

Exposé für das Dissertationsvorhaben

„Compliance im öffentlichen Beschaffungswesen“

Verfasserin

Mag. Verena Gassler-Geyer

Matr. Nr. 0201543

Angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr. iur.)

Betreuer

Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

Vorläufiges Literaturverzeichnis

Bücher:

Barbist/Ahammer, Compliance in der Unternehmenspraxis (2009)
Elsner, BVergG 2006³ (2010)
Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, BVergG 2006³ (2010)
Gast, Bundesvergabegesetz, Leitsatzkommentar (2010)
Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2003)
Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2010)
Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010)
Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht (2009)
Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2012)
Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2010)
Lewisch, Zauberwort Compliance (2012)
Napokoj, Risikominimierung durch Corporate Compliance (2010)
Petsche/Mair, Handbuch Compliance (2011)
Petsche/Urlesberger/Vartian, Kartellgesetz 2005 (2007)
Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2004)
Sachs, Schwerpunkte zum BVergG 2006, Ökonomische und rechtliche Aspekte (2005)
Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009)
Schwarzbartl/Pyrcek, Compliance Management (2012)
Straube, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch⁴ Band I (2011)
Straube, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch³ Band II (2012)
Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2009)
Wiebe/Kodek, UWG² (2012)

Zeitschriften:

Bau Aktuell
Compliance-Praxis
Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)
Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht (ZVB)
Vergabe Infoletter, Informationen zum öffentlichen Auftragswesen
Zeitschrift für Vergaberecht, Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (RPA)

Sonstige Materialien:

Erläuternde Bemerkungen zum Bundesvergabegesetz
EU-Richtlinien
Online-Datenbanken (rdb, ris, lexis-nexis)

Vorläufige grobe Gliederung

1. Einleitung
2. Grundlagen des Vergaberechts
 - 2.1. Regelungsgegenstand
 - 2.2. Geltungsbereich des Vergaberechts
 - 2.3. Grundprinzipien des Vergaberechts
 - 2.4. Unterscheidung klassischer Auftraggeber und Sektorenauftraggeber
3. Compliance
 - 3.1. Definition und Historie
 - 3.2. Grundsätze bei der Beschaffung
4. Relevanz von Compliance im Vergabeverfahren
 - 4.1. Wahl des Vergabeverfahrens
 - 4.1.1. Bekanntmachung
 - 4.1.2. Wahl eines Ausnahmetatbestandes
 - 4.1.3. Verbot des Auftragsplitting
 - 4.1.4. De facto-Vergabe
 - 4.2. Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen
 - 4.3. Gestaltung der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsunterlagen
 - 4.4. Dokumentationspflichten
 - 4.5. Angebotsprüfung
 - 4.5.1. Vier-Augen-Prinzip
 - 4.5.2. Eignung
 - 4.5.3. Ausschlussgründe gemäß § 229 BVergG
 - 4.5.4. Selbstreinigung
 - 4.6. Echter Bieterwettbewerb
 - 4.6.1. Vorarbeitenproblematik
 - 4.7. Kommunikation mit den Unternehmen
 - 4.7.1. Aufklärungs- bzw. Verhandlungsgespräche
 - 4.7.2. Bieteranfragen
 - 4.8. Begründungspflicht von Auftraggeberentscheidungen
5. Nachprüfungsmanagement im Falle eines Nachprüfungsverfahrens
 - 5.1. Antragslegitimation
 - 5.2. Vorlage der Vergabeunterlagen
6. Compliance Management System im Unternehmen
 - 6.1. Compliance Organisation
 - 6.2. Compliance Officier

