



Bieterabsprachen in Vergabeverfahren – vergaberechtliche Aspekte

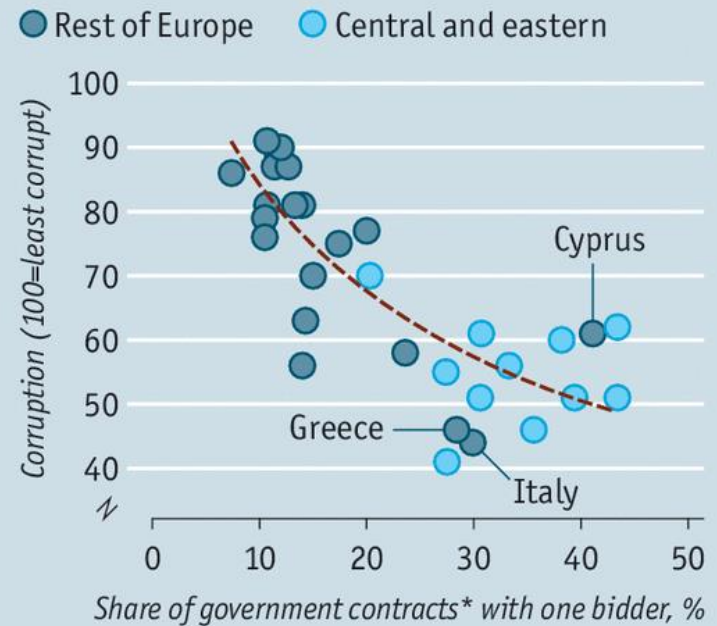
Bernt Elsner

Corruption Perception Index und Ausschreibungen mit nur einem Angebot in Europa

- In ganz Europa sinkt der Wettbewerb bei öffentlichen Vergabeverfahren.
- Nach der TED-Datenbank gab es einen deutlichen Anstieg an Ausschreibungen mit **nur einem** Angebot:
 - 2006: 17% aller Ausschreibungen
 - 2014: **30%** aller Ausschreibung
 - Im Mittelwert fiel die Anzahl der Angebote von 5 auf 3.

They go together

Corruption perceptions index and single-bid contracts in European countries, 2015



Sources: Tenders Electronic Daily; Transparency International; *The Economist*

*Only contracts over certain threshold included representing 26% of all procurement in the EU

Economist.com

Anstieg der Ausschreibungen mit nur einem Angebot

- Im Jahr 2015 haben die EU Mitgliedstaaten EUR 1,9 Billionen im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen ausgegeben (ca. 5% ihres BIP).
- Die Ausschreibungstätigkeit ist seit 2006 in fast allen Staaten deutlich angestiegen.
- Jedoch wird eine steigende Anzahl dieser Verträge nur **an ein paar wenige Bieter vergeben**.



Economist.com

Ausschlussgründe

- Art 57 Abs 4 lit d RL 2014/24/EU:

Ausschlussgrund vom Vergabeverfahren: *„der öffentliche Auftraggeber verfügt über **hinreichend plausible Anhaltspunkte** dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine **Verzerrung des Wettbewerbs** abzielen.“*

- § 129 Abs 1 Z 8 BVergG:

Auszuscheiden sind *„Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder **gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden** getroffen haben.“*

- VwGH 10.10.2016, Ra 2016/04/0104: aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder wettbewerbswidrige Vereinbarungen können auch **aus einer Reihe von Indizien oder Koindizien** abgeleitet werden.

→ Verweis auf OGH 23.6.1997, 16 Ok 14/97 u. EuGH 26.1.2016, Rs C-74/14, *Eturas* u.a.

„Selbstreinigung“ I

– Art 57 Abs 6 RL 2014/24/EU:

Jeder Wirtschaftsteilnehmer kann Nachweise erbringen, dass getroffene Maßnahmen ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen.

Dazu weist der Wirtschaftsteilnehmer nach:

(i) dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung verpflichtet hat;

(ii) Die Tatsachen und Umstände umfassend durch active Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und

(iii) Konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.

„Selbstreinigung“ II

– Art 57 Abs 6 RL 2014/24/EU:

Die ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Tat bewertet.

Keine Selbstreinigung bei gerichtlich verhängter Sperre.

Wenn keine gerichtlich verhängte Sperre: Sperre maximal 5 Jahre (Abs 1) bzw. 3 Jahre (Abs 4-Verstöße).

– § 73 BVergG:

Glaubhaftmachung, dass Zuverlässigkeit trotz Verstoßes gegeben ist.

Konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen, die geeignet sind, das nochmalige Setzen ... zu verhindern, etwa

(i) Einführung eines qualitative hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens

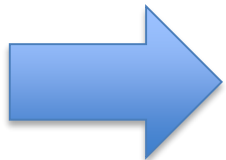
(ii) Organ der internen Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften

(iii) Einführung interner Haftungs- und Schadenersatzregelungen

Formen von Submissionskartellen:

Deckangebote

- Es wird bereits im Vorhinein vereinbart wer den Zuschlag erhalten soll – dieser Bieter legt das „beste“ Angebot über dem wettbewerbsfähigen Preis
- Es wird mit den anderen Wettbewerbern vereinbart , dass diese ein Angebot legen
 - zu einem höheren Preis,
 - zu einem Preis, von dem sie wissen, dass er jedenfalls zu hoch ist oder
 - sie bieten ausschreibungswidrig an, sodass ihr Angebot jedenfalls auszuschneiden ist, oder reichen fehlende Unterlagen nicht nach, um ein Ausscheiden des Angebots zu erreichen



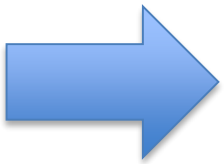
Das Legen von Deckangeboten dient der Wahrung des Anscheins eines funktionierenden Wettbewerbs.

