, insbesondere auch wirtschaftlich unververtretbaren Verpflichtungen auferlegt werden dürfen.¹² Das Instrument der Selbstreinigung ist daher auch etwa **nicht dazu angetan**, Generalprävention zu betreiben oder die Unternehmen für ein vergangenes Fehlverhalten zu „bestrafen“. Auch ist es nicht die Aufgabe der öffentlichen Auftraggeber, „Kartellschäden [...] zu regulieren“.¹³ Die öffentlichen Auftraggeber sind weder Strafverfolgungsbehörden noch Kartellbehörden, sondern bei Durchführung von Vergabeverfahren den Zielen einer **effizienten Beschaffung** unter Wahrung von Gleichbehand-

¹² Vgl – *mutatis mutandis* – VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.

¹³ So – für die vergleichbare deutsche Rechtslage – *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 13.

lungs-, Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verpflichtet.¹⁴

Diesen Anforderungen entsprechend sind auch die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, welcher Ausschlussgrund konkret in Rede steht und wie sich die konkreten Rahmenbedingungen gestalten.¹⁵ Im Besonderen hat der öffentliche Auftraggeber eine **Abwägung** zwischen der Schwere des angelasteten Verhaltens, der Konsequenz des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und der Eignung der getroffenen Maßnahmen vorzunehmen.¹⁶

Hinzuweisen ist hierbei darauf, dass der Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 gemäß Art 57 Abs 4 EU-Vergabe-RL 2014/24/EU zu den sog **fakultativen Ausschlussgründen** zählt.¹⁷ Insbesondere wird in Erwägungsgrund 102 der Vergabe-RL 2014/24/EU festgehalten, dass *„[b]ei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe [...] die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen [sollten].“* Wenngleich der in der österreichischen Vergabegesetzgebung eingeschlagene Umsetzungsweg in § 78 BVergG 2018 nicht zwischen ob-

¹⁴ So – für die vergleichbare deutsche Rechtslage – *Kling* in *Immen- ga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ (2021) § 125 GWB Rz 13. Siehe in diesem Zusammenhang auch EuGH 14.01.2021, Rs C-387/19, RTS, Rz 34.

¹⁵ Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11.

¹⁶ EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83.

¹⁷ „Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden“. Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11.

ligatorischen und fakultativen Ausschlussgründen unterscheidet, ist dennoch mit Sicht auf das Unionsrecht zu berücksichtigen, dass (unionsrechtlich gesehen) fakultative Ausschlussgründe in der Schwere des Fehlverhaltensvorwurfs generell typischerweise niedriger gewichtet werden¹⁸ und die öffentlichen Auftraggeber daher in besonderem Maße dazu verpflichtet sind, im Rahmen der Selbstreinigung auf die **Angemessenheit ihres Vorgehens** zu achten.¹⁹

Im Besonderen **bei laufenden Ermittlungsverfahren** wegen vermeintlicher Kartellierungen und dahingehend allenfalls im Lichte des § 78 Abs 2 Z 4 BVergG 2018 erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Wahrung der Angemessenheit daher eine hervorgehobene Bedeutung zu.²⁰

Im Lichte dessen muss es bei **umstrittenen Schadenersatzforderungen**, wie sie im Gefolge von Kartellrechtsverstößen regelmäßig zu Tage treten, den Unternehmern stets offenstehen, streitige Schadenersatzansprüche **gerichtlich zu klären**. Denn vielfach besteht bei Kartellrechtsverstößen während laufender Verfahren keine hinlängliche Klarheit darüber, ob ein Schaden verursacht wurde und gegebenenfalls welchen Unternehmen (Personen) in welcher Höhe Schäden

¹⁸ Zur Beachtlichkeit des „Gewichts“ der Ausschlussgründe vgl auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 112 in FN 179. Nach Maßgabe dessen wird etwa in der dt Rechtslage davon ausgegangen, dass an die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen bei obligatorischen Ausschlussgründen (vgl § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018) höhere Maßstäbe anzulegen sind als bei fakultativen Ausschlussgründen; siehe *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) *Vergaberecht*³ (2019) § 125 GWB Rz 43.

¹⁹ Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 14, 20.

²⁰ Siehe ausführlich *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, *ZVB* 2021, 123 (131).

entstanden sind.²¹ Es liegen insofern – in Ermangelung einer rechtskräftigen Feststellung der Ausgleichspflicht – eben gerade **keine offenkundigen Schäden** vor, die dem Grund und der (Mindest-)Höhe nach mit einer derartigen Sicherheit feststehen, dass sie keine ernsthaften tatsächlichen und rechtlichen Zweifel hervorrufen.²²

Aus rechtsstaatlichen²³ ebenso wie grundrechtlichen Erwägungen²⁴ darf pauschal aufgrund dieses Umstands aber die **erfolgreiche Selbstreinigung nicht versagt** und dem Unternehmer die Teilnahme am Vergabeverfahren verwehrt werden. Denn es wäre dem Unternehmer nicht zumutbar, möglicherweise unbegründete Schadenersatzforderungen, bei denen ernsthafte Zweifel über Grund und Höhe bestehen, vorweg anerkennen oder ausgleichen zu müssen.²⁵ Würde eine erfolgreiche Selbstreinigung tatsächlich nur bei gleichzeitiger erheblicher Verschlechterung der eigenen prozessualen Situation (zB Verjährungsverzicht),²⁶ wenn nicht gar dem Setzen eines unternehmensschädigenden Verhaltens (etwa bei gene-

²¹ Vgl auch *Jaeger*, ZWeR 2020, 246 (248).

²² Vgl *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, ZVB 2021, 123 (129); *Makarius/Hellweger*, BVergG 2018 - Selbstreinigung & Vergabe-Compliance - neue Anforderungen?, RPA 5/2019, 5 (6).

²³ Siehe insofern vor allem die Anforderungen des aus dem Legalitätsprinzip abgeleiteten Bestimmtheitsgebots gemäß Art 18 Abs 1 B-VG.

²⁴ Als maßgeblich erweisen sich vor allem das im Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG/Art 2 StGG geborgene Sachlichkeitsgebot sowie Anforderungen der Erwerbs(ausübungs)freiheit gemäß Art 6 StGG.

²⁵ Vgl auch EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83. Ein dahingehendes Gebot ist auch der Rsp des EuGH nicht zu entnehmen; vgl EuGH 24.10.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rz 30.

²⁶ Vgl *Deutschmann/Heid* in *Heid/Reisner* et al (Hrsg) BVergG 2018 Kommentar, Art 83 Rz 6.

reller Forderung eines Anerkenntnisses) ermöglicht,²⁷ wäre dies **verfassungsrechtlich jedenfalls als bedenklich** einzustufen. Dies nicht zuletzt im Vergleich der unterschiedlichen Situationen, in denen sich ein und derselbe Unternehmer befindet, je nachdem, ob die beabsichtigte Selbstreinigung vor oder nach rechtskräftiger Feststellung von Schadenersatzansprüchen stattfindet.²⁸

Nach diesen Maßgaben erscheint die in **§ 83 Abs 2 Z 1 BVergG 2018** enthaltene Anforderung, wonach der Unternehmer nachweisen muss, dass er *„einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat“*, besonders mit Blick auf § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 bei laufenden Ermittlungsverfahren in verfassungsrechtlicher Hinsicht als **überschießend** bzw bedarf bei verfassungskonformer Interpretation der inhaltlichen Reduktion. Denn wenn ein Schaden noch nicht rechtskräftig festgestellt wurde und dem Grunde nach strittig ist, kann vom Unternehmer in verhältnismäßiger (verfassungskonformer) Weise nicht gefordert werden, sich (pauschal) zur Zahlung womöglich letztthin unbegründeter Forderungen zu verpflichten. Dies umso mehr, wenn keine Klarheit darüber besteht, welchen potentiell berechtigten Dritten gegenüber durch den Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist –

²⁷ Vgl zu dieser Diskussion auch *Innerhofer/Mirtchev*, Wettbewerbsverstöße und ihre Auswirkungen auf die öffentliche Auftragsvergabe, ÖZK 13/2020, 50; *Makarius/Hellweger*, BVergG 2018 – Selbstreinigung & Vergabecompliance – neue Anforderungen?, RPA 2019, 5.

