Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht:

Wie positioniert sich die öffentliche Hand?

Dem öffentlichen Einkauf kommt bekanntermassen eine grosse volkswirtschaftliche Bedeutung zu. Wie andere Akteure – etwa Grossverteiler, welche gemäss Leitbild «bei all ihren Tätigkeiten ökonomisch, sozial und ökologisch ausgewogene Lösungen» anstreben (Migros) bzw. ein «ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Schutz der Umwelt, sozialer Verantwortung und der Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte als Basis für dauerhaften Geschäftserfolg» betrachten (Coop) – hat auch die Schweizerische Eidgenossenschaft ein Unternehmensleitbild – auch Bundesverfassung (BV) genannt –, mit welchem sie sich zur Förderung der nachhaltigen Entwicklung (Art. 2 Abs. 2 BV) bzw. zum Einsatz für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 2 Abs. 4 BV) verpflichtet. Was bedeutet das für die Revision des Beschaffungsrechts sowie die Beschaffungspraxis von Bund, Kantonen und Gemeinden?

Marc Steiner

Quelle: Felix Schaad, mit freundlicher Genehmigung der Tamedia AG

Ausgangslage:

Nachhaltiger Einkauf als strategisches Ziel

Wie die genannten Grossverteiler weiss auch die öffentliche Hand, dass ein abstraktes Bekenntnis zur Nachhaltigkeit auf Unternehmensleitbildebene nichts bedeutet ohne eine parallele *strategische Festlegung im Sinne der nachhaltigen Beschaffung*. Dazu Coop: «Die Konsumentinnen und Konsumenten, aber auch die Gesellschaft erwarten von Coop, dass die angebotenen Produkte ökologische und soziale Mindestanforderungen erfüllen. Coop ist sich dieser Verantwortung bewusst.» Die Grossverteiler beschränken sich aber nicht auf die Einhaltung von Mindeststandards zur Vermeidung von Reputationsrisiken, sondern prägen darüber hinaus – der im jeweiligen Leitbild eingegangenen Verpflichtung entsprechend – ein Positivimage durch den Verkauf von Produkten, w elche besonders hohen Anforderungen genügen (vgl. dazu etwa auch die Bio-Produkte von Aldi). In vergleichbarer Weise, aber noch weitergehend definiert auch der Bund als strategisches Ziel, im Rahmen seines Konsumverhaltens eine *Vorbildfunktion* einzunehmen, indem er Produkte nachfragt und Bauwerke realisiert, die nicht nur wirtschaftlich, sondern auch umweltschonend sind und sozial verantwortungsvoll produziert werden (Schweizerischer Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008–2011, S. 21 ff.). Dies unter anderem im Wissen darum, dass der Staat nur dann die Verantwortung privater Unternehmen in Bezug auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsanliegen in glaubwürdiger Weise betonen kann (a.a.O., S. 22), wenn er selbst den entsprechenden Tatbeweis erbringt.

Umweltfreundliche Beschaffung:

Die vergaberechtliche Trendwende ist geschafft.

Noch vor zehn Jahren wurden die Einkäufer der öffentlichen Hand von den zuständigen Rechtsdiensten gewarnt, die umweltfreundliche Beschaffung sei vergaberechtlich äusserst heikel. Insbesondere dürfe die Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium nur berücksichtigt werden, wenn sich aus der Berücksichtigung ökologischer Aspekte (etwa Energieverbrauch) zugleich ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen für das einkaufende Gemeinwesen ergebe. Diesem Erfordernis sei nur dann Genüge getan, wenn der geringere Energieverbrauch eine grössere Ersparnis mit sich brächte im Vergleich zum Mehrpreis, den beispielsweise ein umweltfreundliches Auto im Einkauf kostet.

Inzwischen entspricht es indessen, gestützt auf den berühmten «Helsinki Bus Case» (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften [EuGH] in der Rechtssache C-513/99 vom 17. September 2002), absolut herrschender Rechtsauffassung, dass auch die Schadstoffbilanz eines Automobils berücksichtigt werden darf, selbst wenn sich die Verringerung von Schadstoffemissionen nicht unmittelbar *finanziell* zugunsten der Vergabestelle auswirkt. Sogar die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern darf im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots mit Bewertungsvorteilen belohnt werden, auch wenn die Verwendung erneuerbarer Energie (im Unterschied zur Verminderung der Schadstoffbilanz im soeben zitierten Fall, welche sich auf die Luft *am Ort der Leistung* auswirkt) nicht dem beschaffenden Gemeinwesen direkt, sondern «nur» dem Ökosystem als Ganzem dient (Urteil des EuGH in der Rechtssache C-448/01 vom 4. Dezember 2003). Nicht zuletzt aufgrund dieser Rechtsprechung dürfen die sich an derselben orientierenden neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die neue Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134/114 vom 30. April 2004), aus der Sicht der nachhaltigen Beschaffung als sehr fortschrittlich bezeichnet werden. Die Kommission hat unter anderem mit der aktiven Förderung des «Green Public Procurement» noch eins draufgesetzt und in diesem Rahmen etwa das Handbuch «Buying Green!» (deutsche Fassung «Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen», Brüssel 2005) veröffentlicht. Die Kommission geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass mit Ökoinnovationen die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der EU gestärkt wird (Mitteilung «Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung» vom 16. Juli 2008, Punkt 11, S. 13).

