

Rechtliche Trendwende zur Nachhaltigkeit

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der öffentlichen Beschaffung haben sich in den letzten Jahren stark verändert. Aktuell zeigt sich ein Paradigmenwechsel hin zu einer nachhaltigeren Beschaffung. Aus rechtlicher Sicht steht dieser auch auf kommunaler Ebene nichts im Weg. Wichtig ist aber, dass die Beschaffenden wissen, wo und wie sie ökologische und soziale Aspekte einfordern können.

MARC STEINER Die zweite Hälfte der 1990er-Jahre war durch den Glaubenssatz geprägt, dass es im öffentlichen Beschaffungswesen nur um Geld und Marktzutritt gehe. Inzwischen hat sich die Sicht etabliert, dass es ein Gleichgewicht zwischen der Wirtschaftsverfassung und den Nachhaltigkeitszielen des Bundes geben muss.

Auf Bundesebene funktioniert die Berücksichtigung nachhaltiger Aspekte in der Beschaffung bereits gut: Die Grundlagen des Bundesrechts ermöglichen den weitgehenden Einbezug von Umweltaspekten; soziale Aspekte sind im Unterschied zum europäischen Vergaberecht relativ zurückhaltend in Form einer möglichen Begründung für den Ausschluss von Anbietern integriert. Nun ist es wichtig, dass sich diese Dynamik im kantonalen und kommunalen Kontext fortsetzt.

Positive Schritte auf internationaler Ebene

Auf internationaler Ebene lässt sich ein deutlicher Trend hin zur Verankerung nachhaltiger Aspekte im Beschaffungsrecht erkennen. Eine wichtige internationale Rechtsgrundlage ist hier das Übereinkommen der World Trade Organisation (WTO) über das öffentliche Beschaffungswesen – das Government Procurement Agreement (GPA). Das GPA ist frisch revidiert und lässt neu ökologische Aspekte im Rahmen der technischen Spezifikationen wie auch als Zuschlagskriterien ausdrücklich zu. Das ist für den welthandelsrechtlichen Kontext bemerkenswert und markiert einen Paradigmenwechsel in der öffentlichen Beschaffung, der weite Kreise zieht.

Und auch im europäischen Vergaberecht tut sich etwas: Das EU-Parlament hat am 15. Januar 2014 neuen Vergaberichtlinien zugestimmt. Diese enthalten ein klares und im Vergleich zum GPA weiter gehendes Bekenntnis zu einem Qualitäts- statt Preiswettbewerb und zur nachhaltigen Beschaffung im Sinne des Denkens in Lebenszyklen.

Trend zur Nachhaltigkeit in der Schweiz

Was auf der WTO-Ebene passiert, ist auch für die Schweiz relevant, da sie nicht nur Mitglied der WTO, sondern vor allem auch Unterzeichnerin des plurilateralen Beschaffungsübereinkommens ist. Sowohl Bund als auch Kantone unterstehen damit dem Anwendungsbereich des GPA. Auf Bundesebene setzt das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen BöB die Vorgaben des GPA um. Konkretisiert und ergänzt wird das BöB durch die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB. Um im Zuge der «Strategie Nachhaltige Entwicklung Schweiz» eine nachhaltige Beschaffungspraxis zu fördern, setzt die per 1. Januar 2010 revidierte VöB im sozialen Bereich die Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) voraus. Dabei geht es nicht nur, aber insbesondere auch um die Vermeidung von Kinderarbeit. Anbieter, welche diese Standards nicht einhalten, werden ausgeschlossen. Die Nachhaltigkeitsempfehlungen der Beschaffungskonferenz gelten auch für Subunternehmen; damit liegt der Blick auf der ganzen Lieferkette. So bekennt sich der Bund nicht nur flächendeckend zu den ILO-Kernarbeitsnormen,

sondern auch zur glaubwürdigen Implementierung derselben.

Ein weiterer interessanter Inhalt der VöB-Revision: Neu sind auch Innovationsgehalt, Funktionalität, die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten sowie Nachhaltigkeit unter den in der Verordnung genannten Zuschlagskriterien zu finden.

Diese Entwicklung ist begrüßenswert, solange Nachhaltigkeitskriterien (gerade im kommunalen Kontext) nicht als Tarnung für traditionellen Protektionismus erhalten müssen. Die Verwaltungsrichter haben dafür von Amtes wegen eine feine Nase. Die per 1. Januar 2013 totalrevidierte Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB) soll darüber hinaus die wirtschaftlich effiziente, rechtmässige und ausdrücklich nachhaltige Beschaffung der Bundesverwaltung nicht nur sicherstellen, sondern auch messbar machen. Ziel des Nachhaltigkeits-Monitorings ist es, in einigen Jahren in jedem Beschaffungsbereich über den Anteil nachhaltig beschaffter Produkte, Dienstleistungen und Bauaufträge gemessen am gesamten Beschaffungsvolumen Bescheid zu wissen.

Kategorien des Beschaffungsrechts

Für den kantonalen und kommunalen Bereich wird das GPA durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB und die Vergaberichtlinien VRöB umgesetzt. Für Gemeinden spielen ausserdem die kantonalen Beschaffungsgesetze und das Binnenmarktgesetz des Bundes eine wichtige Rolle. Daneben verfügen viele Kommunen über eigene strategische Vorgaben. Beschliesst eine Stadt zum Beispiel, sich zu einer Energiestadt zu entwickeln, hat sie oft schon ein spezifisches Leitbild, welches auch die Beschaffung miteinbezieht (siehe Beitrag Seite 22). Solche Commitments zur Nachhaltigkeit sind zwar aus politischer Sicht von hoher Relevanz, haben juristisch aber nicht dasselbe Gewicht wie das kantonale Submissionsrecht.

Will man die öffentliche Beschaffung nachhaltig gestalten, ist die Argumentation in ver-

Kategorien des Beschaffungsrechts

Zwingend zu erfüllende produktspezifische Anforderungen	► Technische Spezifikationen
Zwingend zu erfüllende anbieterspezifische Anforderungen	► Keine Ausschlussgründe ► Eignungskriterien
Bewertungsvorteil	► Zuschlagskriterien

Beschaffende müssen sich stets darüber im Klaren sein, in welcher vergaberechtlichen Kategorie sie auf welche Weise Nachhaltigkeitsaspekte einfordern können.



Keystone

Das Vergaberecht steht einer nachhaltigeren Beschaffung nicht im Weg – man muss es nur richtig anzuwenden wissen.

gaberechtlichen Kategorien unerlässlich. Das gilt auch für die kommunale Beschaffung. Die wichtigsten Kategorien sind Ausschlussgründe, Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien.

► *Technische Spezifikationen* beschreiben das Produkt im Sinne von Mindestanforderungen. Setzt etwa eine Ausschreibung als technische Spezifikation für Lastwagen die Euro-Norm 6 voraus, kommt als Anbieter nur infrage, wer diese auch vorweisen kann. Wer Euro-Norm 4 oder 5 anbietet, wird ausgeschlossen. Hier haben Beschaffende grossen Ermessensspielraum – das heisst, sie können auch hohe (ökologische) Qualität verlangen, und zwar nicht nur, was das Produkt, sondern auch, was die Produktionsmethode betrifft.

► In den *Zuschlagskriterien* können Beschaffende Nachhaltigkeitsaspekte durch eine bessere Bewertung gegenüber den Preisen in Relation setzen. Das heisst, man kann einen Lastwagen mit mindestens Euro-Norm 4 ausschreiben; bringen die Anbieter aber Euro-Norm 5 oder 6, bekommen sie dafür Punkte und haben trotz allenfalls höherer Preise gute Chancen auf den Zuschlag. Die VRöB legen zwar klar fest, dass bei den Zuschlagskriterien ökologische Aspekte Platz finden. Es gibt aber Grenzen in der Gewichtung, wobei auch diesbezüglich ein grosser Spielraum besteht. Heute sind ökologische Kriterien nicht mehr nur dann zulässig, wenn sie einen monetären Vorteil bringen, wie etwa bei der Anschaffung eines effizienteren Fahrzeugs mit Blick auf die tieferen Energieverbrauchskosten. Vielmehr

können ökologische Gesichtspunkte für die Erteilung des Zuschlags auch dann eine Rolle spielen, wenn sie nicht mit einem direkten finanziellen Vorteil für die Vergabestelle einhergehen, wie etwa bei einer besseren Schadstoffbilanz des Fahrzeugs.

