

Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen? – Zur neuen „Checkliste für Vergabestellen“ des Bundeskartellamts

I. Indikatoren für Submissionsabsprachen

Unter Submissionsabsprachen versteht man Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Hinblick auf öffentliche Ausschreibungen, die das Ergebnis der Ausschreibung, also regelmäßig die Zuschlagserteilung, beeinflussen sollen. Anstelle des vergaberechtlich erwünschten Qualitäts- und Preiswettbewerbs bestimmen damit die Bieter selbst, wer den Zuschlag erhalten soll. Nach den Schätzungen des Bundeskartellamtes entstehen durch Submissionsabsprachen allein bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand Schäden in Höhe von mehreren Millionen Euro pro Jahr.

Das Bundeskartellamt hat in den letzten Jahren seine Bemühungen, Submissionsabsprachen zu verfolgen, stetig verstärkt. Dabei gibt es bei der Verfolgung von Submissionsabsprachen eine parallele Zuständigkeit von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen Wettbewerbern über die Angebote, die auf Ausschreibungen abgegeben werden, können als verbotene Kartellabsprachen gem. §§ 1, 81 GWB mit hohen Bußgeldern belegt werden. Nach § 298 StGB macht sich überdies strafbar, wer bei einer Ausschreibung ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, welche darauf abzielt, die ausschreibende Stelle zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen. Liegt der Verdacht einer Submissionsabsprache vor, so werden die handelnden Personen regelmäßig von der Staatsanwaltschaft und die beteiligten Unternehmen – unter Abstimmung der Ermittlungsschritte – von den Kartellbehörden verfolgt (vgl. den Erfahrungsaustausch von Staatsanwälten und Kartellverfolgern in Bonn am 10.04.2013, www.bundeskartellamt.de).

Da die handelnden Personen und beteiligten Unternehmen naturgemäß darum bemüht sind, illegale Vereinbarungen vor den Vergabestellen zu verheimlichen, hat das Bundeskartellamt im August 2015 eine Informationsbroschüre mit dem Titel „Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?“ veröffentlicht. Sie ist unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Submissionsabsprachen.html?nn=3591472> online abrufbar. Sie enthält eine „Checkliste für Vergabestellen“ mit typischen Indikatoren für unzulässige Submissionsabsprachen. Ziel der Checkliste ist es offenkundig, die Vergabestellen für Submissionsabsprachen zu sensibilisieren und dadurch das Aufdeckungsrisiko und die damit verbundene Abschreckungswirkung zu erhöhen. Die Informationsbroschüre des Bundeskartellamtes ist auch deshalb von hoher aktueller Bedeutung, weil mit der bevorstehenden Umsetzung der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz die Rechtsfolgen von Submissionsabsprachen erstmals ausdrücklich normiert und die vergaberechtlichen Konsequenzen zum Teil erheblich verschärft werden.

Die Checkliste zeigt bestimmte **Indikatoren** auf, anhand derer die Vergabestellen mögliche Submissionsabsprachen erkennen können. Als Indikatoren werden genannt:

- Äußerliche Ähnlichkeit der Angebote, z. B. identisches Layout, identische Tipp- oder Kalkulationsfehler
- Kenntnis eines Bieters von anderen Angeboten, z. B. bei eindeutiger Erwartung der preisgünstigste Anbieter zu sein oder bei Bezugnahme auf „Standardpreise“
- Auffälligkeiten in der Preisgestaltung, z. B. bei gleichen Einheitspreisen, stark überhöhten Pauschalpreisen, identischen Endpreisen der „Verlierer“, identischen Kostenzuwächsen, auffällig dichtem Beieinanderliegen der Brutto-End- oder Zwischensummen
- Überraschende Preise eines Bieters, z. B. unterschiedliche Preise desselben Bieters bei ähnlichen Ausschreibungen, die sich nicht durch veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen erklären lassen

- Bestimmte Angebotsmuster, die auf eine Marktaufteilung hindeuten, z. B. rotierende Aufteilung der gewonnenen Ausschreibungen zwischen denselben Bietern, stets erfolglose oder erfolgreiche Teilnahme ein- und desselben Bieters
- Scheinangebote, z. B. bei nur oberflächlicher Angebotsbearbeitung
- Auffällige Preistrends nach bestimmten Marktereignissen, z. B. Preisrückgang nach Markteintritt eines neuen Wettbewerbers oder sprunghafter Preisanstieg nach einer Branchenmesse
- Anzeichen für eine vorherige Absprache nach erfolgter Vergabe, z. B. bei Weitergabe lukrativer Teile des Auftrages an Nachunternehmer, die an der ursprünglichen Ausschreibung nicht beteiligt waren.