Vergabefremde Aspekte:

Mehr als ein rechtspolitisches Schlagwort? Während private Unternehmen insbesondere mit Blick auf Reputationsrisiken oder gar mit dem Ziel positiver Positionierung grundsätzlich alle möglichen Gesichtspunkte in ihre Beschaffungspolitik integrieren können, setzt das Beschaffungsrecht dem Gemeinwesen gewisse Grenzen, um die Instrumentalisierung des Einkaufs im Dienste von Zielen, welche aus ökonomischer bzw. wirtschaftsrechtlicher Sicht fragwürdig bzw. binnenmarktwidrig sind, zu verhindern.

Mit Blick auf die Neuordnung des Vergaberechts sind zunächst zwei Studien in Auftrag gegeben worden, um zu sehen, ob und inwieweit sogenannt «vergabefremde», namentlich ökologische oder soziale Zielsetzungen, im Rahmen der öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden bzw. werden können (Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey, Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, sog. «vergabefremde» Kriterien, Fribourg 2004; Marc Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Aarau 2006). In diesem Zusammenhang hat sich ergeben, dass sich die ökologischen Aspekte weitgehend als Qualitätsanforderungen an das zu beschaffende Produkt definieren lassen, womit sie insoweit in den Leistungsbeschrieb bzw. die Offertbewertung miteinbezogen werden können und nicht als vergabefremd erscheinen. Im Unterschied dazu sind soziale Gesichtspunkte wie etwa die Frage, ob ein Betrieb Lehrlinge ausbildet oder Langzeitarbeitslose beschäftigt, immer vergabefremd, weil – anders als bei der Frage, wie energiesparend das zu beschaffende Automobil ist – kein Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung besteht. Indessen will es das Gemeinwesen regelmässig nicht hinnehmen, dass sich ein Anbieter durch Unterschreiten gesetzlicher Mindeststandards in unlauterer Weise Wettbewerbsvorteile verschafft. Deshalb wird etwa gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit ein Arbeitgeber, der wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung seiner Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs- oder Ausländerrecht rechtskräftig verurteilt worden ist, von der zuständigen kantonalen Behörde während höchstens fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Ebene ausgeschlossen.

«Sogar die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern darf im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes mit Bewertungsvorteilen belohnt werden.»

Die Revision des Beschaffungsrechts:

Umweltfreundliche Beschaffung ausser Streit? Der Bund will das Vergaberecht mit der neuen Gesetzesvorlage gemäss dem Vorentwurf vom 30. Mai 2008 modernisieren, unklare Punkte klären, das Beschaffungsverfahren flexibilisieren und der Rechtszersplitterung mit einer Teilharmonisierung (Rahmengesetz für die Beschaffung von Bund, Kantonen und Gemeinden) begegnen. Die Vernehmlassungsfrist ist Mitte November 2008 abgelaufen. Eine erste Auswertung der Antworten hat unter anderem ergeben, dass die Teilharmonisierung zwar von der Wirtschaft begrüsst, von den Kantonen aber grossmehrheitlich abgelehnt wird, wogegen Städte und Kommunen die Teilvereinheitlichung wiederum befürworten. Nicht zuletzt deshalb wird der Bundesrat jetzt einige strategische Grundentscheidungen (wohl auch zur nachhaltigen Beschaffung) treffen, bevor das Finanzdepartement den Auftrag erhält, eine Botschaft zum neuen Beschaffungsgesetz auszuarbeiten. Im Erläuternden Bericht zum Vorentwurf werden zwar nur noch die sozialen Aspekte als klärungsbedürftig bezeichnet (Erläuternder Bericht vom 30. Mai 2008, S. 15 Punkt 2.2). Indessen bleiben auch im Umweltbereich (mindestens) zwei heisse Eisen: Erstens erscheint es nach dem oben unter dem Titel «Nachhaltige Beschaffung als strategisches Ziel» Gesagten nichts als folgerichtig, dass dieses Ziel in den Zweckartikel des neuen Gesetzes aufgenommen wird. Zweitens sieht Art. 25 des Vorentwurfs vor, dass die Beschaffungsstelle eine Anbieterin vom Beschaffungsverfahren ausschliesst, wenn sie nicht nachweist, dass sie die Anforderungen der Umweltschutzgesetzgebung erfüllt. Diese Bestimmung ist offenbar in der Vernehmlassung auf Kritik aus Wirtschaftskreisen gestossen. Es wäre aus der Sicht der umweltfreundlichen Beschaffung eine äusserst bittere Pille, wenn die letztlich unspektakuläre Selbstverständlichkeit der Beachtung eines gesetzlichen Mindeststandards aufgegeben würde. Im Erläuternden Bericht (S. 43) heisst es dazu absolut zutreffend:

