

Themenblatt:

Themenblatt über den Ausschluss von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge



Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Öffentlicher Aufträge sind an – geeignete – Bieter zu vergeben. Die Eignung ist gegeben, wenn ein Bieter die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit aufweist und keine Ausschlussgründe vorliegen. Bei der Bewertung der Eignung nimmt der öffentliche Auftraggeber eine Prognoseentscheidung vor, die auf dem Verhalten des Bieters in der Vergangenheit beruht.

Dieses Themenblatt informiert Sie über die Voraussetzungen für den Ausschluss von Bietern wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen. Die Fachkunde und die Leistungsfähigkeit werden nicht thematisiert.

Zweite Schlachtpforte 3

28195 Bremen

0421 - 361 - 89240

Vergabeservice@wah.bremen.de

07.12.2017

I.	Einleitung.....	1
II.	Übersicht Prüfungsschema.....	3
III.	Ausgangspunkt und Beispielfälle	4
IV.	Welche Ausschlussgründe gibt es?	5
1.	Zwingende Ausschlussgründe	5
a.	Katalogstraftaten.....	5
b.	Verletzung von Zahlungspflichten.....	7
c.	Welche Nachweise sind erforderlich?.....	7
2.	Fakultative Ausschlussgründe	8
a.	Katalog möglicher Ausschlussgründe	8
b.	Erhebliche oder fortlaufend mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB)	9
c.	Auffangtatbestand - "Schwere Verfehlungen" (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB).....	11
d.	Welche Nachweise sind erforderlich?.....	13
V.	Kann der Ausschlussgrund dem Unternehmen zugerechnet werden?.....	15
1.	Vorhandene rechtskräftige Entscheidung oder Registereintragung.....	15
2.	Keine rechtskräftige Entscheidung oder Registereintragung vorhanden	16
a.	Strafrechtlicher Maßstab.....	16
b.	Zivilrechtlicher Maßstab.....	17
VI.	Beabsichtigter Ausschluss, Anhörung erforderlich?	18
VII.	Selbstreinigung.....	19
VIII.	Ausschlussentscheidung.....	23
1.	Zwingende Gründe des öffentlichen Interesses / offensichtliche Unverhältnismäßigkeit	23
2.	Verhältnismäßigkeit	24
IX.	Ergebnis.....	25
X.	Anlage – Textbaustein Anhörung	27

I. Einleitung

Öffentliche Aufträge sind nur an – geeignete – Bieter zu vergeben. Ein Bieter ist geeignet, wenn er

Eignungsanforderungen

- die erforderliche Fachkunde und
- Leistungsfähigkeit aufweist und
- kein Ausschlussgrund vorliegt
(ehem. und in der VOB/A nach wie vor: Zuverlässigkeit).

Dieses Themenblatt behandelt ausschließlich den Ausschluss eines Bieters wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen wegen Unzuverlässigkeit)

Kenntnis von Ausschlussgründen

Über das Vorliegen möglicher Ausschlussgründe erlangt der öffentliche Auftraggeber insbesondere aus den vor der Zuschlagserteilung durchzuführenden Registerabfragen, aber auch aus sonstigen Erkenntnissen, die sich z.B. aus Erfahrungen mit früheren Vertragsverhältnissen (auch anderer öffentlicher Auftraggeber) mit dem jeweiligen Bieter oder aus Eigenerklärungen des Bieters ergeben (Formular 124, Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)), Kenntnis. Nicht nur Umstände, welche zu einer Eintragung in einem der abzufragenden Register führen, können einen Ausschluss rechtfertigen. Beispielsweise kann auch eine kontinuierliche, vom Bieter zu vertretende Schlechtleistung einen Ausschluss begründen.

Zwingende und fakultative Ausschlussgründe

Nicht jeder strafrechtliche, öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Rechtsverstoß ist gleichermaßen schwerwiegend und – muss oder kann – mit einem Ausschluss geahndet werden. Ausschlussgründe ergeben sich aus bestimmten, klar definierten Tatbeständen über schwerwiegendes Fehlverhalten des Bieters. Dabei ist zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen zu differenzieren. Erstere führen in aller Regel zwingend zum Ausschluss, bei letzteren kommt dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen zu, ob er tätig wird. Näheres ergibt sich aus Ziff. 2 dieses Themenblattes.

Zurechnungserfordernis

Um zum Ausschluss zu führen muss ein vom öffentlichen Auftraggeber festgestellter Ausschlussgrund, der einzelne Personen betrifft, dem betreffenden Unternehmen zugerechnet werden können. Hierbei ist das Verhältnis zwischen Unternehmen und der den Ausschlussgrund verursachenden Person maßgeblich. Wurde ein zurechenbarer Ausschlussgrund ermittelt, hat das Unternehmen die Möglichkeit, seine Zuverlässigkeit durch Selbstreinigungsmaßnahmen für die Zukunft wiederherzustellen.

Ausdrückliche Regelung nur für EU-Verfahren

Die Ausschlussgründe und die daran anschließende Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers sind nur für EU-Verfahren ausdrücklich geregelt.¹ In nationalen Verfahren ist der Ausschluss von Bietern jedoch ebenso zu prüfen.² Mit Einführung der UVgO wird die für EU-Verfahren gebräuchliche Terminologie der „Ausschlussgründe“ auch für Liefer- und

¹ §§ 123, 124 GWB.

² § 6a Abs. 1 VOB/A.

Dienstleistungen in nationalen Verfahren übernommen.³ In der VOB/A, 1. Abschnitt wird für nationale Verfahren zwar noch die bisherige Terminologie „Unzuverlässigkeit“ genutzt, inhaltlich bedingt dies jedoch keine unterschiedliche Behandlung. Der Begriff der „schweren Verfehlung“, welcher in der VOB/A ebenso auftaucht wie im GWB umfasst für nationale Verfahren die für EU-Verfahren ausdrücklich geregelten zwingenden, wie auch fakultativen Ausschlussgründe.