²⁸ Während zur einen Seite allenfalls auch grundlose Schadenersatzansprüche anerkannt werden müssten, ist zur anderen Seite (nur) die Zahlung des bereits rechtskräftig festgestellten Schadens gesollt. Für eine derartige Ungleichbehandlung auf der Zeitachse lässt sich kein sachlicher Grund erkennen.

Prüfung und Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber

und wem gegenüber daher überhaupt eine allfällige Verpflichtungszusage auszusprechen wäre.

In gebotener **verfassungskonformer Interpretation des § 83 Abs 2 Z 1 BVergG 2018** darf daher richtigerweise dann, wenn eine Ausgleichspflicht infolge eines schwebenden Verfahrens dem Grunde und der Höhe nach noch nicht rechtskräftig feststeht, vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Selbstreinigung hinsichtlich des Ausschlussstatbestands des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 weder verlangt werden, dass der (noch nicht rechtskräftig festgestellte) verursachte Schaden gezahlt wurde, noch dass sich der Unternehmer zur Zahlung eines Ausgleiches (eines dem Grunde und der Höhe nach strittigen Schadens) rechtsverbindlich verpflichtet hat. Zu relativieren ist infolgedessen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auch die vereinzelt anzutreffende Aussage, wonach in derartigen Konstellationen die Erklärung, *nur rechtskräftig festgestellte* Schadenersatzansprüche erfüllen zu wollen, als unzureichend anzusehen wäre.²⁹

²⁹ So etwa bei *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, ZVB 2021, 123 (130); die Entscheidung des VwG Wien (6.2.2020, VGW-123/072/16412/2019), auf die dort Bezug genommen wird, ist in einer spezifischen Konstellation ergangen und – auch dem Wortlaut des Erkenntnisses nach – wohl nicht in der implizierten Form verallgemeinerungsfähig.

III. Prüfung und begründete Bewertung der Selbstreinigungmaßnahmen durch den Auftraggeber

Die Unternehmen haben gemäß § 83 Abs 2 und 3 BVergG 2018 einen **Rechtsanspruch** darauf, dass die von ihnen getroffenen **Selbstreinigungsmaßnahmen** vom öffentlichen Auftraggeber **geprüft** werden.³⁰ Während sie darzulegen haben, dass konkrete Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen zu verhindern (§ 83 Abs 2 BVergG 2018), obliegt die Bewertung der von den Unternehmen getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen den öffentlichen Auftraggebern. Dabei verfügt der öffentliche Auftraggeber über gewisse Beurteilungsspielräume, **nicht aber über Ermessen**.³¹ Denn die Unternehmer haben, wurden ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen, einen **Rechtsanspruch** darauf, nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.³²

Bei ihrer Prüfung sind die öffentlichen Auftraggeber an die Grundsätze der **Verhältnismäßigkeit, Transparenz und Gleichbehandlung** gebunden. Auch dem Grundsatz der Wahrung der **Verteidigungsrechte** ist mit der Rechtsprechung des EuGH hinreichend Rechnung zu tragen; er verleiht den Unternehmern insbesondere das Recht, hinsichtlich der

³⁰ So auch Erwägungsgrund 102 Vergabe-RL 2014/24/EU. Weiters *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 16.

³¹ Siehe EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83.

