



RUSSIAN FEDERATION

Vergabe-Compliance: Russland-Sanktionen verpflichten öffentliche Auftraggeber

Mit ihrem 5. Sanktionspaket hat die EU russische Unternehmer von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen; viele Fragen bleiben aber offen. Dieser Beitrag zeigt, wie der öffentliche Einkauf einen haftungsfreien Vergabeprozess sicherstellen kann. Neben einer umgesetzten Vergabe-Compliance ist ein kluger und fundierter Umgang mit bestehenden Vergabehebeln gefragt.

Von Berthold Hofbauer

Aufgrund des kriegerischen Überfalls auf die Ukraine hat die Europäische Union (EU) bekanntermaßen mehrere Sanktionspakete gegen Russland erlassen. Neben dem naheliegenden Militärgüter-Embargo sind insbesondere die Beschränkungen des EU-Finanzmarktes, umfassende Exportverbote und eine „Schwarze Liste“ von Unternehmen, die von der Teilnahme am Geschäftsleben auszuschließen sind, hervorzuheben. Im Bereich der Importverbote ist das Sanktionsregime bis dato noch zögerlich. Bisher war im Wesentlichen nur die Einfuhr von russischen Eisen- und Stahlerzeug-

» Das Sanktionspaket lässt wichtige Bereiche ungeregelt und Raum für zahlreiche Ausnahmen. Wie ist mit russischen Anbietern nun konkret in einer öffentlichen Ausschreibung umzugehen? Welche Pflichten bestehen für den öffentlichen Einkauf?

nissen verboten. Mit dem 5. Sanktionspaket kommen (zumindest) Kohle, Holz, Zement, Gummiprodukte, Meeresfrüchte und Spirituosen hinzu. Folglich bleibt Russland weiterhin Importeur und Rohstofflieferant der EU. Speziell für Österreich spielt Russland nicht nur bei Erdgas und Erdöl, sondern beispielsweise auch bei Glasfasern eine aktive Rolle. Dieser Umstand soll mit dem 5. Sanktionspaket insoweit geändert werden, als Russland nunmehr von öffentlichen Auftragsvergaben innerhalb der EU abgekoppelt werden soll. Konkret wurde ein „vollständiges Verbot der Teilnahme russischer Staatsangehöriger und russischer Einrichtungen an öffentlichen Ausschreibungen in der EU“ mit sofortiger Wirkung erlassen. Das Verbot gilt zudem für laufende Verträge, die mittels einer No-Claims-Klausel spätestens bis zum 10. Oktober 2022 haftungsfrei kündbar sind (sofern der Vertrag vor dem 9. 4. 2022 abgeschlossen wurde).

Das Sanktionspaket lässt allerdings wichtige Bereiche ungeregelt und Raum für zahlreiche Ausnahmen. Wie ist mit russischen Anbietern nun konkret in einer öffentlichen Ausschreibung umzugehen? Welche Pflichten bestehen für den öffentlichen Einkauf? Dürfen beispielsweise auch russische Unternehmen, die nicht ausdrücklich von den EU-Sanktionen betroffen sind, von den öffentlichen Töpfen der Auftragsvergabe ferngehalten werden? Ist dies sogar (völker-)rechtlich geboten? Im Ergebnis obliegt es nunmehr dem öffentlichen Einkauf, die Lücken des Sanktionsregimes selbstständig zu schließen, um einen rechtskonformen und haftungsfreien Vergabeprozess sicherzustellen.

Vergaberechtliche Sanktion: Erhebliche Lücken

Das Sanktionspaket enthält aus vergaberechtlicher Sicht nur wenige Neuerungen: Der Ausschluss russischer Unternehmen von öffentlichen Ausschreibungen innerhalb der EU war schon vorher zulässig und auch geboten (dazu noch später). Statt die Chancen

Praxis-Box

Das EU-rechtliche Vergabeverbot im Überblick

- Vergabeverbot: Es ist verboten, öffentliche Aufträge an russische Unternehmer bzw. Unternehmen zu vergeben.
- Das Vergabeverbot gilt nur für Aufträge im Oberschwellenbereich (bei Bauleistungen beträgt dieser EUR 5.382.000 [exkl. USt], bei Liefer- und Dienstleistungen EUR 215.000 [exkl. USt]).
- Das Vergabeverbot umfasst folgende Unternehmen:
 - Russische Staatsangehörige und in Russland niedergelassene Unternehmen (in der Folge „russische Unternehmen“);
 - alle Unternehmen, deren Anteile zu über 50% unmittelbar oder mittelbar von „russischen Unternehmen“ gehalten werden (dies gilt somit auch für in der EU bzw. im EWR niedergelassene Unternehmen);
 - alle Unternehmen, die im Namen oder auf bloße Anweisung „russischer Unternehmen“ handeln (Auffangtatbestand).
- 10%-Schranke bei Subunternehmern und Lieferanten: Russische Subunternehmer und Lieferanten sind nur umfasst, sofern ihr Leistungsteil mehr als 10% der Auftragssumme beträgt. Da die 10%-Schranke nicht definiert ist, sollte jedenfalls eine Festlegung über die konkrete Berechnung in der Ausschreibungsunterlage erfolgen (zB „Es dürfen insgesamt maximal 10% des Gesamtauftragswertes an russische Subunternehmer und Lieferanten weitergegeben werden“).
- Vertragserfüllungsverbot: Es ist verboten, Leistungen aus bestehenden Verträgen mit russischen Unternehmen zu beziehen, die nach dem 9. April 2022 abgeschlossen wurden. Verträge die davor abgeschlossen wurden, sind spätestens bis zum 10. Oktober 2022 zu kündigen.

Praxis-Box

Überblick der Vergabertools für öffentliche Auftraggeber

- Grundsatz: Öffentliche Auftraggeber handeln im Einklang mit dem Völkerrecht, dem Europarecht und dem Vergaberecht, wenn sie „russische Unternehmen“ ausnahmslos bzw unterschiedslos von öffentlichen Vergabeverfahren ausschließen.
- Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen: Der vollständige Ausschluss „russischer Unternehmer“, „russischer Subunternehmer“ und „russischer Lieferanten“ ist in den Ausschreibungsunterlagen explizit festzulegen (auch im Unterschwellenbereich).
- Eigenerklärung: Die Kenntnisnahme und die Verpflichtung zur Einhaltung des umfassenden Vergabeverbots ist von den Bietern im Rahmen einer verbindlichen Eigenerklärung einzufordern.
- Vertragliche Überbindung: Zur Sicherstellung der Einhaltung des Vergabeverbots entlang der gesamten Subunternehmer- und Lieferantenkette ist der Auftragnehmer vertraglich dazu zu verpflichten, das Verbot an alle seine Subunternehmer, Sub-Subunternehmer und Lieferanten zu übertragen.
- Kontroll- und Sanktionsrechte: Der öffentliche Auftraggeber hat sich ausdrückliche vertragliche Kontroll- und Sanktionsrechte einzuräumen, die einen Verstoß des Auftragnehmers gegen das Vergabeverbot entsprechend sanktionieren (zB Pönale und sofortige Vertragsauflösung).

Torpediert wird die Sanktion zudem durch eine Öffnungsklausel, wonach das „Vergabeverbot“ dann nicht gilt, wenn „unbedingt“ benötigte Güter oder Dienstleistungen ausschließlich oder nur in ausreichender Menge von russischen Unternehmen bereitgestellt werden können. Russische Kohle erfährt sogar eine weitreichendere Lockerung und darf weiterhin bis zum 10. 8. 2022 mit öffentlichen Steuergeldern unbeirrt eingekauft werden; dies unabhängig davon, ob mögliche Alternativen bestehen. Gleiches gilt im Übrigen für Auftragsvergaben von transnationalen (privaten) Unternehmen: Auch wenn es sich dabei nicht um öffentliche Gelder handelt, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die beträchtlichen Auftragssummen der Global Player von den Einschränkungen nicht erfasst werden. Wertungsmäßig kann es jedenfalls keinen Unterschied machen.

Unverständlich ist auch, weshalb russische Subunternehmer oder Lieferanten nur dann vom Vergabeverbot umfasst sind, wenn ihr Leistungsteil mehr als 10% der Auftragssumme beträgt. Russische Unternehmer können somit – wenn auch eingeschränkt – weiterhin als Subunternehmer oder Lieferant von öffentlichen Aufträgen profitieren. Zudem wird offengelassen, wie sich diese 10%-Schranke berechnet: Verfügt nunmehr jeder russische Subunternehmer oder Lieferant über ein 10%iges Pouvoir oder dürfen nur insgesamt 10% der Auftragssumme an russische Subunternehmer und/oder Lieferanten fließen?

Noch schwerer wiegt der Umstand, dass nur Aufträge im sogenannten „Oberschwellenbereich“ vom Sanktionsregime umfasst sind. Dieser liegt bei Bauaufträgen derzeit bei EUR 5,382 Mio (exkl USt) und bei Dienst- und Lieferaufträgen bei EUR 215.000 (exkl USt). Die Tatsache, dass in Österreich rund 89% aller öffentlichen Aufträge unterhalb von EUR 100.000 (exkl USt) liegen, verdeutlicht die Lücke der EU-Sanktion. Dem Grunde nach könnten in Österreich somit öffentliche Aufträge im Wert von insgesamt EUR 55 Mrd (exkl USt) pro Jahr – vom Sanktionsregime gänzlich unbeeindruckt – an russische Unternehmen vergeben werden.

Immerhin: Zur Definition von „russischen Unternehmen“ liefert das 5. Sanktionspaket eine begrüßenswert klare Definition. Demnach sind alle russischen Staatsangehörigen und alle in Russland niedergelassenen Organisationen vom Vergabeverbot umfasst. Es sind aber auch alle in der EU bzw im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) niedergelassenen Unternehmen umfasst, deren Anteile zu über 50% unmittelbar oder mittelbar von russischen Unternehmen gehalten werden. Und schließlich sind

auch alle sonstigen Unternehmen umfasst, die im Namen oder auf Anweisung von „russischen Unternehmen“ handeln.

Öffentliche Vergabe: Eine gesellschaftspolitische Verantwortung

Das Spannungsverhältnis zum aktuellen gesellschaftspolitischen (und moralischen) Handlungsauftrag ist evident: Öffentliche Gelder tragen aufgrund ihrer besonderen Signalwirkung eine hohe Verantwortung. Auch in Hinblick auf völkerrechtliche Überlegungen dürfen diese Gelder nicht ohne Weiteres in ein kriegstreibendes Land fließen und völkerrechtswidrige Handlungen (mit-)finanzieren. Die UN-Völkerrechtskommission hat bereits 2001 als Rechtsfolge bei Verstößen gegen das in der Satzung der Vereinten Nationen festgeschriebene Gewaltverbot die Unterlassung von jeglicher Beihilfe oder Unterstützung zur Aufrechterhaltung derartiger Verstöße festgehalten (Stichwort: Importstopp von Energielieferungen und Füllen der Staatskasse).

Vor diesem Hintergrund ist nicht nur der österreichische Gesetzgeber, sondern auch jeder öffentliche Auftraggeber aufgefordert, seine völkerrechtliche Verantwortung wahrzunehmen und russische Unternehmen ausnahmslos von den öffentlichen Geldtöpfen fernzuhalten. Aus vergaberechtlicher Sicht stellen sich dabei mehrere Fragen: Dürfen öffentliche Vergaben im Zweifelsfall auch „strenger“ sein als die bestehenden – teilweise unklaren – EU-Sanktionen? Falls ja: Wie soll das in der Praxis konkret erfolgen? Ist eine offene Diskriminierung russischer Unternehmen im Rahmen von Vergabeverfahren überhaupt zulässig?

Diskriminierungsverbot (nur) innerhalb der EU

Allgemein gilt, dass öffentliche Beschaffungen (auch im „Unterschwellenbereich“) zwingend unter Einhaltung der sogenannten „Grundsätze des Vergaberechts“ durchzuführen sind (wie insbesondere Gleichbehandlungspflicht und Diskriminierungsverbot). Diese Grundsätze sind das Herzstück einer jeden Ausschreibung und gelten aufgrund ihrer elementaren Stellung für alle Unternehmen innerhalb der EU bzw des EWR. Anderes gilt nach den europäischen Vergaberichtlinien (Vergabe-RL) für Unternehmen aus Drittstaaten: Diese sind nicht Nutznießer der europäischen Grundsätze und Grundfreiheiten und haben auch keinen garantierten Zugang zu Vergabeverfahren innerhalb der EU. Dies wurde von der Europäischen Kommission bereits in einer Mitteilung vom 24. 7. 2019 bestätigt, wonach eine Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten im Sinne des europäischen Wettbewerbs legitim sein kann. Auch das Bun-

Der Autor



Mag. Berthold Hofbauer ist Rechtsanwalt und Partner bei Heid & Partner Rechtsanwälte. Seine Spezialgebiete sind das Vergaberecht, das Nachhaltigkeitsrecht (Schwerpunkt: Green Public Procurement) und die Vergabe-Compliance. Er ist Herausgeber der Zeitschrift für Nachhaltigkeitsrecht (NR) sowie Autor und Herausgeber zahlreicher vergaberechtlicher Publikationen (zB Kommentar „BVerGG 2018“).

© Heid & Partner

desvergabegesetz (BVerGG 2018) regelt, dass Bieter mit Sitz außerhalb der EU bzw des EWR bei Vergaben diskriminiert werden dürfen. Anderes gilt nur, wenn völkerrechtliche Abkommen dem widersprechen. So garantiert beispielsweise das „Agreement on Government Procurement“ Unternehmen aus der Ukraine (aber auch Unternehmen aus Israel oder Montenegro) ausdrücklich Zugang zu europäischen Ausschreibungen. Dies gilt jedoch nicht für russische Unternehmen: Die Russische Föderation ist nicht Partei dieses völkerrechtlichen Abkommens.

Diesen Überlegungen folgend hat auch das Bundesministerium für Justiz in mittlerweile zwei aktuellen Rundschreiben klargestellt, dass es öffentlichen Auftraggebern freisteht, sämtliche Unternehmer aus der Russischen Föderation von Vergabeverfahren auszuschließen. Bis dato wurde vom österreichischen Gesetzgeber noch keine normative Regelung erlassen, wonach die öffentliche Hand (auch im „Unterschwellenbereich“) ausnahmslos zum Ausschluss russischer Unternehmer verpflichtet ist. Öffentliche Auftraggeber müssen daher selbst entscheiden, ob – und wenn ja: wie – sie ihre Lenkungsverantwortung wahrnehmen möchten.

Fazit

Öffentliche Auftraggeber sind angehalten, die aufgezeigten Lücken des Sanktionsregimes zu schließen, um einen rechtskonformen und haftungsfreien Vergabeprozess sicherzustellen. Neben einer umgesetzten Vergabe-Compliance ist ein kluger und fundierter Umgang mit bestehenden Vergabebehörden gefragt.

zur Weiterfassung dieses „Vergabeverbots“ zu nutzen, wurden leider wichtige Bereiche ungeregelt gelassen. So lässt das Sanktionspaket Raum für zahlreiche Ausnahmen aus dem Vergaberecht (zB für den Abschluss von Forschungsaufträgen, Mietverträgen, Arbeitsverträgen). Jene Beschaffungen unterliegen nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberegimes und auch nicht dem öffentlichen Auftragsverbot an russische Unternehmer.