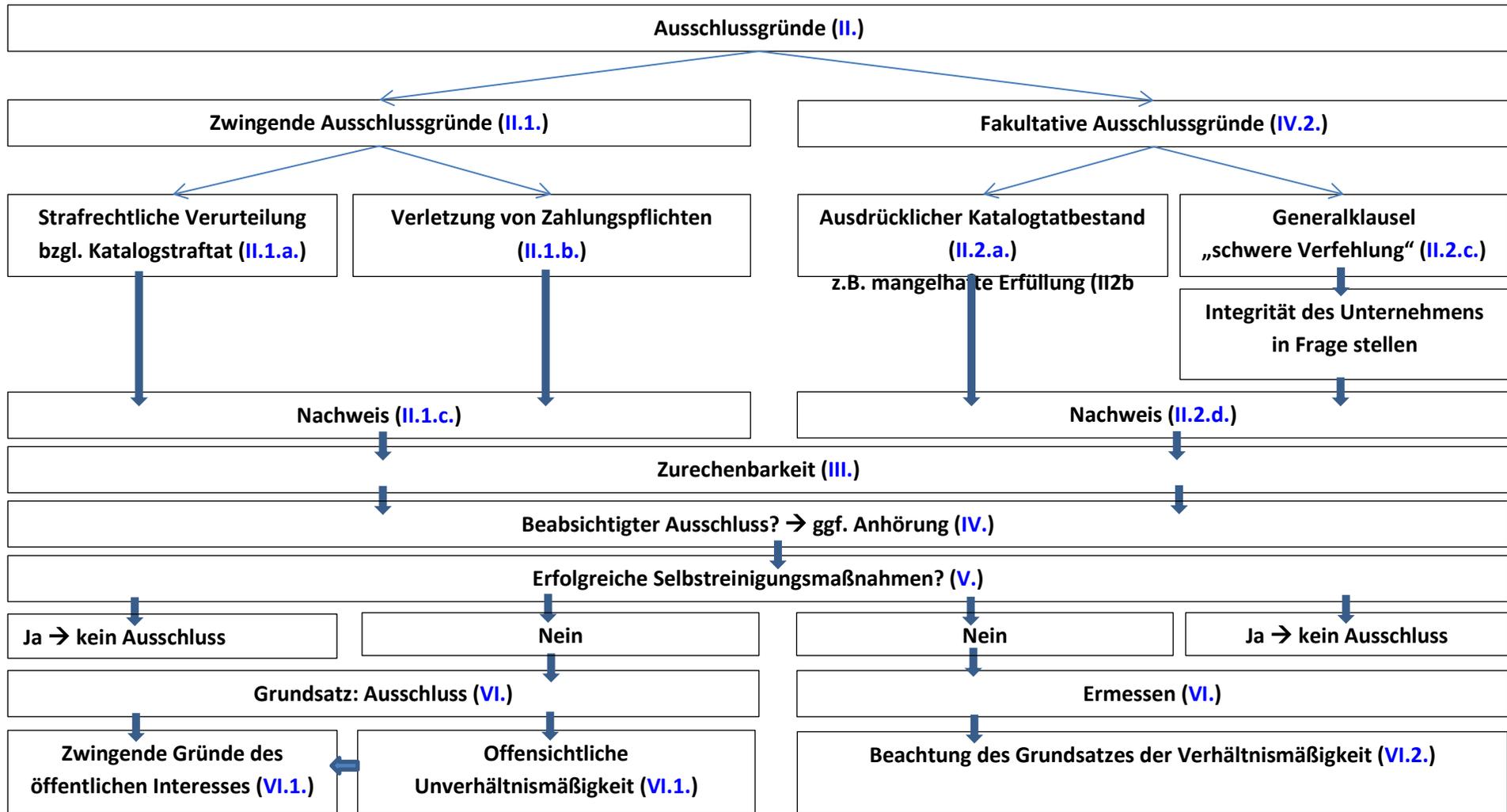
Anwendung auch auf nationale Verfahren

- ➔ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher auf die für EU-Verfahren im GWB ausdrücklich geregelten Ausschlussgründe, gelten aufgrund der dargestellten Vergleichbarkeit allerdings entsprechend für nationale Verfahren. Auf sich ergebende Abweichungen wird an entsprechender Stelle im Themenblatt hingewiesen.

Öffentliche Auftraggeber, die mithilfe dieses Themenblattes nicht zu einer eindeutigen Entscheidung über den Ausschluss eines Bieters kommen, sollten die Unterstützungsangebote der zentralen Service- und Koordinierungsstelle für die weiteren Prüfungsschritte in Anspruch nehmen.

³ § 31 Abs. 2 UVgO.

II. Übersicht Prüfungsschema



III. Ausgangspunkt und Beispielfälle

Jede Prüfung eines Bieterausschlusses beginnt mit einem konkreten Anlass. Häufig beginnt die Prüfung eines möglichen Ausschluss damit, dass der öffentliche Auftraggeber eine Eintragungsmitteilung von einem Register (Korruptionsregister, Gewerbezentralregister, Tarifreuregister) erhält. Soll einem Ausschluss hingegen ein Sachverhalt zugrunde gelegt werden, der noch zu keinem Registereintrag geführt hat, resultiert der Prüfungsanlass aus eigenen oder Kenntnissen anderer öffentlicher Auftraggeber.

Die sich hieraus ergebenden unterschiedlichen Konstellationen werden durch drei Beispielfälle veranschaulicht, welche durch dieses Themenblatt leiten. Anhand der Fälle wird am Ende eines Abschnitts, zur praktischen Verdeutlichung der jeweils vorstehenden abstrakten Ausführungen, dargestellt, welche Überlegungen der Bearbeiter anzustellen hat. Zwei der Fälle betreffen die zwingenden Ausschlussgründe, hierbei einmal mit (Fall 1) und einmal ohne (Fall 2) Registereintragung. Die ersten beiden Fälle demonstrieren zudem, wie zwingende und fakultative Ausschlussgründe ineinander greifen. Dies gilt insbesondere für Fall 2, für den zunächst ein zwingender Ausschlussgrund in Betracht gezogen, anschließend aber auch ein fakultativer Ausschlussgrund geprüft wird. Der dritte Fall betrifft fakultative Ausschlussgründe, die mangelhafte Erfüllung.

Fall 1

Öffentlicher Auftraggeber A1 führt ein Vergabeverfahren über Bauleistungen durch. Da Bieter B1 Bestbieter ist, holt A1 über ihn die Registerauskünfte ein. Hierbei stellt sich heraus, dass B1

- aufgrund einer Bestechung gemäß § 334 StGB in das Korruptionsregister (**Alternative 1**), bzw.
- In das Tarifreuregister (**Alternative 2**) eingetragen ist.

Kann B1 von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden?

Fall 2

Öffentlicher Auftraggeber A2 führt ein Vergabeverfahren über Bauleistungen durch. Da Bieter B2 Bestbieter ist, holt A2 über ihn die Registerauskünfte ein. B2 ist in keines der Register eingetragen. A2 ist jedoch bekannt, dass der Prokurist des B2 Mitarbeitern eines anderen öffentlichen Auftraggebers zu Weihnachten Briefumschläge mit monetärem Inhalt übergeben hat. Dies wurde von Mitarbeitern des anderen öffentlichen Auftraggebers gemeldet, jedoch strafrechtlich nicht weiter verfolgt.

Kann B2 von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden?

Fall 3

Öffentlicher Auftraggeber A3 führt ein Vergabeverfahren über Bauleistungen durch. Da Bieter B3 Bestbieter ist, holt A3 über ihn die Registerauskünfte ein. B3 ist in keines der Register eingetragen. A3 hatte mit B3 jedoch bereits in abgeschlossenen Projekten Probleme bei der Auftragsdurchführung. Es kam trotz mehrfacher Rüge wiederholt zu

- Problemen mit mangelhafter Erfüllung, im Sinne von Schlechtleistungen (**Alternative 1**), bzw.
- Problemen bei der Einhaltung von Fristen und verbunden hiermit zu Nachtragsforderungen (**Alternative 2**)

Kann B3 von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden?

Unterschied zwingende und fakultative Ausschlussgründe

IV. Welche Ausschlussgründe gibt es?

Es gibt zwei Arten von Ausschlussgründen, zwingende⁴ und fakultative. Zwingende Ausschlussgründe führen grundsätzlich zum Ausschluss. Fakultative Ausschlussgründe eröffnen dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen, welches er im Einzelfall, bezogen auf den jeweiligen konkreten Sachverhalt ausüben muss. Das Ergebnis kann der Ausschluss oder die weitere Berücksichtigung des Angebots des Bieters sein. Je nach Schwere der Verfehlung kann sich das Ermessen des Auftraggebers auf null reduzieren und ein Ausschluss sozusagen „zwingend“ werden.

Abschließende Aufzählung zwingender Ausschlussgründe

1. Zwingende Ausschlussgründe

Zwingende Ausschlussgründe werden im GWB abschließend aufgezählt. Der öffentliche Auftraggeber schließt ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme aus, wenn er nachgewiesene Kenntnis von einer dem Unternehmen zurechenbaren (s. **V.**) Katalogstraftat⁵ hat.

Strafrechtliche Ausschlussgründe

a. Katalogstraftaten

1. § 129 des Strafgesetzbuchs (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuchs (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b des Strafgesetzbuchs (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
2. § 89c des Strafgesetzbuchs (Terrorismusfinanzierung) oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 des Strafgesetzbuchs zu begehen,

⁴ Auch genannt: obligatorische Ausschlussgründe.

⁵ § 123 Abs. 1 GWB.

3. § 261 des Strafgesetzbuchs (Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte),
4. § 263 des Strafgesetzbuchs (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
5. § 264 des Strafgesetzbuchs (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
6. § 299 des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr),
7. § 108e des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern),
8. den §§ 333 und 334 des Strafgesetzbuchs (Vorteilsgewährung und Bestechung), jeweils auch in Verbindung mit § 335a des Strafgesetzbuchs (Ausländische und internationale Bedienstete),
9. Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr) oder
10. den §§ 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel) oder § 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels).