³² So ausdrücklich EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83: „*kein Ermessen*“. Siehe auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 20.

sie beschwerenden Maßnahmen gehört zu werden.³³ Stets ist auf die besonderen Umstände des konkreten Falles abzustellen. Gegeneinander abzuwägen sind die festgestellten Verfehlungen und die unternehmensseitig gesetzten Maßnahmen.³⁴

Bei all dem hat der Auftraggeber **objektiv und nachvollziehbar** vorzugehen. Die Prüfung der Zuverlässigkeit gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 erfolgt in einem kontradiktorischen Verfahren.³⁵ Der Auftraggeber muss dem Unternehmer die festgestellten Verfehlungen im Sinne des § 78 Abs 1 und 2 BVergG 2018 vorhalten, wobei der Unternehmer „hinreichend konkret über die gegen ihn vorgebrachten Anschuldigungen“ zu informieren ist.³⁶ Dem Unternehmer ist sodann Gelegenheit zur Stellungnahme sowie zur Darlegung von Selbstreinigungsmaßnahmen zu geben.³⁷ Mit dem Vorbringen des Unternehmers muss sich der Auftraggeber umfassend auseinandersetzen, die notwendigen Ermittlungen vornehmen und im Hinblick auf die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit zu einer abschließenden Würdigung gelangen.³⁸

³³ EuGH 14.01.2021, Rs C-387/19, *RTS*, Rz 34. *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmnn*, BVergG 2018 § 78 Rz 22.

³⁴ *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmnn* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 16.

³⁵ Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 19: „Die Richtlinie verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, die vom betreffenden Wirtschaftsteilnehmer vorgetragene Argumente vor ihrer Entscheidung für oder gegen den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers vom Verfahren selbst dann zu prüfen, wenn sie der Auffassung sind, dass sie über Beweise für geheime Absprachen des Wirtschaftsteilnehmers verfügen.“

³⁶ So *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmnn* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 9.

³⁷ *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmnn* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 7.

³⁸ *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmnn* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 16. Vgl auch VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.

Hierbei unterliegt der Auftraggeber **Begründungs- und Dokumentationspflichten**: Erachtet er die Maßnahmen des Unternehmens als unzureichend, muss er diesen Umstand gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 dem Unternehmer im Rahmen der Ausscheidensentscheidung (§ 2 Z 15 BVergG 2018) gegenüber außenwirksam begründen.³⁹ Die relevanten Erwägungen für die Entscheidung müssen dabei so konkret dargelegt werden, dass deutlich wird, warum die Selbstreinigungsmaßnahmen – und welche Maßnahmen konkret – als nicht ausreichend angesehen wurden.⁴⁰ Anhand dieser **Begründung** wird es den **Verwaltungsgerichten** ermöglicht, im Zuge der Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung die Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers betreffend Selbstreinigung zu überprüfen. Die Pflicht zur Begründung hat daher eine wesentliche **Rechtsschutzfunktion**.⁴¹ Darüber hinaus besteht eine Pflicht zur Dokumentation des Ausschlusses im Vergabevermerk gemäß § 147 Abs 1 Z 4 BVergG 2018.

Sieht der Auftraggeber vom Ausschluss infolge erfolgreicher Selbstreinigung ab, besteht nach außen hin von Gesetzes wegen keine gesonderte Begründungspflicht der Entscheidung. Es muss aber eine nachvollziehbare und begründete **Dokumentation** des geprüften Ausschlussgrundes und der erfolgten Selbstreinigung **im Vergabeakt** stattfinden, weil es sich um einen wesentlichen Vorgang im Sinne des § 49 Abs 1

³⁹ Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11.

⁴⁰ Insoweit übertragbar Kaufmann in Pünder/Schellenberg (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 125 GWB Rz 49.

⁴¹ Siehe Kaufmann in Pünder/Schellenberg (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 125 GWB Rz 49.

