

Bundesamt für Bauten und Logistik
Sekretariat der Beschaffungskommission des Bundes
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Aarau, den 14. November 2008

Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Eingabe vom 11. November 2008 hat das Bundesverwaltungsgericht seine Vernehmlassung erstattet mit dem Hinweis, dass es die richterliche Zurückhaltung gebietet, sich zur materiellen Regelung des Vergaberechts nicht zu äussern. Entsprechend geben die nachfolgenden Äusserungen lediglich die persönliche Meinung des Unterzeichneten, der als Richter in der Abteilung II (Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht) tätig ist, wieder. Im Sinne einer restriktiv zu interpretierenden Ausnahme zur Regel der richterlichen Zurückhaltung bezieht sich die vorliegende Stellungnahme lediglich auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der umweltfreundlichen Beschaffung, welche Gegenstand des der Beschaffungskommission des Bundes im Februar 2006 vorgelegten Gutachtens zu diesem Themenbereich (im Folgenden zitiert als: Gutachten) bilden.

Vorbemerkung

Vorab ist festzustellen, dass durch den Bericht zum Vorentwurf der Eindruck erweckt wird, die Frage der Zulässigkeit ökologischer Beschaffung sei inzwischen geklärt (S. 15 unten unter Punkt 2.2). Der Klärungsbedarf wird neu auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen beschränkt. Dies birgt die Gefahr der Unachtsamkeit der politischen Akteure. Die ökologischen Aspekte sind mehr denn je von kaum zu überschätzender strategischer Bedeutung. Konkret lässt sich zu Entwurf und erläuterndem Bericht Folgendes festhalten:

Zweckartikel:

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das strategische Ziel der nachhaltigen Beschaffung in Umsetzung der Werteordnung der neuen Bundesverfassung in Art. 2 BoeB aufzunehmen.

Ausschlussgrund:

Es ist sehr zu begrüßen, dass es nun den Ausschlussgrund Art. 25 Abs. 1 lit. d VE BoeB gibt. Dies gilt vor allem im Zusammenhang mit der entsprechenden Passage des erläuternden Berichts, wo im Ergebnis gesagt wird, dass bereits der Verdacht auf Verletzung der Umweltschutzgesetzgebung zum Widerruf des Zuschlags führen kann (S. 43). Auch im Rechtsvergleich ist die Erwähnung der Umweltschutzgesetzgebung Standard. Dies auch in jenen Gesetzen, in welchen andere Mindeststandards, die auch erwähnenswert sein könnten, nicht genannt werden.

Technische Spezifikationen:

Ebenfalls wichtig und erfreulich ist, dass signalisiert wird, dass im Rahmen der technischen Spezifikationen (Art. 22 VE BoeB) an die liberale Sichtweise des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen angeknüpft wird. "Die Förderung natürlicher Ressourcen oder der Schutz der Umwelt kann bei der Ausgestaltung der technischen Spezifikationen berücksichtigt werden" (Bericht, S. 41).

Eignungskriterium:

Im Rahmen der Eignungsprüfung gemäss Art. 31 VE BoeB ist erfreulicherweise das "Umweltmanagementsystem" als möglicher Eignungsnachweis definiert. Im erläuternden Bericht, S. 31, steht dazu, dass das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems verlangt werden darf, wenn die Beschaffung besonders umweltrelevant ist. Hier wäre es wünschenswert, wenn und in der Botschaft festgehalten würde, dass das so zu verstehen ist, dass entweder die gesetzlichen Standards in diesem Bereich hoch sind oder der Tatbeweis, dass eine umweltfreundliche Beschaffung gewollt ist, erbracht wird (Gutachten, S. 66). Das kann auch in Bezug auf ein Standardprodukt so sein. Zudem müsste in der Botschaft erläuternd ausgeführt werden, dass etwa ein Zertifikat ISO 14000 auch dann verlangt werden darf, wenn sich die Selbstverpflichtung im Rahmen der Zertifizierung nicht direkt auf die Standards des in Frage stehenden Produkts beziehen. Andernfalls müsste man einzelfallweise prüfen, ob die ISO 14000-Verpflichtung die in Frage stehenden Produkte oder Dienstleistungen beschlägt, was kaum praktikabel ist.

Zuschlagskriterium:

In Art. 32 VE BoeB wird zwischen monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien unterschieden. Die Umweltverträglichkeit gilt als nicht monetäres Zuschlagskriterium. Das ist dogmatisch nicht mehr als eine Faustregel. Soweit sich

die besseren Umwelteigenschaften (Energieverbrauch) monetär so auswirken, dass das teurere Auto bei 15 Jahre geringerem Benzinverbrauch insgesamt billiger ist als das in der Anschaffung teurere Auto mit höherem Benzinverbrauch, kann der dadurch entstehende Vorteil entweder unter "Kosten" oder unter "Umweltverträglichkeit" subsumiert werden. Damit wird die Umweltverträglichkeit insoweit zum monetären Zuschlagskriterium (Gutachten, S. 78). Darüber kann aber hinweggesehen werden, da der erläuternde Bericht so verstanden werden kann, dass das klar ist. Dort wird gesagt, dass der Energieverbrauch einen höheren Preis rechtfertigen kann (Erläuternder Bericht, S. 50 zu Art. 32 Abs. 2 VE BoeB). Wichtig wäre aber, in der Botschaft die Zielrichtung des Gutachtens zu bestätigen, wonach alles, was umweltfreundliche technische Spezifikation sein kann, auch unter dem Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit zu höherer Bewertung führen kann (Gutachten, S. 88 f.). Beispiel: Punktevorteil für das Anbieten von Ökostrom im Rahmen einer Energiebeschaffung oder die Berücksichtigung von Transportart und -distanzen unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Kautelen (Gutachten, S. 94 Kernaussage 35).

Ich danke Ihnen für die Gelegenheit zur vorliegenden Stellungnahme im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des Vernehmlassungsgesetzes und versichere Sie, sehr geehrte Damen und Herren, meiner vorzüglichen Hochachtung.

Marc Steiner