Fall 1

Alternative 1:

*Straftaten im Zusammenhang mit Korruptionsdelikten (Bestechlichkeit, **Bestechung**, Vorteilsgewährung) werden im abschließenden Katalog der zwingenden Ausschlussgründe benannt. Die Eintragung im Korruptionsregister betrifft folglich einen zwingenden Ausschlussgrund.*

Alternative 2:

*Verstöße gegen vertragliche oder zivilrechtliche gesetzliche Bestimmungen sind im abschließenden Katalog der zwingenden Ausschlussgründe nicht benannt. Die Eintragung im Tariftreuerregister stellt folglich keinen zwingenden Ausschlussgrund dar, vielmehr wird diese Eintragung im Rahmen der fakultativen Ausschlussgründe (s. Ziff. **IV. 2.**) relevant.*

Fall 2

Straftaten im Zusammenhang mit Korruptionsdelikten (Bestechlichkeit, Bestechung, Vorteilsgewährung) werden im abschließenden Katalog der zwingenden Ausschlussgründe benannt. Sofern sich der Vorwurf nachweisen ließe, läge mithin ein zwingender Ausschlussgrund vor.

b. Verletzung von Zahlungspflichten

Darüber hinaus sind Unternehmen auszuschließen, wenn

Ausschlussgründe wegen der Verletzung von Zahlungspflichten

1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde oder
2. die öffentlichen Auftraggeber auf sonstige geeignete Weise die Verletzung einer Verpflichtung nach Nummer 1 nachweisen können.

Ein zwingender Ausschluss wegen der Verletzung von Zahlungspflichten scheidet aus, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass es die Zahlung nachträglich vorgenommen oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafbzuschlägen verpflichtet hat.⁶

c. Welche Nachweise sind erforderlich?

Nachweis durch abschließende behördliche Entscheidung

Zum Nachweis des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes ist grundsätzlich eine rechtskräftige Verurteilung, eine rechtskräftige Festsetzung eines Bußgeldes nach § 30 OWiG oder eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung erforderlich.⁷ Ausreichend ist auch die Eintragung eines in § 123 Abs. 1 GWB genannten zwingenden Ausschlussgrundes in das Korruptionsregister, welches nicht zwingend eine rechtskräftige Entscheidung voraussetzt.⁸

Fall 1 - Alternative 1:

*Eintragungen im Korruptionsregister betreffen in der Regel rechtskräftige Entscheidungen und zwingende Ausschlussgründe. Allerdings sind die Voraussetzungen für eine Eintragung in das Korruptionsregister nach dem BremKorG und die zwingenden Ausschlussgründe nach dem GWB **nicht vollständig deckungsgleich**. Die Eintragung ist daher nur dann als hinreichender Nachweis für einen zwingenden Ausschlussgrund geeignet, wenn sie einen in § 123 GWB genannten und rechtskräftig festgestellten Tatbestand betrifft (s. IV.1.a. Katalogstraftaten). Dies ist vor einem Ausschluss zu verifizieren. Im hier vorliegenden Beispielfall wird davon ausgegangen. Der Bieter ist daher zwingend auszuschließen. Er ist vor dem Ausschluss jedoch anzuhören, da ihm die Möglichkeit der Selbstreinigung einzuräumen ist. (s. VII.)]*

⁶ § 125 Absatz 1 Satz 2, § 123 Absatz 4 Satz 2 GWB.

⁷ § 123 Abs. 1, 4 GWB, Artikel 57 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁸ § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 5 BremKorG.

Fall 2

Zwar steht eine Bestechung im Raume, bei welcher es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund handelt, allerdings liegt weder eine rechtskräftige Entscheidung hierüber, noch eine Eintragung in das Korruptionsregister vor. Der erforderliche Nachweis ist mithin nicht erbracht. Der Ausschluss des Bieters aufgrund eines zwingenden Ausschlussgrundes scheidet daher aus.

*Gleichwohl könnte ein Ausschluss aufgrund eines fakultativen Ausschlussgrundes in Betracht kommen, da hier ein anderer Maßstab für den Nachweis gilt (s. **IV.2.d.**). Die Prüfung dieses Sachverhaltes ist daher an dieser Stelle noch nicht beendet.*

Fakultative Ausschlussgründe
eröffnen Ermessen

Ggf. Ermessensreduzierung

2. Fakultative Ausschlussgründe

Liegt ein fakultativer Ausschlussgrund⁹ vor, **können** öffentliche Auftraggeber unter Ausübung Ihres Ermessens und Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen.¹⁰ Der öffentliche Auftraggeber hat einen **Ermessensspielraum** hinsichtlich des „Ob“ des Ausschlusses, dann wenn der fakultative Ausschlussgrund nachweislich vorliegt (Entschließungsermessen). Sofern Ausgangspunkt für die Prüfung des Vorliegens eines Ausschlussgrundes eine Registereintragung ist, reduziert sich das Entschließungsermessen in nationalen Vergabeverfahren auf null. Ein Ausschluss hat zu erfolgen, wenn nicht eine erfolgreiche Selbstreinigung dargelegt und bewiesen wird (dazu Ziffer **VII.**)

a. Katalog möglicher Ausschlussgründe

Fakultative Ausschlussgründe sind:

1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich **gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen** hat,
2. das Unternehmen **zahlungsunfähig** ist, über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat,
3. das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine **schwere Verfehlung** begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird; § 123 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden,
4. der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen **Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung**

Generalklausel

⁹ § 124 Abs. 1 GWB.

¹⁰ Amtl. Begr. Zu § 124 Abs. 1.

Ausschluss wegen Schlechtleistung

Eine vorzeitige Beendigung oder Schadensersatzforderung ist nur für EU-Verfahren erforderlich!

- oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken,**
5. ein **Interessenkonflikt** bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der **durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann,**
 6. eine **Wettbewerbsverzerrung** daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann,
 7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der **Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt** hat **und** dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat,
 8. das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen oder Auskünfte zurückgehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln, oder
 9. das Unternehmen
 - a. versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in **unzulässiger Weise zu beeinflussen,**
 - b. versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es **unzulässige Vorteile** beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder
 - a. **fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt** hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.

b. Erhebliche oder fortlaufend mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB)

Erfüllt ein Auftragnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß und lässt dies Rückschlüsse auf seine fehlende Eignung zu, kann dies einen fakultativen Ausschlussgrund in künftigen Vergabeverfahren begründen. Natürlich zeugt nicht jede nicht ordnungsgemäße, ungenaue oder mangelhafte Erfüllung eines Vertrags oder eines Vertragsteils von einer geringen fachlichen Eignung des Auftragnehmers.¹¹ Auch hohe Nachtragsforderungen¹² oder Meinungsverschiedenheiten¹³ mit dem Bieter begründen nicht zwangsläufig eine sanktionswürdige vertragliche Pflichtverletzung. Erforderlich ist vielmehr eine erheblich **oder** fortdauernd mangelhafte Leistungserfüllung.

Anforderungen an die Schlechtleistung

- Eine **erheblich** mangelhafte Leistungserfüllung liegt vor, wenn die Leistung mit erheblichen Mängeln, die sie **für den beabsichtigten**

¹¹ Zur schweren Verfehlung EuGH NZBau 2013, 116.

¹² VK Bund VK-2-38/01.

¹³ LG Düsseldorf 12 O 255/04.

Zweck unbrauchbar macht erbracht wird. Hiervon ist auszugehen, wenn der Auftraggeber durch die mangelhafte Leistung in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet wird (z.B. Lieferungs- oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen oder Verletzung der Bauförderungspflicht, wenn angekündigt wird terminfördernde Maßnahmen nicht durchzuführen, obwohl diese zur Einhaltung der Ausführungsfristen erforderlich sind, sofern Vereinbarung eines Nachtrags nicht zustande kommt).¹⁴

- **Fortdauernd** mangelhaft ist eine Leistungserfüllung, wenn für den Auftraggeber **wesentlichen Anforderungen wiederholt verletzt** werden.

Unterschied EU- und nationale Verfahren

EU-Verfahren:	Die relevant mangelhafte Leistungserfüllung muss kausal zu einer vorzeitigen Beendigung des Auftrages (Kündigung aus wichtigem Grund, Rücktritt), zu Schadensersatz (maßgeblich ist die Geltendmachung) oder zu einer vergleichbaren (z.B. Ersatzvornahme) Rechtsfolge geführt haben, um als Ausschlussgrund herangezogen werden zu können.
Nationale Verfahren:	Die mangelhafte Leistungserfüllung muss weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben, um als Ausschlussgrund herangezogen werden zu können. ¹⁵

¹⁴ OLG Celle 13 Verg 9/16.

¹⁵ Dies wird künftig im § 31 Abs. 2 Satz 2 UVgO stehen, gilt aber bereits nach bisheriger Rechtslage.

