

# Compliance im Vergabeverfahren aus Unternehmenssicht

*Vergaberechtsmodernisierungsgesetz führt zu höheren Anforderungen in der Praxis*

Von Dr. Sven-Joachim Otto



© ImpactPro/Thinkstock/Getty Images

Schulungen, Arbeitsanweisungen, Systematisierung und Dokumentation von Arbeitsabläufen – dies alles beinhaltet ein wirksames Compliance-Management-System.

Für Unternehmen, die sich um Aufträge der öffentlichen Hand bewerben, besteht durchgängig das Risiko, aufgrund von Complianceverstößen von Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Vergaberechtsreform hat mit Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zum 18.04.2016 zwar zu mehr Klarheit für Unternehmen geführt, gleichzeitig sind aber auch die Anforderungen an die „vergaberechtliche Compliance“ gestiegen. Der folgende Beitrag weist auf relevante Fallstricke hin und zeigt einen möglichen Lösungsansatz auf.

## Einführung

Die Verzahnung von Compliance und Vergaberecht ist vielschichtig. Die §§ 123 und 124 GWB enthalten einen ersten Filter, um Unternehmen, die Complianceverstöße begehen oder in der Vergangenheit begangen haben, von Vergabeverfahren auszuschließen. Teilweise müssen Complianceverstöße nicht einmal in Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren stehen und entfalten des-

halb, unabhängig von ihrem Ursprung, eine Fernwirkung.

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz hat die bisher ergangene Rechtsprechung zu den Ausschlussgründen im Vergabeverfahren nun teilweise kodifiziert. Von großer praktischer Relevanz ist weiterhin die Abgrenzung zwischen rechtmäßigem Verhalten und vergaberechtsrelevanten Complianceverstößen, die nicht immer einfach vorzunehmen ist.

## Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen Complianceverstößen

Grundsätzlich soll auch weiterhin derjenige Bieter im Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet, § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB. Dabei werden öffentliche Aufträge nach § 122 Abs. 1 GWB nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB (zwingend oder fakultativ) ausgeschlossen ▶

worden sind. Diese Ausschlussgründe bilden den Rahmen für die Anforderungen an die Compliancestruktur eines Unternehmens, das sich um öffentliche Aufträge bewirbt. Während vor Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes die Ausschlussgründe auf unterschiedliche Normen des Vergaberechts verteilt waren, sind diese nun in den §§ 123 und 124 GWB abschließend geregelt.

### Besonders vergaberelevante Complianceverstöße

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB können wettbewerbsbeschränkende Abreden zum Ausschluss des Unternehmens von Vergabeverfahren führen. Hat der Bieter Kenntnis von mehr als seinem eigenen Angebotsinhalt, so liegt darin bereits eine wettbewerbsbeschränkende Absprache (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Az. VII Berg 4/11). Dies wird häufig unterschätzt. Gerade in „überschaubaren Branchen“, in denen nur wenige Unternehmen überhaupt in der Lage sind anzubieten, kommt es vor, dass Mitarbeiter durchaus wissen, dass die Konkurrenz „immer zu einem bestimmten Preis anbietet“.

Unzulässig ist demnach auch die Bildung von verdeckten Bietergemeinschaften. Dies gilt nach bisheriger Rechtsprechung auch für verbundene Unternehmen. Nehmen mehrere Konzerngesellschaften an demselben Vergabeverfahren teil, so kann dies zum Ausschluss führen (vgl. OLG Düsseldorf, 04.02.2013 – Az. VII – Verg 31/12, EnWZ 2013, 187 ff.)

Eine Wettbewerbsverzerrung, die daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, kann nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB ebenfalls einen Ausschlussgrund bilden. Entscheidend ist hierbei dann das Kriterium der Wettbewerbsverzerrung. Erscheint eine konkrete Wettbewerbsverfälschung bei objektiver Betrachtung der Leistung möglich, obliegt dem betreffenden Unternehmen der Nachweis, dass ihm durch die Vorbefassung kein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen ist. Der Auftraggeber hat die Pflicht, den Wissensvorsprung des einen Bieters durch Information aller anderen Bieter auszugleichen (OLG München, Beschluss vom 19.12.2013 – Az. Verg 12/13). Auch hier ist Vorsicht geboten. Oftmals fragen künftige Auftraggeber bei Unternehmen gezielt nach, welche Leistung sie in die Leistungsbeschreibung aufnehmen sollen – vor allem wenn dem Auftraggeber die fachspezifischen Dienstleistungen oder Güter nicht geläufig sind.