6.3. Compliance-gerechtes Handeln des Unternehmens

6.3.1. Maßnahmen

6.3.2. Frühzeitige Einbindung der Rechtsabteilung

6.3.3. Interne Informations- und Genehmigungspflichten

6.3.4. Zuständigkeiten

6.3.5. Kommunikation bei Nachprüfungsanträgen

6.3.6. Schulungen für Mitarbeiter

6.3.7. Vertraulichkeitserklärung

6.3.8. Code of Conduct

6.3.9. Durchsetzung bei Vergabeverstößen

7. Relevante Rechtsgebiete

7.1. Verbandsverantwortlichkeit

7.2. Anti-Korruptionsstrafrecht

7.3. Kartellrecht

7.4. UWG

Compliance im öffentlichen Beschaffungswesen

Compliance erlangt im öffentlichen Beschaffungswesen immer größere Bedeutung, da vor allem öffentliche Beschaffungsvorgänge anfällig für Korruption sind. Sowohl auf Auftraggeber-, als auch auf Auftragnehmerseite fordert ein stetig steigendes Maß an Transparenz und Gleichbehandlung zur Sicherung eines fairen Wettbewerbes die Einhaltung von externen Bestimmungen sowie internen Vorgaben und Richtlinien.

Compliance bzw. Regeltreue ist die Einhaltung sämtlicher für das jeweilige Unternehmen relevanten gesetzlichen Vorschriften und Richtlinien.¹ Compliance umschreibt die Erfüllung bzw. Konformität mit staatlichen Restriktionen, Regeln und Spezifikationen sowie mit ethischen und moralischen Grundsätzen, aber auch mit Standards und Richtlinien wie beispielsweise die ISO-Standards.² Compliance kann zum einen auf Zwang, wie beispielsweise im Falle von gesetzlichen Vorgaben und zum anderen auf fakultativen Einhalten von Standards und anderen Bestimmungen beruhen.³

Bereits das Bundesvergabegesetz normiert die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens dahingehend, dass Vergabeverfahren „*unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter*“ durchzuführen sind und die Vergabe nur an „*befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen [hat]*“.⁴ Schon aus dieser Bestimmung geht die Intention des Gesetzgebers, ein transparentes und regelkonformes Vergabeverfahren durchzuführen, eindeutig hervor.

Um einen erfolgreichen Wettbewerb bzw. die erfolgreiche Beteiligung an einem öffentlichen Wettbewerb zu gewährleisten, müssen sich Unternehmen immer mehr mit umfassenden und transparenten Compliance-Strukturen auseinandersetzen. Nur ein effektives Compliance-System dient der konsequenten Risikovermeidung, der Verminderung von rechtswidrigem Verhalten und damit einhergehenden Schäden.

¹ Schwarzbartl/Pyrcek, Compliance Management (2012)

² Definition Wikipedia: International Organization for Standardization (Internationale Organisation für Normung) ist die internationale Vereinigung von Normungsorganisationen und erarbeitet internationale Normen in allen Bereichen mit Ausnahme der Elektrik und der Elektronik, für die die Internationale elektrotechnische Kommission (IEC) zuständig ist, und mit Ausnahme der Telekommunikation, für die die Internationale Fernmeldeunion (ITU) zuständig ist. Gemeinsam bilden diese drei Organisationen die WSC (World Standards Cooperation).

³ Petsche/Mair, Handbuch Compliance (2011), 1f

⁴ §§ 19, 187 BVergG 2006

Forschungsgegenstand/Forschungsziel:

Im Zuge dieser Arbeit möchte ich vor allem jene Bereiche bzw. Abläufe eines öffentlichen Vergabeverfahrens herausarbeiten und diskutieren, welche primär durch die Einhaltung von Transparenz, Regelkonformität und Bietergleichbehandlung gekennzeichnet sein sollten. Ich möchte darstellen, welche Handlungen der Unternehmer bzw. der öffentliche Auftraggeber jedenfalls setzen muss und welche Risiken es zu vermeiden gilt, um nicht gegen gesetzliche Bestimmungen zu verstoßen bzw. auch darstellen, welche Möglichkeiten bestehen, regelkonformes Verhalten unternehmensweit zu gewährleisten.