Fall 3

Alternative 1:

Die mangelhafte Erfüllung ist im Katalog der fakultativen Ausschlussgründe ausdrücklich genannt. Allerdings führt nicht jede Schlechtleistung zum Ausschluss eines Bieters, vielmehr muss die Erfüllung erheblich oder fortlaufend mangelhaft sein. Dies ist im Einzelfall konkret zu prüfen. Sofern die mangelhafte Leistung diese für den Auftraggeber unbrauchbar macht oder zu einer deutlichen Mehr-Belastung des öffentlichen Auftraggebers führt, liegt eine, einen Ausschluss rechtfertigende mangelhafte Erfüllung vor.

Alternative 2:

Auch die „Verzögerung der Bauausführung in Bezug auf die Vollendung der Leistung“ kann sofern verbindliche Vertragsfristen bestimmt wurden, ebenso wie die „Verletzung einer Abhilfeverpflichtung des Auftragnehmers“, sofern keine verbindlichen Vertragsfristen bestimmt wurden, eine mangelhafte Erfüllung darstellen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass diese Verzögerungen **von dem Auftragnehmer zu vertreten** sind (z.B. erhebliche Kapazitätsengpässe aufseiten des Auftragnehmers, offensichtliche Fehlkalkulation; nicht hingegen Verzögerungen aufgrund von Änderungswünschen oder Verzögerungen bei anderen Gewerken, auf welche die Leistung des Auftragnehmers aufbaut). **Wichtig** ist daher, vom Auftragnehmer behauptete Erfüllungshindernisse zu **dokumentieren** und daraufhin zu prüfen, in wessen Verantwortungsbereich sie fallen.

c. Auffangtatbestand - "Schwere Verfehlungen" (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB)

Anforderungen an die schwere Verfehlung

Eine schwere Verfehlung kann **jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat, sein.**¹⁶ Voraussetzung ist die Verletzung gesetzlicher (strafrechtliche oder sonstige Rechtsverstöße¹⁷) oder vertraglicher Pflichten.

Auffangtatbestand

Die „schwere Verfehlung“ dient **neben den anderen fakultativen oder zwingenden Ausschlussgründen als Auffangtatbestand, wenn deren Voraussetzungen nicht oder nur teilweise vorliegen.** In diesem Zusammenhang kann eine schwere Verfehlung insbesondere vorliegen, wenn

- hinsichtlich eines zwingenden Ausschlussgrundes noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt oder wenn eine Straftat begangen wurde, die zwar nicht bei den Katalogstraftaten aufgeführt ist, mit deren Unrechtsgehalt jedoch vergleichbar ist,¹⁸ oder

¹⁶ OLG München, Verg 02/10; VK Niedersachsen, VgK-53/2011; VgK-04/2011.

¹⁷ VK Bund VK 2-79/11.

¹⁸ Amtl. Begr. Zu § 124 Abs. 1 Nr. 3; Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU.

- bei Verstößen gegen vertragliche Pflichten oder besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrages die Voraussetzungen der Nr. 7 nicht erfüllt sind.¹⁹

Gewisse Schwere und konkreter Auftragsbezug

Unzumutbarkeit der erneuten Zusammenarbeit

Eine Verfehlung muss, um zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen zu können, stets eine **gewisse Schwere und einen konkreten Bezug zu der für den Auftrag erforderlichen Zuverlässigkeit aufweisen**, die berechtigterweise Zweifel an der für den Auftrag erforderlichen Integrität aufwerfen und das **erneute Eingehen einer Vertragsbeziehung für den Auftraggeber unzumutbar machen**.²⁰ Dies ist dann anzunehmen, wenn die Verfehlung, z.B. die Verletzungen der Verpflichtung zu Vertraulichkeit und Sicherheit von Daten, schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens (Nichtzahlung von Steuern und Abgaben und der falschen oder unterlassenen Erteilung von Auskünften) und Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums **schuldhaft²¹ begangen worden ist**.²²

Prognoseentscheidung

Auf Grundlage der ermittelten schweren Verfehlung [Schritt 1] hat der öffentliche Auftraggeber eine Prognose [Schritt 2] zu treffen, ob der Bieter eine vertragsgerechte Erfüllung des Auftrages in der Zukunft erwarten lässt.²³ Hierbei kommt der Vergabestelle ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Ist der Auftraggeber jedoch überzeugt, dass der Bieter den Auftrag trotz einer schweren Verfehlung ordnungsgemäß ausführen wird, darf dessen Angebot nicht ausgeschlossen werden.²⁴

Fall 1

Alternative 2:

Auftragnehmer sind bei der Ausführung öffentlicher Bauaufträge im Bereich nationaler Vergaben (unterhalb der EU-Schwellenwerte) verpflichtet Tariflöhne zu zahlen. Verstößt ein Auftragnehmer gegen diese Pflicht stellt dies eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Diese kann zu Sanktionen, bis hin zur Kündigung des aktuellen Vertrages führen. Je nach Schwere der Verletzung der Tariftreuepflicht und ggf. erfolgten Nachzahlungen, kann die Verletzung von Tariftreuepflichten einen fakultativen Ausschlussgrund gemäß §§ 124 Abs. 1 Nr. 3, 128 Abs. 2 GWB darstellen.

¹⁹ Amtl. Begr. Zu § 124 Abs. 1 Nr. 3; Hinsichtlich der Dokumentation gilt das zu § 124 Abs. 1 Nr. 7 Gesagte.

²⁰ OLG Düsseldorf VII Verg 2/08; VK Düsseldorf VK-30/200 –B; VK Düsseldorf: VK-30/2005.

²¹ VG Düsseldorf: 20 K 6764/13.

²² ErwGr. Nr. 101 RL 2014/24/EU.

²³ VG Düsseldorf: 20 K 6764/13.

²⁴ OLG München Verg 22/12; OLG Brandenburg Verg W 21/07.

Fall 2

Zwar handelt es sich bei der versuchten Bestechung inhaltlich um einen zwingenden Ausschlussgrund, allerdings konnte der für zwingende Ausschlussgründe notwendige Nachweis nicht erbracht werden. Daher könnte der Tatbestand der schweren Verfehlung als Auffangtatbestand eingreifen. In der versuchten Bestechung liegt ein die berufliche Glaubwürdigkeit des B2 betreffendes Verhalten, welches die Integrität des Unternehmens in Frage stellt. Die Voraussetzungen des fakultativen Ausschlussgrundes der schweren Verfehlung sind mithin erfüllt.

Erforderliche Nachweise

d. Welche Nachweise sind erforderlich?

Zum Nachweis eines fakultativen Ausschlussgrundes steht es dem öffentlichen Auftraggeber offen, bereits **vor** einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung in geeigneter Form nachzuweisen, dass ein Bieter gegen gesetzliche/vertragliche Verpflichtungen verstoßen hat (z.B. Registereintragung²⁵ (soweit für diesen Verstoß vorgesehen); Vergabevermerk, der eine Begründung der Entscheidungen enthält, die so ist, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar ist).²⁶ Eine Anklageerhebung und die Eröffnung des Hauptverfahrens müssen nicht abgewartet werden.

Voraussetzung für einen Ausschluss ist, dass **konkrete Belege (Registereintragungen, Aufzeichnungen, Schriftstücke) objektivierte Anhaltspunkte** geben.²⁷ Diese **Indizien müssen einiges Gewicht haben**.²⁸ Das bedeutet,

Beispiele

- sie müssen aus **seriösen Quellen** stammen und der Verdacht muss einen **gewissen Grad an "Erhärtung"** erfahren haben (z.B. eigene Einlassung im Ermittlungsverfahren²⁹, Informationen anderer öffentlicher Auftraggeber) und
 - sie müssen einer **kritischen Prüfung** durch ein mit der Sache befasstes Gericht **standhalten und die Zuverlässigkeit des Bieters nachvollziehbar in Frage stellen**.
- Erforderlich ist das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte wie z.B. schriftlich fixierte Zeugenaussagen, Schriftstücke oder sonstige Aufzeichnungen.
- Bloße Verdächtigungen, unkonkrete Vorwürfe und Meinungsverschiedenheiten sind nicht ausreichend.³⁰
- Einer Eintragung in das Tariftreueregister geht immer eine schwerwiegende Vertragsverletzung voraus. Sofern eine entsprechende Eintragung besteht, reduziert sich das Ermessen des

²⁵ § 2 BremVergV, § 17 Abs. 3 BremTtVG.

²⁶ ErwGr. 101 der Richtlinie 2014/24/EU; VK Düsseldorf, VK - 08/2006 - L; VK Nordbayern, 21.VK - 3194 - 44/06.