Prüfung und Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber

BVergG 2018 handelt.⁴² Auch diesbezüglich unterliegt der Auftraggeber in einem allfällig späteren Nachprüfungsverfahren (etwa gegen die Zuschlagsentscheidung) der **Kontrolle durch das Verwaltungsgericht**.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen ist jener Zeitpunkt, in dem das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs 1 und 2 BVergG 2018 geprüft wird.⁴³

IV. Beginn des Fristenlaufes

Zum Fristenlauf gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 ist vorweg festzuhalten, dass es sich um einen **höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses** handelt⁴⁴ und die gesetzlich verankerten drei Jahre eine „*Höchstdauer für [...] Ausschlüsse*“⁴⁵ (unter anderem) gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 bilden.

⁴² So EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83. Siehe auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 21.

⁴³ Zutreffend wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Selbstreinigungsmaßnahmen zu diesem Zeitpunkt noch nicht notwendig abgeschlossen sein müssen. Vielmehr kommt es darauf an, dass im Sinne einer Prognosebeurteilung die erforderliche Zuverlässigkeit und Integrität des Unternehmens bei Auftragsausführung wieder hergestellt ist. Siehe – auf die österreichische Rechtslage übertragbar – *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) *Vergaberecht*³ (2019) § 125 GWB Rz 43. Vgl weiters zur Prognose *Makarius/Hellweger*, BVergG 2018 – Selbstreinigung & Vergabe-Compliance – neue Anforderungen?, RPA 1/2019, 7.

⁴⁴ Art 57 Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU. Siehe auch EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis* Rz 34 ff sowie die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11 („Höchstdauer des Ausschlusses“) und 21: „darf dieser Zeitraum [...] drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten“.

⁴⁵ Erwägungsgrund 101 Vergabe-RL 2014/24/EU.

Nach § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 beginnt der **Fristenlauf mit dem „betreffenden Ereignis“**. Wie die Gesetzesmaterialien ergänzen, soll es bezüglich des relevanten Zeitpunktes beim Tatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 auf die **„Wahrnehmung“ des Auftraggebers** ankommen; diese Wahrnehmung ist dem Unternehmer samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen.⁴⁶ Dies ergibt sich auch aus Art 57 Abs 4 lit d iVm Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU (arg: „*ab dem betreffenden Ereignis*“).⁴⁷

Ein Fristbeginn kommt damit in den Fällen des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 auch schon **vor Ergehen einer behördlichen/gerichtlichen Entscheidung** in Betracht; weder die EU-Vergabe-RL noch § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 machen den Fristenlauf vom Zeitpunkt der Erlassung der gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung abhängig. Dem steht auch die bisherige Judikatur des EuGH nicht entgegen,⁴⁸ gesicherte sonstige höchstgerichtliche Rechtsprechung in dieser Frage liegt gegenwärtig aber noch nicht vor.

Nimmt man an, dass der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 grundsätzlich schon dann eröffnet sein kann, wenn der Auftraggeber über „*hinreichend plausible Anhaltspunkte*“ für ein entsprechendes Fehlverhalten verfügt, sodass für einen Ausschluss eine dahingehend feststellende Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung nicht in jedem Fall unbedingt vorliegen müsste, muss – regelungssystematisch stringent –

⁴⁶ EBRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83. Vgl auch *Deutschmann/Heid in Heid et al* (Hrsg) BVergG 2018 (2019) § 83 Rz 17.

⁴⁷ Vgl *Bittner*, ZVB 5/2019, 210 (215).

⁴⁸ Siehe sogleich.

auch das „**betreffende Ereignis**“, auf das § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 Bezug nimmt, eben jenes angelastete Fehlverhalten sein, das den Ausschlusstatbestand begründet. Beginnt die Frist des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 damit aber „*ab dem betreffenden Ereignis*“ zu laufen, darf der Unternehmer nach einem **Maximalzeitraum von drei Jahren** nicht mehr aufgrund des vorgeworfenen Verhaltens ausgeschlossen werden. Auch eine spätere behördliche/gerichtliche Entscheidung (Verurteilung) ändert daran konsequenterweise nichts. Insbesondere darf der höchstzulässige Zeitraum des Ausschlusses von drei Jahren nicht verlängert oder sonst unterwandert werden.