Weiterhin wird die Aufmerksamkeit der Vergabestellen darauf gelenkt, dass auf einzelnen Märkten die Gefahr von Absprachen aufgrund **besonderer Marktverhältnisse** erhöht ist. Hierzu zählen:

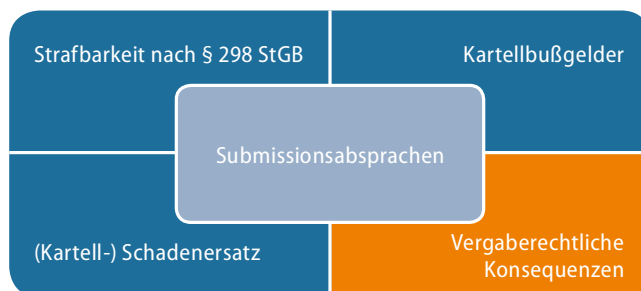
- geringe Anzahl von Unternehmen auf einem Markt
- regelmäßige Beschaffungsvorgänge mit identischen Bietern
- konstante und vorhersehbare Nachfrage nach bestimmten Gütern
- standardisierte oder verhältnismäßig einfache Produkte
- regelmäßige Treffen in Berufsverband, Interessenvertretung etc.

Die Vergabestellen werden angehalten, verstärkt auf diese Indikatoren zu achten und auch in Zweifelsfällen oder bei nur isolierten Hinweisen das Bundeskartellamt oder die örtlich zuständige Landeskartellbehörde zu informieren.

II. Rechtsfolgen von Submissionsabsprachen

II.1. Überblick

Sofern Submissionsabsprachen entdeckt werden, können damit hohe kartellrechtliche Bußgelder, kartellrechtliche Schadensersatzforderungen des öffentlichen Auftraggebers und eine Strafbarkeit der handelnden Personen verbunden sein. Dabei hat insbesondere die finanzielle Bedeutung von Schadensersatzansprüchen gegen Kartellanten in letzter Zeit deutlich zugenommen. Auch öffentliche Auftraggeber sind sich dessen zunehmend bewusst und in der Pflicht, bestehende Schadensersatzforderungen durchzusetzen, wie etwa an dem Vorgehen gegen Beteiligte des „Feuerwehkkartells“ oder des „Schienenkartells“ zu erkennen ist. Auch der europäische Gesetzgeber hat die Möglichkeiten der Durchsetzung des Kartellrechts durch Geschädigte verbessert und zuletzt die Richtlinie 2014/104/EU mit Vorgaben zur Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen erlassen.



Neben den kartellrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen ist eine Beteiligung an Submissionsabsprachen aber auch vergaberechtlich von erheblicher Bedeutung. Die vergaberechtlichen Konsequenzen von Submissionsabsprachen sollen nachfolgend kurz dargestellt werden.

II.2. Vergaberechtliche Konsequenzen

AUSSCHLUSS AUS DEM KONKRETEN VERGABEVERFAHREN

In den Vergabeunterlagen findet sich regelmäßig der Hinweis, dass Angebote von Bieterinnen ausgeschlossen werden, die sich im Zusammenhang mit der konkreten Vergabe an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligen. Hierzu sind die öffentlichen Auftraggeber nach den Vergabeordnungen ausdrücklich verpflichtet, vgl. nur § 19 Abs. 3 lit. f) VOL/A-EG bzw. § 16 Abs. 3 lit. f) VOL/A.

VERLUST DER ZUVERLÄSSIGKEIT

Eine Submissionsabsprache kann sich nach geltendem Recht auch im Rahmen späterer Ausschreibungen auswirken. Aufträge sind nach Maßgabe von § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB nur an zuverlässige Bieter zu vergeben. Submissionsabsprachen stellen aber u.U. schwere Verfehlungen dar, die dazu geeignet sind, Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bieters aufzuwerfen. Wenn die Vergabestelle im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Unternehmen aufgrund von Absprachen in der Vergangenheit nicht mehr zuverlässig ist, kann es aus dem Verfahren mangels Eignung ausgeschlossen werden (vgl. § 6 Abs. 6 lit. c) VOL/A-EG bzw. § 6 Abs. 5 lit. c) VOL/A).

VERSCHÄRFUNG DURCH NEUEN AUSSCHLUSSTATBESTAND DES § 124 ABS. 1 NR. 4 GWB

Nach dem neuen Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, der im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 08.07.2015 vorgesehen ist, können öffentliche Auftraggeber Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügen, dass das betreffende Unternehmen eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung mit anderen Unternehmen getroffen hat. Der Ausschlussgrund soll explizit **nicht** auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Laufe des konkreten Vergabeverfahrens beschränkt sein, was eine Verschärfung gegenüber den bestehenden Regelungen in den Vergabeordnungen bedeutet, die jeweils auf das konkrete Verfahren beschränkt sind. „Hinreichende Anhaltspunkte“ sollen jedenfalls bereits dann vorliegen, wenn eine Kartellbehörde einen Kartellverstoß in einer Entscheidung festgestellt hat. Als „Auffangtatbestand“ wird auch weiterhin das Vorliegen einer schweren Verfehlung fungieren, die dann allerdings nachweislich vorliegen muss (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB – Gesetzentwurf).

