

Ausschluss von Vergabeverfahren aufgrund von Kartellrechtsverstößen

Kartellrechtsforum Frankfurt, 9. April 2014

Daniel Wiedmann, LL.M.

Ausschluss von Vergabeverfahren aufgrund von Kartellrechtsverstößen

- Kartellrechtsverstoß in der Vergangenheit: Fakultativer Ausschluss bei nachweislicher schwerer Verfehlung
 - Eignungsprüfung: Zuverlässigkeit des Bieters
 - Art. 45 Abs. 1, 2 VKR, Art. 53 Abs. 3, 4 SKR; § 6 VOL/A, § 6a VOB/A, § 4 VOF, § 21 SektVO
- Kartellrechtsverstoß in Bezug auf die konkrete Vergabe: Zwingender Ausschluss bei wettbewerbsbeschränkender Abrede
 - Wettbewerbsgrundsatz: Wettbewerbliche Anforderung an das Vergabeverfahren
 - § 97 GWB; § 16 VOL/A; § 16 VOB/A

Kartellrechtsverstoß in der Vergangenheit als Ausschlussgrund

Artikel 45 VKR (2004/18/EG) („Qualitative Eignungskriterien“)

- Absatz 1: Zwingender Ausschluss bei rechtskräftiger Verurteilung wegen Katalogstraftat
 - Submissionsbetrug (zu Lasten des Haushalts der EU)
- Absatz 2: Fakultativer Ausschluss

„Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden, (...)

d) die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;“

[Artikel 57 Absatz 4 der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU, ersetzt die VKR); fakultativer Ausschluss speziell bei plausiblen Anhaltspunkten für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung]

Begriff der schweren Verfehlung

- Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum der Vergabestelle
- Kartellrechtsverstöße auf „schwarzen Listen“ einiger Bundesländer
- Aber: Die Feststellung einer „schweren Verfehlung“ erfordert grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung (EuGH, Urt. v. 13.12.2012, C-465/11)
- Grundsätzlich wohl bei horizontalen Kernbeschränkungen (mit potentielltem Bezug zur Vergabe)

Verstoß gegen ausländisches Kartellrecht?

- Bei zwingenden Ausschlussgründen, z. B. § 6 Abs. 4 S. 2 EG-VOL/A
„Einem Verstoß gegen diese Vorschriften gleichgesetzt sind Verstöße gegen entsprechende Strafnormen anderer Staaten.“
- Aber: Unterschiedliche Regelungen in Mitgliedsstaaten
- Keine Regelung im Vergaberecht im Rahmen der fakultativen Ausschlussgründe

Nachweis der schweren Verfehlung

- Darlegungs- und Beweislast der Vergabestelle
- Keine rechtskräftige Verurteilung erforderlich, aber konkrete belastbare Anhaltspunkte
 - Bußgeldentscheidung
 - Settlement?
 - Mitteilung der Beschwerdepunkte?
 - Vorwürfe von Wettbewerbern?

Zurechnung im Konzern?

- Kartellrechtliche Zurechnungskriterien?
 - VKR: „Economic operator“ statt „undertaking“
 - Unterschiedliche Zielrichtung (Zuverlässigkeit des Bieters)
- Regelungen nur in der Sektorenverordnung und im Rahmen der zwingenden Ausschlussgründe. Zurechnung, wenn
 - Verfehlung durch Person die für das Unternehmen verantwortlich handelt, oder
 - Aufsichts- oder Organisationsverschulden dieser Person im Hinblick auf Verhalten einer anderen für das Unternehmen handelnden Person

Zurechnung im Konzern? (2)