²⁷ VK Nordbayern, 21.VK - 3194 - 44/06.

²⁸ LG Düsseldorf, 12 O 225/04; VK Düsseldorf, 30/2005 – B.

²⁹ VK Niedersachsen, VgK-53/2011.

³⁰ Hanseatisches OLG Bremen, Verg 1/2006; OLG Düsseldorf, VII - Verg 42/05; OLG München, Verg 02/10; VK Baden-Württemberg; 1 VK 58/08; VK Düsseldorf, VK - 08/2006 - L; VK Münster, VK 11/09.

öffentlichen Auftraggebers auch bei Vorliegen eines „nur“ fakultativen Ausschlussgrundes auf null und der Bieter ist auszuschließen.

Zum **Nachweis einer erheblichen oder fortlaufend mangelhaften Erfüllung** sollte der öffentliche Auftraggeber dokumentieren,

Nachweis für mangelhafte Erfüllung

- in welcher Form er versucht hat, mit dem Auftragnehmer überein zu kommen und insbesondere, inwieweit er Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben hat.
- Auch vom Auftragnehmer behauptete Erfüllungshindernisse, die auf Seiten des Auftraggebers liegen, sollten geprüft und deren Nichtvorliegen ggf. dokumentiert werden.

Fall 1

Alternative 2:

Hinsichtlich der Wirkung der Eintragung im Tariftreueregister ist zu unterscheiden, ob das Vergabeverfahren, aus welchem der Bieter ausgeschlossen werden soll, ein nationales oder ein EU-Verfahren ist.

Nationale Verfahren	<p><i>Liegt eine Eintragung im Tariftreueregister vor, ist der Bieter grundsätzlich auszuschließen. Sofern ein Auftragnehmer bei Ausführung eines Auftrages gegen tarifliche Pflichten verstößt, steht dem Auftraggeber, dessen Auftrag ausgeführt wurde, als der Mindestlohnverstoß festgestellt wurde, zwar ein Ermessen dahingehend zu, ob der Verstoß so schwerwiegend ist, dass er eine Eintragung in das Tariftreueregister rechtfertigt. Ist diese Entscheidung einmal getroffen und eine Eintragung erfolgt, reduziert sich das Ermessen anderer Auftraggeber bei zukünftigen Auftragsvergaben auf null.</i></p> <p><i>[Nur der öffentliche Auftraggeber bzw. die Sonderkommission Mindestlohn – abhängig davon, wer die Eintragung veranlasst hat, können für dessen Löschung aus dem Tariftreueregister sorgen [§ 2 Abs. 3 BremVergV]. Daher ist eine Anhörung in diesem Fall entbehrlich.]</i></p>
EU Verfahren	<p><i>Anders als in nationalen Verfahren ist der Umstand der Eintragung im Tariftreueregister bei der Prognose-Ermessensentscheidung lediglich als Indiz zu berücksichtigen. Die Ausschlussentscheidung steht also</i></p>

Fall 2:

Da die Bestechung nunmehr als fakultativer Ausschlussgrund geprüft wird, ist keine rechtskräftige Entscheidung/Registereintragung erforderlich, ausreichend ist vielmehr das Vorliegen konkreter Tatsachen von einigem Gewicht, welche die Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar erscheinen lassen. Diese können vorliegend sein, die Aussagen der Mitarbeiter, die Briefumschläge mit Inhalt und ggf. Kärtchen, erstellte Vermerke über die Vorfälle, Einlassungen des Prokuristen.

Fall 3

Auch hier ist ausreichend das Vorliegen konkreter Tatsachen von einigem Gewicht, welche die Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar erscheinen lassen. Sofern ein Auftragnehmer mangelhaft erfüllt (Schlechtleistungen, zeitliche Verzögerungen, ist dies, ebenso wie die schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung, immer zeitnah zu dokumentieren. Mittels dieser Vermerke, Schriftsätze, Aussagen der betrauten Mitarbeiter können bei der Ausschlussentscheidung als Indizien herangezogen werden.

V. Kann der Ausschlussgrund dem Unternehmen zugerechnet werden?

Wurde ein möglicher Ausschlussgrund identifiziert, ist immer zu prüfen, ob dieser möglicherweise nur dem Verhalten einzelner oder das Verhalten des Mitarbeiters dem jeweiligen Unternehmen zugerechnet werden kann. Hierbei ist danach zu unterscheiden, ob bereits eine rechtskräftige Entscheidung/Registereintragung vorliegt oder diese gerade noch aussteht.

Zurechnung des Verhaltens des Mitarbeiters

1. Vorhandene rechtskräftige Entscheidung oder Registereintragung

Eine rechtskräftige Verurteilung, Registereintragung, Bußgeldentscheidung und/oder sonstige abschließende behördliche Entscheidung gegen ein Unternehmen erfolgt nur, wenn das geprüfte Verhalten diesem Unternehmen zuzurechnen ist. Hieraus folgt, dass sofern eine entsprechende Entscheidung bereits ergangen ist, eine weitere Zurechnungsprüfung nicht mehr erforderlich ist.

Registereintragung erfolgt nur bei Zurechenbarkeit!

Fall 1, Alternativen 1 und 2

Sofern eine Registereintragung des Unternehmens vorliegt, ist das Verhalten der Mitarbeiter dem Unternehmen zurechenbar. Eine darüber hinausgehende Zurechnungsprüfung ist nicht erforderlich.

2. Keine rechtskräftige Entscheidung oder Registereintragung vorhanden

Keine Registereintragung? →
Einzelfallprüfung!

Unterschiedliche Maßstäbe,
abhängig von der Art des
Ausschlussgrundes!

Ist noch keine rechtskräftige Verurteilung, Registereintragung, Bußgeldentscheidung und/oder sonstige abschließende behördliche Entscheidung ergangen, bedarf es immer einer Einzelfallprüfung, ob der Ausschlussgrund, welcher für einen Ausschluss herangezogen werden soll, dem Unternehmen überhaupt zurechenbar ist. Je nachdem, ob sich der Ausschlussgrund auf strafrechtlich oder zivilrechtlich relevantes Verhalten bezieht, sind für die Zurechnung unterschiedliche Maßstäbe anzulegen.

Strafrechtlicher Vorwurf?

a. Strafrechtlicher Maßstab

Nur Straftaten einer Person, die als „für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat“³¹, können dem Unternehmen zugerechnet werden. Hierdurch wird klargestellt, dass nur solche (**durch natürliche Personen begangenen**) **Straftaten** zurechenbar sind und zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen können, die einen **Unternehmensbezug** aufweisen.³²

Zurechnung nur, bei Handlungen
von verantwortlich Handelnden!

Hinsichtlich der Begehung einer Straftat kommt es bei juristischen Personen/Personengesellschaften mithin nicht auf diese selbst, sondern auf die – **verantwortlich Handelnden** – an.³³

→ Enger
Zurechnungsbereich

Für ein Unternehmen verantwortlich Handelnde sind insbesondere,

- vertretungsberechtigte Organe einer juristischen Person (Geschäftsführer) oder Mitglieder eines solchen Organs,
- Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglieder eines solchen Vorstands,
- vertretungsberechtigte Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder Generalbevollmächtigte,
- in leitender Stellung tätige Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
- sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handeln, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.³⁴

Keine Zurechnung der Handlungen
von „normalen Arbeitnehmern“

Ist dagegen ein Mitarbeiter, der (ohne leitend für das Unternehmen tätig zu sein) die Leistung tatsächlich erbringen soll, etwa wegen Betrugs oder Untreue vorbestraft, ist dies dem Unternehmen in der Regel **nicht** zurechenbar.

³¹ § 123 Abs. 3 GWB.

³² Amtl. Begr. zu § 123 Abs. 3 GWB.

³³ OLG Düsseldorf, VII - Verg 42/05; Saarländisches OLG, 1 Verg 4/03; VK Niedersachsen, VgK-53/2011; VgK-53/2011.

³⁴ Vgl. § 30 Abs. 1 OWiG.

Fall 2

Da noch keine Registereintragung erfolgte, ist eine Einzelfallprüfung erforderlich. Bei einer versuchten Bestechung handelt es sich um eine strafrechtlich relevante Handlung. Die Zurechnung erfolgt daher anhand des strafrechtlichen Maßstabs. Vorliegend hat der Prokurist die Briefumschläge mit dem monetärem Inhalt überreicht. Ein Prokurist ist für ein Unternehmen verantwortlich Handelnder. Sein Handeln wird dem Unternehmen als eigenes zugerechnet. Im Ergebnis ist die versuchte Bestechung dem B2 daher zuzurechnen.

Anmerkung: Bei strafbaren Handlungen von Angestellten unterhalb der Führungsebene wird es maßgeblich darauf ankommen, inwieweit das Führungspersonal deren Handlungen gefördert bzw. geduldet hat.

Zivilrechtlicher Vorwurf? (Vertragsverletzung)

Zurechnung aller Handlungen die durch Arbeitnehmer in Erfüllung des Auftrages erfolgen

→ weiter
Zurechnungsbereich

b. Zivilrechtlicher Maßstab

Bezieht sich der mögliche Ausschlussgrund auf ein zivilrechtliches Verhalten, ist der strafrechtliche Zurechnungsmaßstab **nicht** anwendbar.³⁵ Vielmehr ist zu **prüfen, ob das fremde Handeln dem Unternehmen nach zivilrechtlichen Zurechnungsnormen als eigenes zuzurechnen ist.**³⁶ Ein Unternehmen kann nicht selbst „handeln“. Es handelt durch die zur Führung (des jeweiligen Geschäfts) befugten Personen. Ein Auftragnehmer „...hat ein Verschulden seines **gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient**, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden“.³⁷ Die zivilrechtliche Zurechnung ist daher sehr viel weiter als die strafrechtliche und beschränkt sich nicht nur auf das engste Führungspersonal.

- Inhaber eines **Einzelunternehmens** sind unmittelbar selbst verantwortlich. Bei größeren Unternehmen bedarf es wiederum der Zurechnung. Das Handeln von **verantwortlichen Vertretern** (Geschäftsführer, Vorstand) wird auch im zivilrechtlichen Bereich dem Unternehmen zugerechnet.³⁸
- Aber auch darüber hinausgehend ist eine Zurechnung möglich. Zurechenbar ist dem Auftragnehmer das Verhalten seiner **Erfüllungsgehilfen**, soweit diese gerade **in Erfüllung einer Pflicht** des Auftragnehmers (wenn ein **unmittelbarer sachlicher Zusammenhang mit den Aufgaben besteht, die ihm zugewiesen wurden**) und **schuldhaft**³⁹ (vorsätzlich oder fahrlässig) handeln. Erfüllungsgehilfen sind Person, welche mit Wissen und Wollen des Auftragnehmers bei der Erfüllung einer diesem obliegenden

³⁵ Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF § 4, Rn. 153 -154; Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 124 Rn. 10 und 37.

³⁶ §§ 278, 831 BGB.

³⁷ § 278 BGB.

³⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss VII-Verg 42/05; OLG Saarbrücken, 1 Verg 4/03.

³⁹ § 276 BGB.

Verbindlichkeiten als Hilfsperson tätig werden.⁴⁰

Weisungsgebundenheit ist nicht erforderlich. **Erfüllungsgehilfe sind daher alle Arbeitnehmer des Auftragnehmers sowie von Nachunternehmern, die bei der Ausführung des Auftrags eingesetzt werden.**

- Das Verhalten eines Mitarbeiters ist dem Unternehmen hiernach zum einen zuzurechnen, wenn dieser z.B. zu einer falschen Auskunft von verantwortlichen Vertretern veranlasst wird, zum anderen aber auch, wenn dieser ohne Wissen eines verantwortlichen Vertreters schuldhaft eine falsche Auskunft erteilt, wenn er dies **in seiner Funktion als Erfüllungsgehilfe** des Unternehmens tut.
- Darüber hinaus kommt auch ein Verschulden des verantwortlichen Vertreters in Betracht, wenn diesen ein Verschulden hinsichtlich seiner **Auswahl- und Überwachungspflichten** trifft. Verantwortliche Vertreter sind verpflichtet, durch geeignete Auswahl von Arbeitnehmern und deren kontinuierliche Überwachung dafür Sorge zu tragen, dass zivilrechtliche Verfehlungen unterbleiben.

Auswahl- und Überwachungsverschulden

Fall 3, Alternativen 1 und 2

Die mangelhafte Erfüllung betrifft, die Verletzung vertraglicher Pflichten, insoweit ist der zivilrechtliche Maßstab anzulegen. Da keine Registereintragung vorliegt, ist eine Einzelfallprüfung erforderlich. Dem Auftragnehmer ist nicht nur das Verhalten verantwortlich Handelnder zuzurechnen (anders strafrechtlicher Maßstab), sondern all derer Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten bedient.

VI. Beabsichtigter Ausschluss, Anhörung erforderlich?

Anhörung erforderlich?

Liegen tatsächliche Anhaltspunkte vor, aufgrund derer der öffentliche Auftraggeber den Ausschluss eines Bieters beabsichtigt, ist für das weitere Vorgehen danach zu differenzieren,

- ob eine Registereintragung vorliegt oder nicht und
- ob der Ausschluss in einem nationalen oder EU-Verfahren

beabsichtigt ist. In welchem Fall eine Anhörung erforderlich ist, können Sie der nachstehenden Tabelle entnehmen.

	Tariftreueregister	Gewerbezentral- und	Keine Registereintragung	Verfahren zur Entlastung
--	--------------------	---------------------	--------------------------	--------------------------

⁴⁰ BGH NJW-RR 11, 1350.

		Korruptionsregister		
Nationales Verfahren	Keine Anhörung Nur hier: Betreiben der Löschung aus dem Register ggü. demjenigen, welcher die Eintragung veranlasst hat. ⁴¹	Anhörung	Anhörung	s. VII. Selbstreinigung
EU-Verfahren	Anhörung	Anhörung	Anhörung	

VII. Selbstreinigung

Selbstreinigend sind Maßnahmen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Zuverlässigkeit wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder schweres Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern.⁴² Dementsprechend ist ein Unternehmen auch bei Vorliegen eines fakultativen oder zwingenden Ausschlussgrundes dennoch nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn es Maßnahmen ergriffen hat, die dazu führen, dass sich ein **in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten höchstwahrscheinlich nicht wiederholen wird.**⁴³ In diesem Fall gibt es keinen Grund (mehr), das Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen. Unternehmen die zwingende oder fakultative Ausschlussgründe erfüllen sind daher dann nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie nachweisen, dass

„Entkräften“ eines vorliegenden Ausschlussgrundes

Ausschluss der Wiederholung in der Zukunft

Anforderungen an die Selbstreinigung

1. für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet wurde **und**
2. die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt wurden, **und**
3. **konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen** ergriffen wurden, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Zu 1

Nicht nur der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens kann verlangt werden. Vielmehr muss das Unternehmen unabhängig vom

⁴¹ § 2 Abs. 3 BremVergV.

⁴² Amtl. Begr. Zu § 125 GWB.

⁴³ § 125 Abs. 1; Artikel 57 Absatz 6 Unterabsatz 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

Nachweis, das entstandener Schaden ersetzt wurde

Vorliegen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nachweisen, dass es den durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw. seine Schadensersatzpflicht anerkannt hat. Von einem Unternehmen kann jedoch nicht verlangt werden, dass es Schadensersatzforderungen anerkennt oder ausgleicht, die nicht substantiiert und möglicherweise unbegründet sind, damit seine Selbstreinigungsmaßnahmen als ausreichend angesehen werden. Das Recht des Unternehmens, einen streitigen Schadensersatzanspruch vor einem Gericht im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zu klären, wird durch die Regelung zur Selbstreinigung nicht beeinträchtigt.

Streitiger Schaden darf gerichtlich bestritten werden

Schwierige Schadensfeststellung (Kartellverstöße)

- Insbesondere bei Kartellverstößen kann es angesichts der dabei häufig schwierigen Feststellung des Gesamtschadens und der Identität der einzelnen Gläubiger unter Umständen ausreichend für die Selbstreinigung sein, wenn das Unternehmen sich generell zum Ersatz des durch seine Beteiligung an einem Kartell entstandenen Schadens bereit erklärt beziehungsweise gegenüber Gläubigern, die konkret Schadensersatzforderungen geltend machen, die Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens **dem Grunde nach** anerkennt.

Zu 2.