VERGABESPERRE

Die Zuverlässigkeitsprüfung ist grundsätzlich auftragsbezogen und hat somit für jedes **Vergabeverfahren gesondert zu erfolgen. Dies schließt jedoch nicht aus**, dass Vergabestellen Unternehmen, die an Submissionsabsprachen beteiligt waren, für die Zukunft mit einer **Vergabesperre** belegen können (Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 97 GWB, Rdnm. 208 f.). Für Vergabesperren gelten insbesondere im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhöhte Voraussetzungen. § 126 Nr. 2 GWB – Gesetzentwurf begrenzt die zeitliche Dauer nunmehr auf **drei Jahre** ab dem betreffenden Ereignis, also der Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes.

MÖGLICHKEIT DER SELBSTREINIGUNG

Bei der Prognose hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Bieters hat der öffentliche Auftraggeber zu berücksichtigen, ob das Unternehmen glaubhafte und erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen hat, um die begangenen Rechtsverletzungen für die Zukunft auszuschließen. (grundlegend OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004, 11 Verg 6/04). Weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene bestanden hierzu bislang gesetzliche Regelungen. Auch dies wird sich durch die Umsetzung der neuen Vergabericht-

linie 2014/24/EU ändern. Die Richtlinie enthält in ihren Erwägungsgründen (Rdnm. 102 ff.) unter anderem Hinweise darauf, welche Maßnahmen geeignet sind, um die Zuverlässigkeit eines Unternehmens wiederherzustellen. Die Unternehmen werden einen Anspruch darauf haben, dass die von ihnen unternommenen Anstrengungen im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung gewürdigt werden. Als zu berücksichtigende **Compliance-Maßnahmen** werden der Abbruch aller Verbindungen zu den an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen genannt, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance sowie die Einführung interner Haftungs- oder Entschädigungsregeln.

SCHADENSWIEDERGUTACHTMACHUNG

Zu der umstrittenen Frage, inwieweit – auch streitige – Schadensersatzforderungen erfüllt werden müssen, um die Zuverlässigkeit wiederherzustellen, nimmt die neue Vergaberichtlinie ebenfalls Stellung. Danach ist nachzuweisen, dass das betreffende Unternehmen für jeglichen durch das Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich bezahlt oder sich zumindest zum Ausgleich des Schadens verpflichtet hat. § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB – Gesetzentwurf nimmt diese Regelung auf. Wie von der nationalen Rechtsprechung bereits mehrfach entschieden, dürfte sich die Verpflichtung zur Schadensersatzzahlung allerdings auf dem Grunde und der Höhe nach unstrittige Forderungen beschränken. Zumindest nach der Begründung des Gesetzentwurfes soll das Recht der Unternehmen, einen streitigen Schadensersatzanspruch vor einem Gericht klären zu lassen, durch die neuen Regelungen zur Selbstreinigung nämlich nicht beeinträchtigt werden. Allerdings soll eine Pflicht bestehen, bei der Sachverhaltsaufklärung und damit zumindest auch bei der Aufklärung der Schadenshöhe mitzuwirken.

III. Bewertung und Ausblick

Der neue Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Aufdeckung unzulässiger Submissionsabsprachen kann sicherlich eine Hilfestellung für die Vergabestellen sein, zumindest solche Submissionsabsprachen aufzudecken, bei denen sich die Beteiligten auffällig verhalten haben. Zu Recht warnt das Bundeskartellamt aber davor, dass nicht bereits jede Auffälligkeit in den Angebotsunterlagen und nicht jedes Vorliegen eines der genannten Indikatoren tatsächlich auch auf einer illegalen Absprache beruhen muss. Alle aufgeführten Verdachtsmomente können im konkreten Fall stattdessen auch vollkommen rechtmäßige Ursachen haben oder auf Zufälligkeiten beruhen. Umgekehrt wäre es blauäugig zu glauben, allein durch gewissenhaftes Abarbeiten der Checkliste könnte das Vorliegen einer Submissionsabsprache sicher ausgeschlossen werden. Im Gegenteil dürfte es sogar eine bedenkenswerte Kehrseite der Checkliste geben. Nicht nur Vergabestellen, sondern auch absprachewillige Unternehmen werden sie genau zur Kenntnis nehmen. Sie wird nicht nur herangezogen werden, um Submissionsabsprachen aufzudecken, sondern sie wird möglicherweise auch als Leitfaden missbraucht werden, wie die Aufdeckung von Submissionsabsprachen weiter erschwert werden kann. Mit Blick auf die Neuregelungen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zu Submissionsabsprachen und deren Konsequenzen verspricht die weitere Entwicklung jedenfalls spannend zu bleiben.



Dr. Matthias Ulshöfer,
Rechtsanwalt und Partner,
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart