

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

18/2013

Einhaltung von Good Governance Prinzipien

Herausgeber: P/S/R INSTITUT
Autor: Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. MA
Datum: 04. Dezember 2013

These 6 | Einhaltung von Good Governance Prinzipien

Compliance Systeme sollen in der öffentlichen Verwaltung und bei ausgegliederten RechtsträgerInnen eine rechtmäßige und rechtssichere Durchführung der Kontrolle bei Vergabeprozessen sowie bei der Erfüllung von Leistungen durch AuftragnehmerInnen sicher stellen. Dazu sind die Prinzipien von Transparenz, Accountability, Legitimität und Compliance einzuhalten und organisatorisch in der Kernverwaltung sicherzustellen.

Nach strenger europäischer Denkweise, sollte es – radikal formuliert – unerheblich sein, ob eine (öffentliche) Leistung durch private oder öffentliche Akteure, welcher Rechtsform auch immer, erbracht wird, denn im Gewährleistungsmodell stellt der Staat primär die Leistungserbringung und deren Qualität sicher.¹ Der Erbringer einer Leistung wird im Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen ermittelt und ist jener, der diese am effizientesten und am effektivsten erbringen kann.

Eine derartige Auslagerung in der Erbringung von Grundversorgungsleistungen beschreibt eine Veränderung der ehemaligen Monopolstellung der öffentlichen Hand hin zu einem mehrpoligen Gefüge. Der Staat ist nicht mehr zwingend „Leister“ oder Erbringer, sondern Regulator und Gewährleister. Wenngleich dieses Paradigma beim Einkauf vom Kopierpapier zwar kaum gefährlich erscheint, hat selbst die EU eingelenkt, was Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – unsere Daseinsvorsorge – betrifft: So gibt Protokoll 26 AEUV Kriterien wie Erschwinglichkeit, Universalität und Qualität vor.² Des Weiteren sind Ausgleichszahlungen in der Daseinsvorsorge unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.³ Auch diesen, sie können „Schutzartikel“ genannt werden, ist jedoch der Begriff des Gewährleistungsstaatmodells inhärent. Folglich wird sich der Staat künftig stärker auf die politische Gestaltungsaufgabe der Leistungsdefinition von Leistungen der Daseinsvorsorge konzentrieren müssen. Ein Umdenken ist gefragt: Während die öffentliche Hand als Erbringer der Leistung jederzeit in den Auftrag eingreifen kann, ist im Rahmen eines Vergabeprozesses auf sämtliche bedeutende Aspekte ex ante Bezug zu nehmen. Eine ex post Einforderung bestimmter Kriterien oder Regulierung ist nicht möglich, sofern derartige Möglichkeiten nicht bereits zu Beginn der Ausschreibung geregelt wurden.⁴

¹ Vgl. *Mitterlehner*, These 2 – Mitgliedsstaaten müssen ihre Gewährleistungsverantwortung konkretisieren. Auf daseinsvorsorge.at: Die 7 P/S/R Thesen, vom 06. November 2013.

² Vgl. Protokoll 26 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012; vgl. dazu auch Art 36 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta), ABI C 364, vom 18. Dezember 2000.

³ Vgl. dazu Art 14 u. Art 106ff AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012.

⁴ Vgl. *Mitterlehner*, Kapitel 6 – Gesellschaftsordnende Instrumente in der Daseinsvorsorge. In: *Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge*, Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013) 97ff.

Dass es sich hierbei um keine graue Theorie handelt, zeigt die Praxis: Die heutige Organisationslandschaft des Staats hat sich an das europäische/globale Wettbewerbsdenken angepasst. Die öffentliche Hand ist kein monolithischer Verwaltungsapparat. Sie ist fragmentiert und besteht aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationen. Der Staat ist sowohl Eigentümer, als auch Aufsichtsorgan, Betreiber, Regulator, Einkäufer und Förderer (Subventionen). Auch in der Daseinsvorsorge ist diese organisatorische Dezentralisierung von Verwaltungseinheiten in vielgestaltige (selbstständige) Organisationen zur Erhöhung der Autonomie bereits erfolgt. Dies trifft vor allem auf privatrechtliche Leistungserbringer, wie bei Kapitalgesellschaften, Stiftungen, Fonds oder Vereinen, zu. In diesem komplexen Gefüge stellt sich die Frage, wem diese Organisationen noch zuzurechnen sind, insbesondere dann, wenn man nicht auf der „Makroebene Staat“ anfängt, sondern hierbei auch das österreichische dezentrale Verwaltungssystem berücksichtigt. Noch schwieriger wird es bei PPP oder ÖÖP.⁵ Ein Public Management- / Public Governance-Ansatz dient der Definition erforderlicher Steuerungsaspekte, um diesem Hybrid Herr und – in der Daseinsvorsorge – den oben genannten Schutzartikeln gerecht zu werden. Zudem agieren gänzlich private Unternehmen am Markt und erbringen Daseinsvorsorge-Leistungen für öffentliche Auftraggeber. Somit gilt es auch hier, im Sinne der Gewährleistung einer grundrechtlich zugesicherten, hochwertigen Daseinsvorsorge, eine Steuerung durch die öffentliche Hand / den öffentlichen Auftraggeber vorzunehmen.