Dem stehen weder Wortlaut noch Telos des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 entgegen. Gerade umgekehrt steht zu befürchten, dass eine Sichtweise, wonach es für den Fristenlauf des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 immer auf das Vorliegen einer wettbewerbsbehördlichen bzw gerichtlichen Entscheidung ankommen sollte, nicht nur ein in vergaberechtlicher Hinsicht system- und wertungswidriges Ergebnis zu Tage fördert, sondern auch mit beachtlichen verfassungsrechtlichen Bedenken konfrontiert wäre.⁴⁹

Im Ergebnis kann daraus mit guten Gründen insbesondere geschlossen werden, dass bei einer **in der Vergangenheit gesetzten wettbewerbswidrigen Verhaltensweise** im

⁴⁹ Siehe dazu sowie zu den weiteren Ausführungen eingehend die gesonderte gutachterliche Stellungnahme zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 vom 26. August 2021.

Sinne des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 und einem noch laufenden Ermittlungsverfahren (es liegt also noch keine behördliche/gerichtliche Entscheidung vor) das fristauslösende „betreffende Ereignis“ regelmäßig im Zeitpunkt der **Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens** zu sehen ist. Bezüglich des relevanten Zeitpunktes hat der Auftraggeber seine Wahrnehmung dem Unternehmer mitzuteilen;⁵⁰ diesem kommt ein Recht auf Stellungnahme und die Möglichkeit zu, allenfalls davon abweichend einen anderen maßgeblichen Zeitpunkt darzutun.

Dieser Fristenlauf gilt, wofür ebenfalls gute Gründe sprechen, in einem derartigen Fall auch unabhängig davon, ob hinsichtlich des Ausschlussstatbestands des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 im konkreten Vergabeverfahren eine **Selbstreinigung** gemäß § 83 Abs 2 und 3 BVergG 2018 gelingt oder es zum Ausschluss kommt. Auch wenn der Unternehmer aufgrund erfolgreicher Selbstreinigung im Vergabeverfahren verbleibt und kein Ausschluss stattfindet, hat der Auftraggeber vergaberechtlich relevante Wahrnehmungen zum Vorliegen des Ausschlussstatbestands und diese Wahrnehmungen – ebenso wie die Wahrnehmung betreffend des relevanten Zeitpunktes – im Vergabeakt zu dokumentieren.⁵¹ Damit aber ist davon auszugehen, dass unter einem die Rechtsfolge des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 aktiviert und die Dreijahresfrist ausgelöst wird.

⁵⁰ Siehe schon oben.

⁵¹ Siehe schon oben.

(Nur) für den Fall, dass im Zeitpunkt einer (erstmalig) im Hinblick auf den Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 stattfindenden Zuverlässigkeitsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber bezüglich einer **in der Vergangenheit gesetzten wettbewerbswidrigen Verhaltensweise** eine **behördliche/gerichtliche Entscheidung** bereits vorliegt, besteht gegenwärtig eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH.⁵² (Nur) in derartigen Konstellationen ist das Datum der behördlichen/gerichtlichen Entscheidung als maßgeblich anzusehen und wird die Dreijahresfrist (erst) ab diesem Zeitpunkt berechnet.⁵³

V. Vergabekontrolle

Wesentlich ist, dass dem Unternehmer die effektive Möglichkeit zukommen muss, sich vor Ergehen der Ausschlussentscheidung des Auftraggebers (Ausscheiden des Angebots gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018) wirksam auf Abhilfemaßnahmen im Sinne des § 83 Abs 2 BVergG 2018 berufen zu können und diese vom Auftraggeber prüfen zu lassen.⁵⁴

⁵² Siehe EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rz 37 ff.