Mögliche Zurechnungsgründe

- Verfehlung durch Person die für das Unternehmen verantwortlich handelt
 - Zurechnung wohl bei Personenidentität (z. B. gleicher Geschäftsführer des Bieters und des am Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmens) (s. a. OLG Celle, Urt. v. 26.11.1998, 14 U 283/97)
- Aufsichts- oder Organisationsverschulden der Konzernmutter (z. B. Zurechnung des Fehlverhaltens der Konzerntochter)?
- Möglichkeit der Einflussnahme der Konzernmutter als kontrollierender Gesellschafter?
 - VK Lüneburg (Beschl. v. 24.3.2011, VgK 4/2011): Vergabesperre gegen Beteiligte des Löschfahrzeugkartells; Ausschluss des Bieters aufgrund der Beteiligung seiner 100%-igen Muttergesellschaft

Selbstreinigung zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit

Rspr.: Wesentlichen Einfluss auf die Prognoseentscheidung hat der Umstand, ob das Unternehmen geeignete Maßnahmen ergriffen hat, die eine Zuverlässigkeit des Unternehmens dauerhaft gewährleisten

Wesentliche Maßnahmen

- Sachverhaltsaufklärung; Kooperation mit Behörden
- Personelle Maßnahmen: Trennung von beteiligten Personen
- Compliance: Organisatorische und strukturelle Maßnahmen
- Schadenswiedergutmachung? (LG Berlin, Urt. v. 22.3.2006, 23 O 118/03; VK Lüneburg, a.a.O.; a.A.: OLG München, Beschl. v. 22.11.2012, Verg 22/12)

Selbstreinigung: Schadenswiedergutmachung?

RL 2014/24/EU zur Selbstreinigung

„Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt, oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat (...).“

Konsequenzen für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche?

Kartellrechtsverstoß in Bezug auf die konkrete Vergabe

Wettbewerbsbeschränkende Abrede in Bezug auf die jeweilige Vergabe

- Konkret gesicherter Nachweis erforderlich

Wesentliche Fallgruppen

- Beschränkung des Geheimwettbewerbs (inhaltliche Angebotsabreden; Mehrfachbeteiligung)
- Bietergemeinschaften
 - KG (Beschl. v. 24.10.2013, Verg 11/13): Bietergemeinschaft verstößt „im Regelfall“ gegen § 1 GWB

Bietergemeinschaften

KG: Eingehen einer Bietergemeinschaft als Wettbewerbsbeschränkung, da sich Bieter in Bezug auf den Auftrag nicht wettbewerblich untereinander verhalten (ähnlich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.11.2011, Verg 35/11; a.A. OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.02.2012, Verg W 1/12)

Wettbewerbsbeschränkung nur zu verneinen, wenn

- nur unerheblicher gemeinsamer Marktanteil, oder
- nur Bietergemeinschaft Teilnahme ermöglicht

Widerspruch zu bisheriger Rechtsprechung?

- Feststellung beschränkbarer (potentieller) Wettbewerbsbeziehungen (als Vorfrage)?
- Relevanter Markt?
- Objektive Markteintrittsmöglichkeit und/oder subjektive Markteintrittsbereitschaft (wirtschaftlich zweckmäßig/kaufmännisch vernünftig)?

Hinweis

Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der in dieser Präsentation enthaltenen Informationen wird keine Gewähr übernommen. Debevoise & Plimpton LLP und/oder die Autoren haften nicht für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in der Präsentation enthaltenen Informationen oder für Entscheidungen oder Folgen, die auf der Nutzung dieser Informationen beruhen. Die Nutzung dieser Informationen erfolgt auf eigene Gefahr des Nutzers.

Die in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen stellen keinen Rechtsrat oder Ersatz für Rat in einer konkreten Angelegenheit dar. Auf Grundlage der in dieser Präsentation enthaltenen Informationen mögen bitte keine Entscheidungen getroffen oder Handlungen vorgenommen werden, ohne zuvor professionellen Rechtsrat einzuholen.

Es ist nicht gestattet diese Veröffentlichung oder Teile davon in jeglicher Form zu vervielfältigen, zu speichern oder zu übermitteln, ob elektronisch oder mechanisch, durch Kopieren, Aufzeichnen oder auf andere Art und Weise ohne vorherige ausdrückliche schriftliche Genehmigung von Debevoise & Plimpton LLP.