Der großen Kritik an der Komplexität und übertriebenen Rigorosität des Vergaberechts zum Trotz, steckt doch „Sinn“ in ihrem Kern: Die öffentliche Hand soll ihre Einkaufsentscheidungen nicht freitätigen, ist sie als öffentlicher Auftraggeber doch dem Wähler gegenüber, der diese Entscheidung erst legitimiert, zu einer transparenten, gewissenhaften und klugen Verwendung öffentlicher Gelder verpflichtet.⁶ Darum darf, verwendet man das Vergaberecht richtig, eine Auslagerung von Leistungen auch kein „Sich-aus-der-Verantwortung-stehlen“ sein. Da es sich bei den von der öffentlichen Hand immer mehr ausgelagerten Leistungen unter anderem um den sensiblen Bereich der Daseinsvorsorge handelt, können falsch eingesetzte öffentliche Gelder einen erheblichen soziopolitischen Schaden anrichten.

⁵ Vgl. *Leixnering/Polzer*, Kapitel 5 – Public Governance: Daseinsvorsorge und öffentliche Leistungen aus Sicht des Public Management. In: *Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge*, Band 1 (2013) 81ff.

⁶ Vgl. *Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW)*, Aktionsplan zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung (2010); *Europäische Kommission*, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Soziales Europa (2010); RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 134 vom 30. April 2004; RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 vom 30. April 2004; vgl. auch: *Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge*, Band 1 (2013).

Die dem Vergaberecht inhärenten Qualitätsmanagementregeln reichen für eine vernünftige Kontrolle und Governance nicht aus, um diesen vernünftigen Umgang mit Steuergeldern zu gewährleisten.⁷ Zu kontrollieren gilt es jedoch nicht nur die Fairness des Vergabeakts an sich, sondern auch dessen Output. Diese Kontrolle beginnt im Vergabeverfahren. Die dazu notwendigen Schritte sind jedoch operativ nicht festgelegt, sondern vom öffentlichen Auftraggeber zu setzen. Durch die Formulierung der Anforderungen (inkl. Qualität, Zeitrahmen etc.), sind sich beide Vertragsparteien darüber im Klaren, was / wann / wie zu liefern ist. Dies ist bereits Teil der Ausschreibung (Eignungs-, Zuschlags- und Ausführungskriterien). Soziopolitisch am interessantesten im Bereich der Daseinsvorsorge ist das Risikomanagement (vgl. dazu auch Theorien zur Auffangverantwortung). Dies betrifft nicht nur Fragen der Nicht-Erbringung vertraglicher Leistungen, sondern auch Haftungsfragen⁸. Es ist im Interesse beider Vertragsparteien und der Gesellschaft, dass sie eine konstruktive Vertragsbeziehung leben. Bei einer guten, offenen Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, ist eine umfassende Kommunikation zu erwarten. Besteht keine positive Vertragsbeziehung, besteht das Risiko, dass der Auftragnehmer ein Problem verschweigt und dies die mit dem Problem verbundenen Risiken weiter erhöht. Eine regelmäßige Leistungsüberprüfung ist ein Vergleich der Leistung mit den vereinbarten Kriterien. Es dient der Feststellung, ob die erwarteten Vorteile einer Vergabe auch tatsächlich erreicht wurden. Für eine Einschätzung eines Leistungsportfolios im Rahmen eines Auftrags braucht es Ziele und Key Performance Indikatoren. Dabei gilt es, folgende Fragen zu beantworten:

Welche Risiken gibt es und wie erkennt man sie rechtzeitig?

Sind alle zu beachtenden Kriterien monetisierbar (vgl. Ziele des allgemeinen Interesses, gemeinwirtschaftliche Ziele)?

Wie ist mit Feedback umzugehen?

Ein Qualitätsmanagement birgt zahlreiche Vorteile. So zeigt es Risiken auf, garantiert Rechtssicherheit, erlaubt eine objektive Abwägung der Leistung (Auftragsgegenstand) und erlaubt eine Sammlung von best- und worst case-Beispielen, aus denen man bei der nächsten Ausschreibung lernen kann. Fehlt ein derartiges Monitoring-System, besteht das Risiko, dass der private Partner / Auftragnehmer sich nicht an vertragliche Vereinbarungen hält bzw. keinen Anreiz für notwendige Investitionen oder ähnliche Handlungen sieht. Review Meetings oder Service Level Agreements helfen, bei der Leistungserfüllung nicht vom Weg abzukommen. Grundlegend in dem gesamten Prozess ist nicht nur die gelebte „Accountability“, sondern auch das Wahrnehmen der Compliance, sowohl im Sinne von Vergabever-

⁷ So regelt das Vergaberecht doch lediglich die Rechtskonformität des Vergabeverfahrens.

⁸ Wer ist verantwortlich, wenn ein Zug entgleist? Wer, wenn das Trinkwasser verschmutzt ist? Ein weiteres Beispiel ist die Nuklearkatastrophe in Fukushima und die Verstaatlichung Tepcos.

fahrensregeln, als auch im Rahmen von, im Anschluss an die Ausschreibung geregelte, vertragliche Rechte und Pflichten.

Von Seiten der Bürger, die Entscheidungen im Sinne einer Auslagerung im Rahmen eines demokratischen Verfahrens letztendlich zu legitimieren haben, wird die Akzeptanz für jedwede Strukturänderungen nur zu erhalten sein, wenn mit einem Systemwechsel ein Vorteil verbunden ist. Erfolg muss hierbei messbar und nachvollziehbar sein. Dies ist nur möglich, wenn er auf eine bestimmte Benchmark bezogen werden kann (seien es Daten von früheren Projekten, Marktpreise von Vergleichsprojekten etc.). Dieser messbare Erfolg ist nicht allein am Preis für den öffentlichen Auftraggeber zu messen, sondern muss auch für den Bürger spürbar sein (Stichwort: Qualität, Arbeitsplätze).