

Vergaberecht und Nachhaltigkeit – der Paradigmenwechsel

***Marc Steiner,
Bundesverwaltungsrichter****

****Der Referent äussert seine persönliche Meinung***

20. Januar 2017

Gelebte Rechtsgeschichte / Einleitung

- **90er Jahre (GPA/BöB; Marktwirtschaftliche Erneuerung /“Es geht um Wettbewerb und Geld”/ wettbewerbsintensiviertes Fitnessprogramm für Anbieter als Ersatz für abgelehnten EWR; eher kein “government by procurement”)**
- **2002 Urteil “Busse für Helsinki” EuGH**
- **2004 Neue EU-Richtlinien (insb. RL 2004/18/EU)**
- **2012 Revision des Government Procurement Agreement**
- **2012 Urteil “Max Havelaar” EuGH**
- **2014 Neue EU-Richtlinien (insb. RL 2014/24/EU; strategic use of public procurement mit Blick auf Europa 2020)**
- **2016 Umsetzung des EU-Rechts in Deutschland**
- **2015 Vorentwurf BöB als Teil der harmonisierenden Revision des Vergaberechts Bund und Kantone**

Strukturelle Einleitung

- Das Thema nachhaltige öffentliche Beschaffung kann man “rein” wirtschaftlich angehen (Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots; Qualitäts- vs. Preiswettbewerb; Preis-Leistungs-Verhältnis vs. niedrigster Preis als Orientierungslinie; bloße Berücksichtigung des Einkaufspreises vs. total cost of ownership; “monetäre Nachhaltigkeit”)
- Erste ergänzende Stossrichtung: Umweltfreundliche Beschaffung / Green Public Procurement
- Zweite ergänzende Stossrichtung: Soziale Standards als Thema des öffentlichen Einkaufs (ILO Core Labour Standards, Art. 7 Abs. 2 VöB; fair trade als Zuschlagskriterium nach neuen EU-Vergaberichtlinien und Max Havelaar-Urteil des EuGH)

Die Ziele des Vergaberechts Art. 1 BöB

Abs. 1: Der Bund will mit diesem Gesetz:

- a. das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten;
- b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken;
- c. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.

Abs. 2: Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten.

Die Ziele des Vergaberechts nach dem Vorentwurf für das neue BöB I

Art. 1: Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, **unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit,**
- b. die Transparenz des Beschaffungsverfahrens,
- c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden,

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BöB

Sowohl aufgrund des Wortlautes als auch der Entstehungsgeschichte von Art. 21 Abs. 3 BöB ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber den reinen Preiswettbewerb bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern als nicht sachgerecht erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.5.1 f. mit Hinweisen; Steiner, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 166 f. mit Hinweisen).

Kulturwandel im Vergaberecht?

- Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur (Soudry/Hettich, S. 64; vgl. dazu 17. forum vergabe Gespräche 2015, S. 148)
- Das geltende schweizerische Vergaberecht ist in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots eigentlich auf Qualität ausgerichtet; das Problem ist die Vergabekultur.

Nachhaltigkeit als Gesetzesziel

Die Nachhaltigkeitszielsetzung, d.h. die Integration längerfristig relevanter Gesichtspunkte, passt zu reinem Preiswettbewerb wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge.

Oder umgekehrt: Bauwirtschaft, Ingenieure, Textilindustrie usw. müssen sich fragen, ob sie ein Interesse daran haben, economiesuisse bei der Bekämpfung des Nachhaltigkeitsziels zu unterstützen.

Internationale Appetithäppchen

- “umweltfreundliche” Revision des WTO-Government Procurement Agreement (GPA)
- Am 15. Januar 2014 hat das EU-Parlament den neuen Vergaberichtlinien zugestimmt. Diese enthalten ein klares Bekenntnis zu Qualitäts- statt Preiswettbewerb und zur nachhaltigen Beschaffung (Lebenszyklusdenken).
- Auch ganz ähnlich wie bei uns ist in der EU die verfassungsrechtliche Ausgangslage; erst die neue Bundesverfassung bei uns bzw. das EU-Recht gemäss den neuen Verträgen (Amsterdam, Lissabon) hebt die Nachhaltigkeit als Ziel besonders hervor -> Europa 2020

Vernehmlassung swisscleantech

- Oberstes Ziel jeder wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Regulierung ist die Kohärenz der Rechtsordnung. Um diese Politikkohärenz zu wahren, muss die öffentlichen Hand hinsichtlich eigener Strategien und Ziele (z.B. Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015, Masterplan Cleantech, 2000-Watt Gesellschaft, Grüne Wirtschaft) eine glaubwürdige Strategie zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung ausweisen und umsetzen. [...] Die Berücksichtigung ökologischer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe stellt damit eine Grundvoraussetzung für die Gewährleistung der Politikkohärenz dar.
(Vernehmlassung swisscleantech zur BÖB-Revision)

Fokus umweltfreundliche Beschaffung

Die Diskussion der rechtlichen Rahmenbedingungen der öffentlichen Beschaffung bedeutet aus der Sicht des schweizerischen Vergaberechts grundsätzlich die Antwort auf die Frage, ob es rechtlich **zulässig** ist, ökologische Aspekte zu berücksichtigen. Die Antwort auf die Frage, ob und inwieweit das auch geschehen soll, ist ein “policy choice” des Gemeinwesens bzw. der Vergabestellen.