Täuscht der Bieter im Hinblick auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien, so kann dies nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB ebenfalls einen Ausschlussgrund darstellen. Eine besondere Praxisrelevanz für Complianceverstöße hat der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 8 lit. a GWB. Demnach kann schon der Versuch einer unzulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung durch das Unternehmen zum Ausschluss führen. Zu denken ist in erster Linie an Korruption. Im Rahmen einer Auftragsvergabe besteht generell ein erhöhtes Korruptionsrisiko, denn Vergabeverfahren sind komplex, und an ihrem Gelingen sind viele Personen, teilweise auch verschiedene Bereiche beteiligt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Grenzen zwischen ordnungsgemäßer Vergabe und straf-

barer Korruption nicht immer einfach zu ziehen sind (vgl. Birnfeld, CZZ 2010, 133, 134). Entsprechend anfällig ist dieser Bereich auch für Complianceverstöße. Gleichzeitig bereitet die Abgrenzung von unzulässiger Einflussnahme und rechtmäßigem Verhalten Probleme. Hier bleibt abzuwarten, welche Grenzen die Rechtsprechung ziehen wird. Als Richtschnur sollten sich Unternehmen immer die Frage stellen, ob ihr Verhalten dazu geeignet ist, den Wettbewerb unter den Bietern zu verfälschen. Unternehmen sollten jedenfalls ein vehementes Interesse daran haben, schon den geringsten Eindruck einer möglichen Einflussnahme zu vermeiden.

Neben Complianceverstößen im Rahmen eines Vergabeverfahrens durch ein Unternehmen kommen auch Verstöße in Betracht, die außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens liegen. Diese Verstöße müssen teilweise nicht einmal im Zusammenhang mit einem vorherigen Vergabeverfahren stehen. § 123 Abs. 1 GWB verlangt generell den Ausschluss von Unternehmen, in denen entweder Mitarbeiter wegen einer in § 123 Abs. 1 GWB genannten Katalogstraftat rechtskräftig verurteilt wurden oder gegen welche deshalb ein Bußgeld nach § 30 OWiG verhängt wurde. Zu nennen sind hier insbesondere Complianceverstöße durch Betrug (§ 123 Abs. 1 Nr. 4 GWB), Bestechung (§ 123 Abs. 1 Nr. 6 GWB) und Vorteilsgewährung (§ 123 Abs. 1 Nr. 8 GWB). Ein erhöhtes Augenmerk ist zudem auf die sozial- und abgabenrechtlichen Compliancebereiche des Unternehmens zu legen. Unternehmen, die ihren Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachkommen, sind gem. § 123 Abs. 4 GWB zwingend von Vergabeverfahren auszuschließen. Nach § 124 Abs. 1 ▶

Nr. 1 GWB können Complianceverstöße bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen durch einen Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen zum Ausschluss führen. Als Auffangtatbestand fungiert § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

### Lösungsansatz

Die Einführung eines wirksamen Compliancemanagementsystems ist daher erforderlich. Ein solches System sollte neben Schulungen vor allem Richtlinien, Arbeitsanweisungen, die Systematisierung von Arbeitsabläufen sowie deren Dokumentation beinhalten. Welche konkrete Ausgestaltung das Compliancemanagementsystem haben muss, hängt jedoch von der Struktur des jeweiligen Unternehmens ab.

### Fazit

Die Implementierung und Vorhaltung eines Compliancemanagementsystems ist mittlerweile als zwingend zu betrachten. Es ist „Chefsache“ und sollte nicht als Annex einem einzelnen Mitarbeiter übertragen werden. Im Bereich von Vergabeverfahren ist insbesondere auf die Fernwirkung von vergangenen Complianceverstößen hinzuweisen. Während des Vergabeverfahrens ist größte Sorgfalt auf die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften zu legen. ◀



**Dr. Sven-Joachim Otto,**

Rechtsanwalt, Partner, Leiter des Bereichs Tax & Legal Public Services, PricewaterhouseCoopers AG WPG, Düsseldorf

[sven-joachim.otto@de.pwc.com](mailto:sven-joachim.otto@de.pwc.com)  
[www.de.pwc.com](http://www.de.pwc.com)