Ohne Aufklärung der Vorgänge ist eine Vermeidung künftiger Straftaten oder künftigen Fehlverhaltens nicht möglich. **Daher obliegt es dem Unternehmen, das trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes an einem Vergabeverfahren teilnehmen will, darzulegen und zu beweisen, welche Selbstreinigungsmaßnahmen es vorgenommen hat und dass die vorgenommenen Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Integrität ausreichend sind.**⁴⁴

Ernsthaftes und erkennbares Bemühen um Aufklärung
Aufklärung der

Dabei muss das Unternehmen z.B. die Umriss der den Ausschlussgrund begründenden Straftat bzw. des Fehlverhaltens gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber darlegen, damit der öffentliche Auftraggeber die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewerten kann.⁴⁵ Nicht erforderlich ist, dass das Unternehmen sämtliche Vorwürfe einräumt. **Das Unternehmen muss sich aber aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen.** Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung durch **aktive Zusammenarbeit** mit externen Stellen setzt voraus, dass das Unternehmen zunächst intern die zur Sachverhaltsaufklärung notwendigen Maßnahmen ergriffen hat. Zu dieser

⁴⁴ Amtl. Begr. zu § 125 GWB (Drs. 18/6281, S. 108).

⁴⁵ Amtl. Begr. zu § 125 GWB Abs. 1.

notwendigen **internen Sachverhaltsaufklärung** können insbesondere auch eine interne Revision und bzw. oder die Durchführung einer Sonderprüfung durch vom Unternehmen unabhängige Personen gehören. Die generelle Pflicht zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung gilt umfassend für alle Tatsachen und Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens und damit grundsätzlich auch für die Höhe des durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schadens.

Fall 2

Von B2 wäre dementsprechend Aufklärungsbemühungen zu fordern, aufzuklären, warum (ggf. auf wessen Veranlassung) der Prokurist die „Weihnachtsgeschenke“ überreichte, wer hiervon Kenntnis hatte, bzw. dies billigte, ob es sich hierbei um einen einmaligen Vorgang handelte und wieso das Verhalten nicht verhindert wurde. Außerdem wären an dieser Stelle organisatorische oder disziplinarische Maßnahmen angezeigt, die ein ähnliches Fehlverhalten in Zukunft verhindern. In Betracht kämen ein regelmäßiger Wechsel der Zuständigkeiten innerhalb der Führungsetage, ein interner sanktionsbewährter Verhaltenskodex, entsprechende Zusätze zum Anstellungsvertrag u.Ä.

Beurteilungsspielraum des Auftraggebers, ob er Selbstreinigungsmaßnahme als ausreichend akzeptiert

Zu 3.

Der öffentliche Auftraggeber hat einen weiten Beurteilungsspielraum, ob er die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen als ausreichend ansieht. Hat ein Unternehmen jedoch als ausreichend akzeptierte Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen darf es nicht mehr ausgeschlossen werden.

Berücksichtigung der Schwere des Fehlverhaltens

Bei der Prüfung eines Ausschlusses müssen sowohl die Schwere als auch die besonderen Umstände der als Ausschlussgrund herangezogenen Straftat oder des Fehlverhaltens Berücksichtigung finden. **Bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes sind daher z.B. höhere Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellen als bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes.** Je nachdem, um welchen Ausschlussgrund es sich handelt, können die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen unterschiedlich aussehen.⁴⁶ Die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen hängen z.B. davon ab,

- ob es sich um einen Einzelfall oder um systematisches Fehlverhalten handelt,
- wie hoch der entstandene Schaden ist und
- wieviel Zeit seit dem Delikt bzw. dem Fehlverhalten verstrichen ist.

Mögliche Selbstreinigungsmaßnahmen

Welche aus dem breiten Spektrum von infrage kommenden Maßnahmen dabei im Einzelnen erforderlich sind, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. **Die**

⁴⁶ Vgl. § 125 Abs. 2 GWB.

ergriffenen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat zu vermeiden bzw. ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten sich nicht wiederholt. Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers.

- Bei Selbstreinigungsmaßnahmen kann es sich insbesondere um **Personal- und Organisationsmaßnahmen** handeln, wie
- den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen (z.B. **Kündigung**),
 - geeignete **Personalreorganisationsmaßnahmen**,
 - die **Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen**,
 - die **Schaffung einer internen Audit-Struktur** zur Überwachung der Compliance oder
 - die **Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen**.

Soweit derartige Maßnahmen ausreichende Garantien bieten, sollte das jeweilige Unternehmen nicht länger alleine aus diesen Gründen ausgeschlossen werden.⁴⁷

Fall 1

Alternative 1:

Der in das Korruptionsregister eingetragene B1 müsste gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber aus dem laufenden Verfahren darlegen, wie die der Eintragung zugrunde liegenden Vorfälle künftig vermieden werden. Hierzu wären entsprechende Erklärungen abzugeben und ggf. z.B. Unternehmensrichtlinien oder Kontrollprozesse einzuführen.

Alternative 2:

B1 müsste gegenüber dem die Eintragung veranlassenden öffentlichen Auftraggeber tätig werden. Hier müsste er zunächst nachweisen, die Differenzen zum Mindest-/Tariflohn nachgezahlt zu haben und wie sichergestellt wird, dass künftig entsprechend dem Mindest-/Tariflohn gezahlt wird. Die Löschung einer Eintragung in das Bremische Tariftreueregister geschieht allerdings nicht Verfahrensbezogen. Auf eine Löschung kann ein eingetragenes Unternehmen jederzeit hinwirken. Im Gegenzug ist ein öffentlicher Auftraggeber eines konkretes Vergabeverfahrens auch nicht gehalten, ein solches Lösungsverfahren abzuwarten.

Fall 2

Da unwahrscheinlich ist, dass der Prokurist eigenständig gehandelt hat, als er die „Geldgeschenke“ verteilte, wäre eine Kündigung möglicherweise nicht notwendig, für sich allein aber auch nicht ausreichend. Erforderlich wäre vielmehr, Maßnahmen, wie zu Fall 1 Alternative 1 dargestellt.

⁴⁷ Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU.

Fall 3

Alternative 1:

Sofern die Schlechtleistung z.B. in vorsätzlich falschen Auskünften eines Mitarbeiters bestanden, falsche Zertifikate oder gefälschte Prüfberichte vorgelegt wurden, kommt insbesondere eine Kündigung des betreffenden Mitarbeiters in Betracht, sofern glaubhaft gemacht werden kann, dass dieser nicht auf Anweisung der Geschäftsführung handelte.

Wurde wiederholt qualitativ mangelhaft erfüllt, wäre darzulegen, wie die geforderte Qualität künftig sichergestellt werden soll (z.B. Nachschulungen, anderer Bauleiter o.ä.)

Alternative 2:

Kam es aufgrund von Kapazitätsengpässen zu Leistungsverzögerungen, wäre darzulegen, woraus diese resultierten und wie sie künftig vermieden werden sollen.

Ausschlussentscheidung

Zwingender Ausschlussgrund

VIII. Ausschlussentscheidung

Ist ein **zwingender Ausschlussgrund** erfüllt und liegen die erforderlichen Nachweise vor, ist das Fehlverhalten bereits zugerechnet [Registereintrag] oder zurechenbar und ist eine Selbstreinigung nicht erfolgt, so ist der öffentliche Auftraggeber in seiner Entscheidung gebunden, der Ausschluss hat grundsätzlich zu erfolgen. Von einem Ausschluss kann nur dann abgesehen werden, wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder bei Verletzung von Zahlungspflichten der Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig wäre (**1.**).

Fakultativer Ausschlussgrund

Ein **fakultativer Ausschlussgrund** eröffnet dem öffentlichen Auftraggeber hingegen ein Ermessen hinsichtlich der Ausschlussentscheidung. Bei jeder Ermessenentscheidung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (**2.**).

1. Zwingende Gründe des öffentlichen Interesses / offensichtliche Unverhältnismäßigkeit

Das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe führt nicht - immer - zwangsläufig zum Ausschluss. Das Absehen vom Ausschluss ist jedoch die absolute Ausnahme und nur in folgenden Fällen möglich.

Ausnahmsweise absehen vom zwingenden Ausschluss

Ist ein **zwingender Ausschlussgrund**

- (im Sinne einer Katalogstraftat (s. **IV.1.a.**) einschlägig, **kann ausnahmsweise** gleichwohl von einem Ausschluss abgesehen

werden, wenn dies aus **zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses** geboten ist.