Der Bund hat im Rahmen der VöB-Teilrevision vom 18. November 2009 und mit den Nachhaltigkeitsempfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes aus dem Jahre 2010 ein klares strategisches Bekenntnis zur nachhaltigen Beschaffung abgelegt.

Kategorien des Beschaffungsrechts:

- Ausschussgründe**
- Eignungskriterien**
- technische Spezifikationen**
- Zuschlagskriterien**

- Zwingend zu erfüllende Punkte

- technische Spezifikation
 - ▶ Eignung
 - ▶ Keine
Ausschlussgründe

- Bewertungsvorteil

- - Zuschlagskriterium
- - Besonderheit:
Mehreignung

VöB: ILO Core Labour Standards

- ▶ Art. 7 Abs. 2 VöB (Fassung gültig seit dem 1. Januar 2010):

Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin oder der Anbieter zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation nach Anhang 2a [zur VöB] zu gewährleisten.

Betrifft insbesondere das Thema Kinderarbeit.

VE BöB: ILO Core Labour Standards

Art. 14 Abs. 1 VE BöB (identisch Art. 13 Abs. 1 E-IVöB):

Für im Ausland erbrachte Leistungen müssen mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) ... eingehalten werden. Die Anbieterinnen verpflichten ihre Subunternehmerinnen, diese Anforderungen einzuhalten.

Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund

Für swisscleantech ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die Einhaltung der geltenden Umweltgesetzgebung im In- und Ausland durch den Anbieter keine zwingende Teilnahmebedingung beider Vergabe öffentlicher Aufträge darstellt. In Art. 25 VE BöB vom 30. Mai 2008 war eine solche Norm bereits vorgesehen, ... (Vernehmlassung swisscleantech zur BöB-Revision)

Technische Spezifikationen I

Art. 12 BöB:

Abs. 1: Die Auftraggeberin bezeichnet die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen.

Abs. 2: Sie berücksichtigt dabei soweit als möglich internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen.

Technische Spezifikationen II

- Art. VI Ziff. 3 GPA:
Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken [...] oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung, bestimmte Produzenten oder Anbieter sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt und dass in die Vergabeunterlagen die Worte "oder gleichwertig" einbezogen werden.
- Label: Nach neuem EU-Vergaberecht ist klar, dass die Beweislast für die Gleichwertigkeit eines anderen Nachweises beim Anbieter liegt.

Technische Spezifikationen III

- Art. VI GPA erwähnt ausdrücklich die Herstellungsbedingungen als möglichen Gegenstand der technischen Spezifikationen. Damit liegt im Ergebnis für das Vergaberecht eine Art welthandelsrechtlicher *lex specialis* vor. Die öffentlichen Hand hat einen weiteren Spielraum, wenn sie einkauft, im Vergleich zum Handeln als Regulatorin etwa mittels Importbeschränkungen (Steiner, Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 162).

Ermessensspielraum bei der Festsetzung technischer Spezifikationen

- ▶ Das Bundesverwaltungsgericht geht (wie auch die kantonalen Rechtsmittelinstanzen) davon aus, dass die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin grundsätzlich frei darüber bestimmen können muss, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich **Qualität**, Ausstattung, Service etc. stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (Zwischenverfügung B-822/2010 vom 10. März 2010, E. 4.2 mit Hinweis auf VPB 66.38, E. 5).

Ökologische Vorgaben als technische Spezifikationen

Stadt Zürich: In der Praxis wird der Aspekt der Ökologie regelmässig nicht als Zuschlagskriterium angewendet. Die strengen ökologischen Anforderungen werden ... bereits im Rahmen der Projektierung erarbeitet und fliessen so in den Inhalt der Submission ein. Anbietende, die den im Leistungsbeschrieb formulierten ökologischen Anforderungen nicht genügen, werden vom Vergabeverfahren ... ausgeschlossen, ...

(Antwort des Stadtrats vom 16. April 03 auf das Postulat Diem und Bärtschi vom 20. Nov. 02)

Das ist veraltet. Heute geht es darum, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien richtig zu kombinieren.

Technische Spezifikationen

- Zwischenfazit:
Je anspruchsvoller die Anforderungen, desto teurer werden die Angebote sein.
- Die Vergabestelle kommuniziert bereits durch die technischen Spezifikationen, ob sie einen Kleinwagen, einen Mittelklassewagen oder eine Luxusmarke kaufen will. Das ist bereits eine Aussage über die Abwägung zwischen Qualität und Preis, wobei das Umweltdesign ein Qualitätsaspekt sein kann.