«Der Staat als Beschaffungsstelle darf nicht (Ergänzung durch den Verfasser: statt ‹nicht› sollte stehen ‹ebensowenig wie ein Anbieter›) von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften profitieren.» Ansonsten wäre des Verhalten der öffentlichen Hand durch einen Wertungswiderspruch geprägt. Dass dadurch schweizerische Anbieter gegenüber Konkurrenten, welche nicht (wie die etwa in der EU ansässigen Unternehmen) gleichwertigen Standards unterworfen sind, in gewissem Umfang benachteiligt werden, ist zur Vermeidung widersprüchlichen Verhaltens der öffentlichen Hand in Kauf zu nehmen.

Soziale Aspekte

als mögliche Kriterien der öffentlichen Beschaffung? Der öffentliche wie der private Einkäufer kann – auch wenn er selbst keine Motivation hat, ökologische oder soziale Aspekte zu berücksichtigen – plötzlich mit einem Vorgesetzten konfrontiert sein, der ihn nach Reputationsrisiken fragt. Wie ungeschickt, wenn publik wird, dass unter das Volk verteilte Fussbälle das Produkt von verpönter Kinderarbeit sind. Wie «sub-optimal», wenn sich plötzlich herausstellt, dass auf dem Dorfplatz von Uitikon-Waldegg eingebaute Pflastersteine von in einem indischen Steinbruch arbeitenden Kindern behauen worden sind. Das reicht schon mal zu einem unfreiwilligen Auftritt in der «Rundschau» oder im «Kassensturz». Es ist das Ergebnis geschickt geführter Kampagnen linker Nichtregierungsorganisationen, dass die sozialen Aspekte der Beschaffung derzeit ein aus Mediensicht gut vermittelbares Thema sind. Wie sieht es hier mit den rechtlichen Schranken der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte aus? Gemäss Art. 25 Abs. 3 des Vorentwurfs gelten für Anbieterinnen ohne Sitz in der Schweiz grundsätzlich die Bestimmungen am Ort der Leistung, mindestens aber die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO). Als Beispiel für diese Konstellation werden im Erläuternden Bericht (S. 44) Textilien aus Thailand genannt. Tatsächlich ist die Produktion von Textilien für unlauteren Wettbewerb durch Missachtung sozialer (und ökologischer) Mindestvorgaben besonders anfällig. Dass die Kernübereinkommen der ILO überall auf der Welt zu respektieren sind, wird inhaltlich von keiner Seite in Frage gestellt. Indessen geht es im Lichte des Welthandelsrechts nicht an, wegen eines gewissen Risikos etwa von Kinderarbeit einen ganzen Erdteil als Produktionsort auszuschliessen; vielmehr geht es darum, sich über Produktionsabläufe zu informieren und entsprechende Vorgaben (allenfalls unter Hinweis auf einschlägige Zertifikate) zu machen. Interessant ist, dass sich in Bezug auf die Berücksichtigung dieser «vergabefremden» Aspekte, welche der Kohärenz der Rechtsordnung dienen, auch der rechtspolitische Widerstand der Wirtschaft in Grenzen hält. Anders ist es wohl dort, wo linke Organisationen die öffentliche Beschaffung generell zur Bekämpfung negativer Effekte der Globalisierung als Teil der Entwicklungspolitik einsetzen wollen (siehe etwa die teilweise weit über gesetzliche Mindestvorgaben hinausgehenden Anforderungen an Fair-Trade-Produkte). Darum ist auch nicht ganz klar, was der Satz im Erläuternden Bericht (S. 44 zu Art. 25 Abs. 3 VE BoeB) bedeutet, wonach es der Beschaffungsstelle grundsätzlich frei steht, von den Anbieterinnen auf vertraglicher Basis zu verlangen, dass sie weitere Anforderungen erfüllen müssen. Solche Erfordernisse müssten je nach rechtspolitischer Bedeutung zumindest in der Botschaft oder gar im formellen Gesetz genannt sein, zumal es auch Lehrmeinungen gibt, die soziale Kriterien, namentlich die Berücksichtigung des Aspekts der Lehrlingsausbildung, soweit sie über gesetzliche Mindeststandards hinausgehen, für gänzlich unzulässig halten. Als Ausnahmen zur Regel der Nichtberücksichtigung solcher vergabefremder Kriterien im engen Sinne müssen diese grundsätzlich auf formell-gesetzlicher Ebene als zulässige Kriterien vorgesehen sein. Dies ist im Unterschied zur entsprechenden Ermächtigung gemäss Art. 26 der genannten Richtlinie 2004/18/EG auch im Vorentwurf zum neuen BoeB nicht vorgesehen. Wahrscheinlich wird auch die Botschaft zum neuen Gesetz keine solche Bestimmung enthalten. Das würde bedeuten, dass diesbezüglich die rechtspolitische Entscheidung – wie übrigens mutatis mutandis auch in der EU geschehen – wohl erst im Rahmen der parlamentarischen Debatte getroffen würde. Ein Verzicht auf diese Diskussion ist aufgrund der zunehmenden Sensibilisierung der Öffentlichkeit immer weniger wahrscheinlich.