- **Beispiel:** Beschaffung dringend benötigter Impfstoffe, die nur von einem Unternehmen erworben werden können, bei dem ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt.⁴⁸
- **Nicht ausreichend** ist, wenn die Teilnahme des Unternehmens, bei dem ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt, aus Gründen des öffentlichen Interesses sinnvoll erscheint oder das Unternehmen einen günstigeren Preis geboten hatte.

Ausnahmsweise absehen vom Ausschluss bei der Verletzung von Zahlungspflichten

- (im Sinne der o.g. Verletzung von Zahlungspflichten (s. **IV.1 b.**) kann **ausnahmsweise** gleichwohl von einem Ausschluss abgesehen werden, wenn dies aus **zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses** geboten ist **oder** ein Ausschluss **offensichtlich unverhältnismäßig** wäre.⁴⁹ **Beispiele:**

- Nur geringfügige Beträge an Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen wurden nicht gezahlt oder
- das Unternehmen wurde im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen so spät über den genauen geschuldeten Betrag unterrichtet, dass es keine Möglichkeit hatte, die nachträgliche Zahlung vor dem Ablauf der Frist für die Beantragung der Teilnahme bzw. im offenen Verfahren der Frist für die Einreichung der Angebote durchzuführen.⁵⁰

Verhältnismäßigkeitsprüfung bei fakultativen Ausschlussgründen

2. Verhältnismäßigkeit

Bei der Ermessensentscheidung über den Ausschluss eines Bieters wegen eines **fakultativen Ausschlussgrundes** hat der öffentliche Auftraggeber den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten.⁵¹ Der öffentliche Auftraggeber muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die für und wider den Ausschluss sprechenden Gründe gegeneinander abwägen. Hat der Bewerber nach den festgestellten Verfehlungen Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen, ist dies bei Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.⁵²

Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines

⁴⁸ Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁴⁹ § 123 Abs. 5 GWB; Artikel 57 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁵⁰ Amtl. Begr. Zu § 123 Abs. 5.

⁵¹ § 124 Abs. 1 GWB.

⁵² OLG Frankfurt VergabeR 2004, 642, 647 f.; OLG Brandenburg NZBau 2008, 277, 279 f.

Wirtschaftsteilnehmers wecken, die dann auch seinen Ausschluss rechtfertigen.⁵³

Empfehlungen

IX. Ergebnis

- Soll ein Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, ist diese Entscheidung auf eine möglichst breite Faktenlage zu stellen. Hierzu sind alle mit vertretbarem Aufwand verfügbaren Informationen einzuholen (insbesondere z.B. Registerabfragen, Informationen anderer Vergabestellen, mündliche Auskünfte, schriftliche Dokumentationen aus früheren Vergabeverfahren).
- Soll auf Grundlage eines der vorgenannten Ausschlussgründe der Ausschluss eines Bieters erfolgen, ist dies mit entsprechender Begründung in einem Vergabebericht zu dokumentieren.
 - Daraus folgt: Treten im Rahmen einer Auftragsdurchführung Probleme mit Auftragnehmern auf, sollte dies im Hinblick auf mögliche Bewerbungen in **künftigen** Vergabeverfahren immer zeitnah und möglichst detailliert in einem Vergabebericht dokumentiert werden. Außerdem sind ggf. weitere rechtliche Schritte (z.B. Aufforderung zur Nachbesserung, Kündigung aus wichtigem Grund, Geltendmachung von Schadensersatz) zu prüfen und ggf. auszusprechen. Auch hier ist eine sorgfältige Dokumentation erforderlich.
- Der beabsichtigte Ausschluss ist dem auszuschließenden Bieter unter Nennung der Gründe für den beabsichtigten Ausschluss und Gewährung einer Frist zur Stellungnahme (außer bei Ausschlüssen in nationalen Verfahren, welche sich auf Eintragungen in das Tariftreuregister stützen) mitzuteilen.⁵⁴
- In Rahmen einer Stellungnahme hat der Bieter insbesondere die Möglichkeit eine gegebenenfalls erfolgte Selbstreinigung darzulegen. Auf diese Möglichkeit sollte im Rahmen der Anhörung hingewiesen werden. Ein Nachforschen ist Seitens des Auftraggebers jedoch nicht erforderlich, vielmehr muss der Bieter auf eigene Initiative hin tätig werden.
- Ein Ausschluss erfolgt grundsätzlich auf Grundlage einer Einzelfallentscheidung und nur für ein Verfahren. Ausnahmsweise kann ein Ausschluss aufgrund einer Eintragung in das Tariftreuregister für höchstens zwei Jahre erfolgen.⁵⁵ Die Eintragung in das Korruptionsregister wird nach längstens drei Jahren

⁵³ ErwGr. Nr. 101 RL 2014/24/EU.

⁵⁴ s. Musteranschreiben in Anlage 1.

⁵⁵ § 17 Abs. 3 BremTtVG.

- gelöscht.⁵⁶
- ➔ Damit auch andere öffentliche Auftraggeber kurzfristig von dem Ausschluss Kenntnis erlangen, erfolgt eine Mitteilung über den Ausschluss darüber hinaus an die zentrale Service- und Koordinierungsstelle bei dem Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen.⁵⁷
 - ➔ Die zentrale Service- und Koordinierungsstelle bei dem Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen unterstützt die öffentlichen Auftraggeber auf Anfrage bei der Vorbereitung von Ausschlussentscheidungen.
 - ➔ Ausschlüsse hat der öffentliche Auftraggeber dem Korruptionsregister⁵⁸ zu melden.
 - ➔ Erhält der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon, dass der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmer nicht mindestens die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder dem Mindestarbeitsbedingengesetz geltenden Mindestarbeitsbedingungen gewähren, so ist er zur Anzeige des Auftragnehmers oder des Nachunternehmers bei dem zuständigen Hauptzollamt verpflichtet.⁵⁹
 - ➔ Verstößt der Auftragnehmer bei der Auftragsdurchführung gegen Tariftreue-/Mindestlohnbestimmungen hat der öffentliche Auftraggeber dies dem Tariftreueregister⁶⁰ zu melden.

⁵⁶ § 8 Abs. 1 Nr. 3 BremKorG.

⁵⁷ vergabeservice@wah.bremen.de.

⁵⁸ §§ 4 Abs. 2, 3 Abs. 1 und 4 BremKorG; Soweit ein Ausschluss wegen:

1. §§ 108e, 261, 263, 264, 265b, 266 und 266a, 298 und 299, 331 bis 335 des Strafgesetzbuchs,
2. § 370 der Abgabenordnung,
3. §§ 19, 20, 20a, 22 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen,
4. § 34 des Außenwirtschaftsgesetzes,
5. § 404 Absatz 1 oder 2 Nummer 3 des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs,
6. §§ 15, 15a, 16 des Arbeitnehmer-Überlassungsgesetzes,
7. § 8 Absatz 1 Nummer 2, §§ 9 bis 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, § 23 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes erfolgt ist.

⁵⁹ § 16 Abs. 8 BremTtVG.

⁶⁰ § 2 Abs. 2 BremVergV.

X. Anlage – Textbaustein Anhörung

„Sehr geehrte Damen und Herren,

es ist beabsichtigt, Sie aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, welche den Tatbestand eines Ausschlussgrundes erfüllen, von der Teilnahme am Vergabeverfahren mit der Vergabenummer xxx [ggf. Weitere Bezeichnung] auszuschließen.

Der beabsichtigte Ausschluss beruht auf Kenntnissen über xxx (Hier auf den entsprechenden zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrund verweisen und ausführen, auf welche Tatsachen der Ausschluss gestützt werden soll).

Sie erhalten hiermit die Möglichkeit, sich zu dem entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern. Hierzu können Sie tatsächliche Umstände vortragen, welche die unseren Kenntnissen zugrunde liegenden Indizien widerlegen. Es wird darauf hingewiesen, dass Feststellungen anderer zuständiger Behörden in diesem Anhörungsverfahren in der Regel nicht in Zweifel gezogen werden. Außerdem haben Sie die Möglichkeit auszuführen, dass Sie in Ihrem Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt haben. Die Maßnahmen müssen Gewähr dafür bieten, dass sich die dem vorgetragenen Ausschlussgrund zugrundeliegenden Umstände in Zukunft nicht wiederholen werden.

Für den Eingang Ihrer Stellungnahme setze ich eine Frist bis zum xxx (ca. 14 Tage).

Mit freundlichen Grüßen
Bearbeiter“