Ökologische Aspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots I

Art. 27 Abs. 2 VöB (Fassung gültig seit dem 1. Januar 2010):

[Die Auftraggeberin] kann neben den im Gesetz genannten Zuschlagskriterien insbesondere auch die folgenden verwenden: Nachhaltigkeit, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, [...] und die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten.

Ökologische Aspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots II

Helsinki Bus Case (Urteil des EuGH in der Rechtssache C-513/99 vom 17. September 2002)

Der EuGH hat entschieden, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung des Zuschlags auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht mit einem direkten finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind (anders noch die Kommission in ihrer interpretierenden Mitteilung vom 4. Juli 2001 (KOM (2001) 274 endg.).

Ökologische Aspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots III

Urteil vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache
C-448/01 EVN AG/Wienstrom GmbH

Der EuGH hat festgehalten, dass es dem Auftraggeber im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gestattet ist, für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern belohnt.

Die Vergabestelle darf also via öffentliche Beschaffung nicht nur ihre eigenen nicht pekuniären Interessen verfolgen (weniger Luftverschmutzung), sondern auch „die Welt retten“ in Umsetzung des Pariser Klimaabkommens.

Fazit zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots

- Gesucht wird in der Regel das beste Preis-Leistungsverhältnis und nicht einfach das billigste Angebot.
- Das BÖB sieht das Kriterium «Umweltverträglichkeit» ausdrücklich vor.
- Die Vergabestelle darf den Klimawandel mit Vergaberecht bekämpfen.

Fazit zu Anforderungen an das nachgefragte Produkt

Sowohl im Rahmen der technischen Spezifikationen als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien hat die Vergabestelle ein weites Ermessen, welches Preis-Leistungs-Verhältnis sie für die konkrete Vergabe anvisieren will. Das gibt weiten Spielraum für die Berücksichtigung ökologischer Aspekte.

Was passiert jetzt in Bezug auf die Gesetzgebung? II

- Nationalrat: Curia Vista **14.5148 – Fragestunde. Frage**
- **Nachhaltigeres Beschaffungswesen auch in der Schweiz?**
- **Widmer-Schlumpf** Eveline, Bundesrätin: Die drei Bereiche der Nachhaltigkeit, Ökologie, Ökonomie und Soziales, sind in den mit den Kantonen zusammen erarbeiteten Entwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen eingeflossen. Die diesbezüglichen Arbeiten wurden jedoch vor der Verabschiedung der EU-Richtlinie abgeschlossen. Die Vernehmlassung zum Entwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen wird gemäss Planung in der zweiten Hälfte 2014 eröffnet. In diesem Rahmen wird sich dann auch die Gelegenheit bieten zu prüfen, ob die neuen Richtlinien der EU Anlass zu einer Anpassung des Entwurfes geben. (...) [17. März 2014]

Internalisierung externer Kosten

Nach Art. 68 Abs. 1 lit. b der neuen EU-Richtlinie 2014/24/EU kann man externe Umweltkosten (Treibhausgasemissionen, Schadstoffe etc.) als Kostenfaktor „einpreisen“, soweit dafür eine praktikable Methode zur Verfügung steht.

Exkurs: Der Max Havelaar-Fall (EuGH)

“Zwar schmeckt Zucker streng genommen nicht unterschiedlich, je nachdem, ob er fair oder unfair gehandelt wurde. Gleichwohl hinterlässt ein Produkt, das zu unfairen Bedingungen auf den Markt kam, bei einem sozial verantwortungsbewussten Kunden einen bitteren Nachgeschmack.“
(Schlussanträge Generalanwältin Juliane Kokott in der Rechtssache C-368/10, Rz. 110)

-> soziale Zuschlagskriterien RL 2014/24/EU Art. 67

Schlusswort

Oberstes Ziel jeder wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Regulierung ist die Kohärenz der Rechtsordnung. Der öffentliche Konsument (Bund, Kantone und Gemeinden) kann nicht von Cleantech, 2000 Watt-Gesellschaft, Klimaschutz oder gar Energiewende sprechen, ohne eine glaubwürdige Strategie in Bezug auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung auszuweisen und umzusetzen. Widersprüchliches Verhalten ist ein Reputationsrisiko.

Lektüre

Empfehlungen der Beschaffungskommission (heute: Beschaffungskonferenz) des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung

(<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/nachhaltige-beschaffung.html>)

Einstiegstexte für Praktikerinnen und Praktiker

vgl. www.nachhaltige-beschaffung.ch und www.kompass-nachhaltigkeit.ch

JuristInnenfutter: Marc Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 149 ff. (zitiert als: Nachhaltige Beschaffung 2014)

Kontakt

Marc Steiner

Bundesverwaltungsgericht

Abteilung II

9023 St. Gallen

Tel. 058 465 25 74

marc.steiner@bvger.admin.ch