«Der Quervergleich zwischen dem Einkaufsverhalten öffentlicher und privater Akteure wird immer interessanter werden.»

Ökologische (und soziale) Aspekte nach geltendem Recht:

Die Umsetzung ist alles. Es ist immer wieder betont worden, dass die konsequente Umsetzung des geltenden Rechts insbesondere im Bereiche der ökologischen Beschaffung mindestens so viel bringen würde wie die fortschrittlichst zulässige und politisch mehrheitsfähige Gesetzesrevision. Das bedeutet, dass auf allen Ebenen viel in die Ausbildung investiert werden muss, weniger, aber auch in ernst zu nehmendem Umfang in die statistische Erfassung von Vergaben unter der Berücksichtigung der Verwendung ökologisch motivierter technischer Spezifikationen, Zuschlagskriterien usw. Ebenso wichtig ist das entsprechende Controlling (aufgrund der Statistik) durch die zuständigen strategischen Organe. Dabei wären gerade auch auf kantonaler und kommunaler Ebene strategische Festlegungen und entsprechende Anpassungen der Beschaffungsorganisation hilfreich. Im Rahmen zentraler Beschaffung (namentlich von Produkten) ist nicht nur die professionelle Durchführung von Vergaben, sondern auch die flächendeckende Berücksichtigung von Umweltaspekten im Zweifel wahrscheinlicher. Gerade auf kommunaler Ebene liegt hier eine riesige politische Herausforderung. Letztlich wird eine Beschaffungspraxis, welche den Mindestan-

Marc Steiner

Rechtsanwalt, Richter am Bundesverwaltungsgericht

Graben 35, 5000 Aarau
marc.steiner@bvger.admin.ch

forderungen in Bezug auf die notwendige Marktkenntnis und die rechtlichen Rahmenbedingungen genügt, nur in grösseren Kommunen oder Zweckverbänden funktionieren, welche für mindestens 5000 Einwohner einkaufen. Haben Sie Zweifel an der politischen Durchsetzbarkeit der Qualitätssicherung auf kommunaler Ebene? Yes, we can! Und schliesslich noch ein Hinweis für diejenigen unter Ihnen, welche die Beschaffungspolitik privater Unternehmen definieren: Der Quervergleich zwischen dem Einkaufsverhalten öffentlicher und privater Akteure wird nicht nur für die öffentliche Hand, sondern auch für Beschaffungsverantwortliche und strategische Einkäufer insbesondere grosser privater Unternehmen immer interessanter werden. ■

Literatur und weiterführende Dokumente:

Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Eveline Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage Zürich 2007

Manuel Restle/Lorenz Tschudi/Andreas Burger, Nachhaltige Beschaffung – Handlungspotenziale für Gemeinden, in: Umwelt Aargau Nr. 29 August 2005, S. 33 ff.

Marc Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Aarau 2006 (vgl. www.beschaffung.admin.ch)

Marc Steiner, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht – ein Wink aus Europa, in: Beschaffungsmanagement 5/2004, S. 12 f., insbesondere mit Hinweisen auf die einschlägigen Publikationen von RA Matthias Hauser, Zürich

Hubert Stöckli (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz, Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 7. Auflage Zürich 2008

Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey, Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, sog. «vergabefremde» Kriterien, Fribourg 2004 (vgl. www.beschaffung.admin.ch)

Schweizerischer Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008–2011, Bericht vom 16. April 2008 (vgl. www.are.admin.ch/themen/nachhaltig/)

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, Vorentwurf (mit Blick auf die Total-revision der Beschaffungsgesetzgebung) vom 30. Mai 2008 (vgl. www.beschaffung.admin.ch)

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (vgl. www.beschaffung.admin.ch)

Richtlinie 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

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, Luxemburg 2005

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung «Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen» vom 16. Juli 2008 (KOM [2008] 400 endg.)