Schon die Wahl der richtigen Verfahrensart stellt ein wesentliches Kriterium für die vergabekonforme Abwicklung des gesamten Verfahrens und des nachfolgenden Vertragsverhältnisses dar. Nur durch Einhaltung der gesetzlichen und unternehmensinternen Ingerenzen kann der Auftraggeber sicher und transparent seinen Auftrag vergeben. Hierbei ist zB auch immer das Verbot des Auftragsplittings im Auge zu behalten, da eine sachlich nicht gerechtfertigte Teilung eines Vorhabens als Umgehung des Vergaberechts gewertet wird. Auch kommt es seit der BVergG-Novelle 2009 zu einer wesentlichen Verschärfung des Vergaberechts und den damit einhergehenden Sanktionen des Bundesvergabeamtes. Durch die normierte de facto-Vergabe hat das Bundesvergabeamt die Möglichkeit noch rückwirkend in bereits geschlossene Verträge einzugreifen bzw. Bußgeldsanktionen aufzuerlegen, wenn eine Verfahrensart gewählt wurde, deren Voraussetzungen nicht vorliegen. In diesem Sinne wurde am 11.04.2012 die Sozialversicherungsanstalt der Bauern aufgrund einer Verletzung des Vergabegesetzes vom Bundesvergabeamt zur bisherigen Rekordgeldbuße von EUR 90.000 – rund 10% des Auftragswertes – verurteilt.⁵

Ebenso interessant ist in diesem Zusammenhang der Umgang mit Angeboten bzw. Teilnahmeantragsunterlagen und deren Prüfung seitens des Auftraggebers. Nur durch die Einhaltung von Dokumentationspflichten und dem Mehr-Augen-Prinzip kann hierbei ein regelkonformes und transparentes Verhalten gewährleistet werden.

Im Zuge der Gleichbehandlung von Bietern und Bewerbern stellt natürlich auch die Kommunikation einen wesentlichen Faktor dar. Sowohl die Kommunikation der einzelnen Unternehmen untereinander (wettbewerbswidrige Absprachen, Verstöße gegen das Kartellgesetz), als auch die Kommunikation im Sinne von Bieteranfragen, Vergabegesprächen und Aufklärungen muss im Sinne eines fairen und lautereren Wettbewerbes von Belang sein.

⁵ BVA vom 11.04.2012, N/0028-BVA/10/2012-25

Seit der BVergG-Novelle 2009 werden auch strengere Anforderungen an den Auftraggeber bezüglich der Bekanntgabe von Auftraggeberentscheidungen (Zuschlags-, Ausscheidens- und Widerrufsentscheidung) gestellt; die Holschuld der Bieter Informationen anzufordern, wurde in eine Bringschuld des Auftraggebers umgewandelt; der Auftraggeber hat sogleich mit seiner Entscheidung all jene Gründe bekanntzugeben, die Bieter benötigen, um sich ihre Chancen in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren errechnen zu können.

Mittlerweile muss nicht nur die präventive Verhinderung von Regelverstößen von zu erschaffenden Compliance-Strukturen erfasst sein, auch bereits bestehende Regelverstöße bedürfen einer konkreten und transparenten Regelung. So wurde mit der Novelle zum BVergG 2006 Unternehmen erstmals ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, sich auch im Hinblick auf eine rechtskräftige Verurteilung sowie sonstige berufliche Verfehlung durch die sogenannte Selbstreinigung freizubeweisen und somit die berufliche Zuverlässigkeit wiederzuerlangen.⁶

Diesen Ansatz hat die EU-Kommission nun auch in ihrem Richtlinienvorschlag (896/2 vom 20.12.2011) aufgenommen und in Art 55 vorgesehen, dass Unternehmen, die einen Ausschlussgrund aufgrund ihrer beruflichen Unzuverlässigkeit verwirklichen, dennoch – unter Nachweis einer effektiven und erfolgreichen Selbstreinigung – an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen können.