► Bei den *Eignungskriterien* wird es vergaberechtlich komplexer. Nachhaltigkeitsaspekte können hier in Form von Referenzen einfließen. Wenn eine Auftraggeberin beispielsweise eine Schadstoffsanierung braucht, dann ist es für sie von Vorteil, ein Unternehmen zu engagieren, welches schon Schadstoffsanierungen durchgeführt hat. Ist der Markt genügend gross, können Beschaffende durch die Definition von Referenznachweisen hohe Leistung sicherstellen, was Anbieter mit ökologischem Leistungsausweis besserstellt. Vielleicht wird das Produkt dadurch etwas teurer, weil sich nur routinierte Schadstoffsanierungsunternehmen am Wettbewerb beteiligen, gleichzeitig erhöht sich aber die Qualität der nachgefragten Leistung. Bei «umweltsensiblen» Aufträgen sind auch einschlägige ISO-Zertifikate als Eignungskriterien zulässig.

► Auch über *Ausschlussgründe* lassen sich Nachhaltigkeitsaspekte integrieren. Der Unterschied zwischen einem Eignungskriterium und einem Ausschlussgrund ist der fehlende Zusammenhang mit der Eignung. Wer Steuern nicht zahlt, kann zwar ein glänzender Architekt sein, aber bei entsprechender gesetzlicher Grundlage im einschlägigen Vergabegesetz unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgebots trotzdem ausgeschlossen werden. Die-

selbe Logik findet bei Nachhaltigkeitsthemen Anwendung: Hält jemand auf Bundesebene die ILO-Kernarbeitsnormen nicht ein, weil er durch Kinderarbeit produzierte Fussbälle liefert, ist das nicht eine Frage der Eignung, sondern dann erfüllt dieser Anbieter einen Ausschlussgrund und wird vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Auf Bundesebene kann man zwar in gleicher Weise verlangen, dass das einschlägige Umweltrecht eingehalten wird, aber mangels Statuierung eines speziellen Ausschlussgrundes kann ein Anbieter bei Verstoss gegen das Umweltrecht nicht ausgeschlossen werden. Die nächste Revision des Vergaberechts – dieses soll im Rahmen der Anpassung an das revidierte GPA für Bund und Kantone parallel in einigen Punkten geändert werden – wird wohl einen entsprechenden Ausschlussgrund enthalten.

Wissen ist der Schlüssel zum Erfolg

Aus vergaberechtlicher Perspektive ist es für eine nachhaltige Beschaffung unerlässlich, dass sich die Beschaffenden mit den verschiedenen Kategorien auskennen. Es geht hier nicht beziehungsweise nicht mehr um die Frage, ob nachhaltige Beschaffung möglich ist, sondern lediglich wie, wo und in welchem Rahmen. Je nach Kategorie sieht die Antwort anders aus. Sind sich Beschaffende darüber im Klaren und wissen mit den Kategorien umzugehen, steht einer nachhaltigen Beschaffung nichts mehr im Weg.

Wichtig ist, dass sich Beschaffende vor Augen halten, was sie mit den Nachhaltigkeitskriterien in ihrer Ausschreibung bewirken. Wie stark schränken sie etwa den Wettbewerb ein? Gibt es Anbieter, die den Anforderungen gerecht werden können, und gibt es überhaupt noch einen Wettbewerb? Grundsätzlich gilt: je anspruchsvoller die Anforderungen und je eingeschränkter der Wettbewerb, desto teurer die Angebote. Und es gibt nichts Schlimmeres, als den Wettbewerb fahrlässig einzuschränken, weil man den Markt nicht kennt. Gute Kenntnis der vergaberechtlichen Kategorien und des relevanten Marktes sind deshalb der Schlüssel zum Erfolg.

Marc Steiner äussert hier seine persönliche Meinung und bindet damit das Bundesverwaltungsgericht in keiner Weise.

Links und weitere Infos:
www.pusch.ch/dossier



Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter, Abt. II, 9023 St. Gallen, 068 705 25 74, marc.steiner@bvger.admin.ch, www.nachhaltige-beschaffung.ch