⁵³ Siehe insbesondere Rz 38 des genannten Urteils: „*Im vorliegenden Fall wurde das Verhalten, das den einschlägigen Ausschlussgrund erfüllt, durch eine Entscheidung der zuständigen Behörde geahndet, die im Rahmen eines Verfahrens nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zur Feststellung eines gegen eine Rechtsvorschrift verstoßenden Verhaltens erging. In dieser Situation ist aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit davon auszugehen, dass die in Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 vorgesehene Dauer von drei Jahren ab dem Datum dieser Entscheidung berechnet wird.*“

⁵⁴ Siehe für diese Anforderung EuGH 14.01.2021, C- 387/19, *RTS*, Rz 29.

Die Entscheidung des Auftraggebers über die Glaubhaftmachung der wirksam erfolgten Selbstreinigung gemäß § 83 Abs 2 und 3 BVergG 2018 ist **Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle**. Dies gilt, wie bereits dargelegt, sowohl bei negativer Entscheidung, die zum Ausschluss des betreffenden Unternehmers führt (Anfechtbarkeit der Ausscheidensentscheidung), als auch bei positiver Entscheidung über die Selbstreinigung (Anfechtbarkeit insbesondere im Rahmen der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung).⁵⁵

VI. Abstandnahme vom Ausschluss

Der Tatbestand des **§ 78 Abs 5 BVergG 2018** findet auch auf jene Fälle Anwendung, in denen Unternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen, denen aufgrund (vermeintlich) wettbewerbswidriger Absprachen ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 angelastet wird.⁵⁶ Ein Absehen vom Ausschluss kommt dabei gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 sowohl in Betracht, wenn etwa dringend benötigte (und unaufschiebbare) Leistungen beschafft werden, als auch dann, wenn der Nicht-Ausschluss aus Gründen der **Wettbewerbs-sicherung**, vor allem zur Herstellung adäquaten Preiswettbewerbs, erforderlich ist.⁵⁷

Die den Auftraggebern gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 zukommenden **Entscheidungsspielräume** sind nicht unbegrenzt und unterliegen der nachprüfenden Kontrolle durch die

⁵⁵ Siehe schon oben.

⁵⁶ Siehe dazu sowie zu den weiteren Ausführungen eingehend die gesonderte gutachterliche Stellungnahme zur Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 vom 26. August 2021.

Prüfung und Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber

Verwaltungsgerichte.⁵⁸ Der Auftraggeber hat die ihm zukommende Entscheidung diskriminierungsfrei und anhand der Maßgaben von **Objektivität und Verhältnismäßigkeit** zu treffen.⁵⁹ Mit steigender Relevanz der maßgeblichen Gründe des Allgemeininteresses, die für eine weitere Teilnahme der Unternehmer am Vergabeverfahren sprechen, verengen sich diese Spielräume. Insbesondere ist der Auftraggeber bei Ausübung seines Beurteilungsspielraums dazu verhalten, die dem Vergaberecht zugrunde liegende Zielsetzung der **Herstellung eines echten Wettbewerbs** (funktionierender Vergabewettbewerb) größtmöglich zu verwirklichen.⁶⁰



⁵⁷ Vgl. *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVerGG 2018 § 78 Rz 113; *Killmann*, ZVB 5/2006, 134 (139). Siehe weiters VwGH 9. 9. 2015, Ro 2014/04/0062.

⁵⁸ Etwa im Zuge der Prüfung einer bekämpften Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 15 BVerGG 2018.

⁵⁹ Siehe § 20 Abs 1 BVerGG 2018; zur Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze und zu ihrer Justiziabilität siehe *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵ (2020) 95 ff.

⁶⁰ Zum Schutz des Wettbewerbs als Auftrag und Ziel des Vergaberechts siehe *Fuchs*, ÖZW 4/2020, 148 (149 ff). Vgl. auch *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) GWB § 123 Rz 40.