Im klassischen Bereich trifft den Auftraggeber gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG die Verpflichtung, Angebote von unzuverlässigen Unternehmen aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden; ein Ermessensspielraum besteht für den Auftraggeber hierbei nicht. Durch die Regelung des § 73 BVergG wurde ausdrücklich die Möglichkeit der vergaberechtlichen Selbstreinigung ins Gesetz aufgenommen, eine Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren ist somit unter bestimmten Voraussetzungen auch nach einer rechtskräftigen Verurteilung oder sonstigen beruflichen Verfehlung noch möglich.

Abweichend wird dieser Tatbestand im Sektorenbereich geregelt, da Sektorenauftraggebern ein Ermessensspielraum für den Ausschluss von Unternehmen eingeräumt wurde. Abgesehen davon wurde auch die Möglichkeit der Selbstreinigung der Unternehmen für Sektorenauftraggeber nicht im Gesetz verankert. Eine analoge Anwendung dieser „Sanierung“ des klassischen Bereichs wäre – vor allem im Hinblick auf das neueste Erkenntnis des Bundesvergabeamtes vom 22.06.2012 und insbesondere in Anbetracht der

⁶ § 73 BVergG 2006

Tatsache, dass der Sektorenbereich in der Praxis dem leichteren Vergaberegime unterliegen soll – zu diskutieren.⁷

Aufzuzeigen ist jedenfalls auch das gehörige Verhalten der einzelnen Mitarbeiter im Zuge eines Vergabeverfahrens, insbesondere im Falle eines Nachprüfungsantrages. Um im Berufsalltag im Sinne der Compliance-Vorgaben ein gesetz- und richtlinienkonformes Verhalten zu garantieren, muss die notwendige Risikoaufklärung lückenlos im Wege von Schulungen und internen Vorgaben an jeden einzelnen Mitarbeiter herangetragen und eigenverantwortliches Handeln gefördert werden.

Nur durch die Schaffung eines – an die Größe, Struktur und speziellen Bedürfnisse angepassten – Compliance Management Systems können Regelverstöße vermieden, erschwert bzw. rechtzeitig erkannt und behandelt werden. Durch ein funktionierendes System können erhebliche Schäden für Unternehmen wie Nichtigkeitssanktionen, Bußgelder, Schadenersatzansprüche und Rückabwicklungen von geschlossenen Verträgen verhindert werden. Auch nicht zu vergessen und keinesfalls zu unterschätzen ist der mit solchen Sanktionen einhergehende Imageschaden, der vor allem bei Klein- und Mittelunternehmen, aber auch durchaus bei großen Unternehmen mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen einhergehen kann.

Die oben aufgezählten Eckpunkte eines Vergabeverfahrens stellen nur einen beispielhaften Auszug jener Bereiche dar, bei denen sich öffentliche Auftraggeber an gesetzliche Bestimmungen bzw. interne Vorgaben und Richtlinien halten müssen. Handelt ein Unternehmen entgegen diesen Vorgaben, ist es vermehrt Risiken ausgesetzt, die sowohl zu einer Bestrafung der handelnden Personen, als auch des Unternehmens selbst führen können.

⁷ BVA vom 22.06.2012, N/0053/BVA/08/2012

Vorläufiger Zeitplan:

WS 2012/2013:

- Inskription für das Doktoratsstudium
- Absolvierung der Lehrveranstaltungen der Studieneingangsphase:
SE/KU zur Judikatur- und Textanalyse und VO Rechtswissenschaftliche Methodenlehre laut Studienplan
- Suche nach einem Betreuer sowie zwei Beurteilern
- Absolvierung des SE im Dissertationsfach zur Vorstellung und Diskussion laut Studienplan
- Erstellung des Exposés

SS 2013:

- Einreichen des Antrags auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens inkl. Exposé
- Absolvierung der beiden SE laut Studienplan
- Verfassen der Dissertation, zumindest halbjährliche Rücksprache mit dem Betreuer

WS 2013/2014:

- Absolvierung der ausstehenden Lehrveranstaltungen laut Studienplan
- Besprechung des ersten Entwurfs der Dissertation

SS 2014:

- Abgabe der Dissertation
- Öffentliche Defensio