

Eine Frage der Zuverlässigkeit

31.08.2016

Dass nur „zuverlässige“ Unternehmen öffentliche Aufträge erhalten sollen, ist einer der Unterschiede zu „privaten“ Auftragsvergaben, für die es derartige Beschränkungen nicht gibt.

Bisher war in diesem Zusammenhang aufgrund der recht klaren Bestimmungen selten ein praktisches Problem entstanden. Das könnte sich in Zukunft ändern.

Was ist „Zuverlässigkeit“?

Der vergaberechtliche Begriff der Zuverlässigkeit umfasst einen Teil der „Eignung“ (neben Befugnis, technischer und wirtschaftlicher/finanzieller Leistungsfähigkeit).

Die Zuverlässigkeit ist in den §§ 68 bis 70 und 72 bis 73 Bundesvergabegesetz (BVerG) festgelegt (für Sektorenauftraggeber in den §§ 229 ff BVerG). Folgende Umstände machen ein Unternehmen vergaberechtlich unzuverlässig:

- Bestimmte rechtskräftige Verurteilungen von in der Geschäftsführung tätigen Personen (unter Umständen auch Prokuristen), z. B. Bestechung, Betrug, Untreue.
- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens: Obwohl die Insolvenzordnung (IO) inzwischen die Sanierung von Unternehmen anstrebt, ist dies nach dem BVerG nach wie vor ein kategorischer Ausschlussgrund (auch wenn ein Sanierungsverfahren nach der IO eingeleitet ist).
- Liquidation oder Einstellung der gewerblichen Tätigkeit: Das bloße Ruhen der gewerblichen Tätigkeit löst grundsätzlich keine Unzuverlässigkeit aus.
- Sonstige rechtskräftige Urteile gegen in der Geschäftsführung tätige Personen, die die berufliche Zuverlässigkeit infrage stellen (z. B. mehrfache Verurteilungen nach dem AuslBG oder wegen Lohn- und Sozialdumpings).
- Sonstige schwere Verfehlungen, insbesondere gegen Arbeits-, Sozial- und Umweltrecht.
- Rückstand bei Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern: Nur sehr geringfügige und kurzfristige Rückstände werden hier von der Judikatur toleriert.
- Abgabe falscher Erklärungen oder Nichtauskünfte über die Eignung in erheblichem Ausmaß.

Zeitpunkt der Zuverlässigkeit

Die Zuverlässigkeit muss beim offenen (ebenso bei einstufigen Verfahren, also jenen ohne vorherige Bekanntmachung) zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung beziehungsweise -abgabe vorliegen (im zweistufigen Verfahren zur Aufforderung zur Angebotsabgabe). Sie darf dann bis zum Zuschlag nicht verloren gehen.

Mögliche „Besserung“

Sowohl die Bieter (bei Bietergemeinschaften jedes Mitglied) als auch die Subunternehmer (das bedeutet aufgrund der Novelle von 2016: auch Subsubunternehmer und so weiter) müssen zuverlässig sein.

Bei Verurteilungen oder „sonstigen schweren Verfehlungen“ hat das betroffene Unternehmen allerdings die Möglichkeit, die „Besserung“ nachzuweisen und dadurch den Ausschluss zu vermeiden. Dazu muss glaubhaft gemacht werden (siehe § 73 Abs 2 BVergG), dass das Unternehmen entsprechende organisatorische, personelle und rechtliche Anstrengungen unternommen hat, um weitere Verfehlungen in Zukunft möglichst zu vermeiden.

Ausblick

Die neue EU-Vergaberichtlinie enthält in Artikel 57 einige sehr unscharf formulierte neue Ausschlussgründe. So kann zum Beispiel ein Ausschluss vorgenommen werden, wenn

- der Auftraggeber über „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für wettbewerbsverzerrende Abreden zwischen Unternehmern verfügt;
- der Unternehmer „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen [hat], die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“;
- der Unternehmer versucht hat, „die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder fahrlässig irreführende Informationen zu übermitteln, die die Entscheidungen über Ausschluss, Auswahl oder Auftragszuschlag erheblich beeinflussen könnten“. Diese Richtlinienbestimmungen hätten längst im BVergG umgesetzt werden müssen, dies steht noch bevor. Wenn – was eher zu erwarten ist – das BVergG diese neuen Bestimmungen ebenso unscharf übernimmt, könnten die Frage der Zuverlässigkeit und darüber anhängige Streitigkeiten vor den Gerichten eine wesentlich größere Bedeutung als bisher gewinnen.



Autor:

Bernhard Kall

ist Partnerin bei Müller Partner Rechtsanwälte
Rockgasse 6, A-1010 Wien
www.mplaw.at