Angebotsunterdrückung

- Zwei oder mehr Wettbewerber vereinbaren kein Angebot zu legen oder ihre Angebote zurückzuziehen, damit der ausgewählte Bieter den Zuschlag erhält.
- Der Verzicht auf eine Angebotslegung oder die Legung eines Deckofferts geht oft Hand in Hand mit einer **Abschlagszahlung** (oft mittels Scheinrechnungen für gar nicht erbrachte Leistungen) oder der Zusage, für den „Bestbieter“ **Subunternehmerleistungen** erbringen zu können.

Marktaufteilung

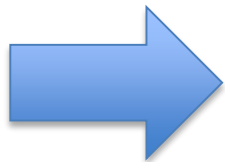
- Zwei oder mehrere Wettbewerber vereinbaren, den Markt aufzuteilen
 - nach „Spezialisierung“ (bestimmte Bauweisen, Produkte, Dienstleistungen)
 - nach Kunden (öffentlichen Auftraggebern) oder
 - in geographischer Hinsicht.



Jeder Wettbewerber behält seinen Marktanteil und seine Kunden und kann die Preise in Ermangelung von Wettbewerb hoch halten.

Angebotsrotation

- Zwei oder mehr Wettbewerber vereinbaren weiterhin jeweils anzubieten, die Zuschläge erfolgen aber nach einem Rotationssystem (was die Berechnung und Leistung von Abschlagszahlungen erspart)
- Es wird für jede einzelne Ausschreibung vereinbart, wer den Zuschlag erhalten soll, die anderen Bieter legen dann jeweils nur Deckangebote.



Es wird funktionierender Wettbewerb simuliert ohne dass ein Ausgleich durch Zahlungen erforderlich ist.

Zulässige Bietergemeinschaften

Eine Bietergemeinschaft ist zulässig

```
graph TD; A[Eine Bietergemeinschaft ist zulässig] --- B[zwischen Nicht-Wettbewerbern]; A --- C[zwischen Wettbewerbern bis zur de-minimis Grenze]; A --- D[wenn anders (i) die qualitativen Voraussetzungen der Ausschreibung nicht erfüllt werden können oder (ii) das Angebot nur im Rahmen einer Kooperation vielversprechend ist];
```

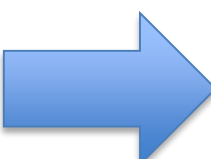
zwischen Nicht-Wettbewerbern

zwischen Wettbewerbern bis zur de-minimis Grenze

wenn anders (i) die qualitativen Voraussetzungen der Ausschreibung nicht erfüllt werden können oder (ii) das Angebot nur im Rahmen einer Kooperation vielversprechend ist

Mehrere Angebote durch Konzerngesellschaften

- **EuGH: Assitur Srl v Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (19.5.2009, C-538/07)**
 - Italienische Regelung: generelles Verbot für konzernverbundene Unternehmen (Unternehmen in Abhängigkeitsverhältnis) als Wettbewerber im gleichen öffentlichem Vergabeverfahren anzubieten
 - Öffentliche Ausschreibung für Botendienste mit drei Bietern, wobei zwei davon in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander standen

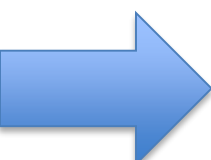


*Das **Gemeinschaftsrecht** steht einer **nationalen Vorschrift** entgegen, mit der ein **absolutes Verbot** für Unternehmen, zwischen denen ein **Abhängigkeitsverhältnis besteht oder die miteinander verbunden sind**, aufgestellt wird, sich gleichzeitig im Wettbewerb zueinander an ein und demselben Ausschreibungsverfahren zu beteiligen, **ohne dass ihnen die Möglichkeit gegeben wird, nachzuweisen**, dass sich dieses Verhältnis **nicht auf ihr jeweiliges Verhalten im Rahmen dieses Ausschreibungsverfahrens ausgewirkt hat**.*

Angebotsabgabe durch Bietergemeinschaft

– Serrantoni Srl v Comune di Milano (23.12.2009, C-376/08)

- Öffentliche Ausschreibung für Bauauftrag über „Notmaßnahmen und Rationalisierungen in den Bezirksverwaltungen“
- Auftraggeber schloss das Unternehmen Serrantoni, in Übereinstimmung mit italienischem Recht, vom Vergabeverfahren aus, da es einerseits ein Angebot durch ein „festes Konsortium“ sowie andererseits ein eigenständiges Angebot gelegt hatte



*Trotz des legitimen Ziels der Bekämpfung potenziell kollusiven Verhaltens ist der **automatische Ausschluss** sowohl **eines festen Konsortiums als auch seiner Mitgliedsunternehmen** von der Teilnahme an diesem Verfahren und die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen [unzulässig], wenn diese Unternehmen im Rahmen derselben Ausschreibung konkurrierende Angebot zu dem des Konsortiums eingereicht haben, wenn **das Angebot des Konsortiums nicht für Rechnung und im Interesse dieser Unternehmen abgegeben wurde.***

Vielen Dank für ihr Interesse!



MMag. Dr. Bernt Elsner
Partner, CMS Vienna

T +43 1 40443 1850

E bernt.elsner@cms-rrh.com

C/M/S/ Law-Now™

Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides

Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research
and insights that can be personalised.
e-guides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law