

## **Nachhaltige öffentliche Beschaffung: Was gilt heute, was gilt morgen?**

Martin Beyeler, Assoziierter Professor, Smart living Lab/Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Halle Bleue, Passage du Cardinal 13B, 1700 Fribourg, [martin.beyeler@unifr.ch](mailto:martin.beyeler@unifr.ch), [www.smartlivinglab.ch](http://www.smartlivinglab.ch), [www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht)

### **Welche Rechtsregeln haben öffentliche Auftraggeberinnen zu beachten, die auch in ökologischer und sozialer Hinsicht nachhaltig beschaffen wollen? Was wird die laufende Revision der Beschaffungsgesetze (BöB/VöB sowie IVöB) an Neuem bringen? Und wie sieht es derweil im Europarecht aus?**

Öffentliche Auftraggeberinnen – insbesondere der Bund, die Kantone und die Gemeinden – sind bei ihren Beschaffungen an das öffentliche Vergaberecht (oder auch: Beschaffungsrecht, Submissionsrecht) gebunden. Dieses schreibt ihnen nicht vor, ob, was und wann sie beschaffen sollen, sehr wohl aber, wie sie ihre Beschaffungsvertragspartnerin auszuwählen haben. Diese Auswahl muss in einem gesetzlich geregelten Vergabeverfahren, welches in der Regel durch öffentliche Ausschreibung eingeleitet wird, und nach gesetzlich vorgeprägten Bedingungen und Kriterien geschehen. Mit dieser Regulierung verfolgt das Vergaberecht primär das Ziel, dass die Auftraggeberinnen alle Unternehmen gleich behandeln und sich allein daran orientieren, welches Unternehmen das beste Preis-/Leistungsverhältnis zu bieten hat. Unzulässig ist in diesem Sinne alles, was eine Bevorzugung lokaler oder inländischer Unternehmen bezweckt.

Diese Regulierung hat Folgen auch für das Bestreben einer öffentlichen Auftraggeberin, in ökologischer oder sozialer Hinsicht nachhaltig zu beschaffen; denn es gilt auch hier, die Grenzen des rechtlich Zulässigen zu beachten. Indes wird eine nachhaltige Beschaffung dadurch keineswegs verunmöglicht. Die Auftraggeberin kann nach heutigem schweizerischem Vergaberecht auf mehreren Ebenen Massnahmen zur Förderung der Nachhaltigkeit ergreifen: bei der Spezifikation der Leistungen, den Eignungskriterien und den Zuschlagskriterien.

### **Spezifikation der Leistungen**

Bevor die Auftraggeberin ausschreibt, spezifiziert sie unter Würdigung ihres Bedarfs die Leistungen, die sie beschaffen will. Sie legt also Art, Qualität, Ort, Zeit und Menge der zu erbringenden Leistungen fest. In dieser Leistungsdefinition ist sie vergaberechtlich grundsätzlich frei. Vorausgesetzt ist einzig, dass die Definition einerseits auf sachlichen Gründen (das heisst nachvollziehbaren Überlegungen) beruht und dass sie andererseits nicht zu einer Situation führt, in welcher nur ein einziges Unternehmen Leistungen der betreffenden Art erbringen könnte.

Mit der Leistungsdefinition verfügt die Auftraggeberin angesichts der geschilderten Definitionsfreiheit über wichtige und weitgehende Möglichkeiten, ihre Beschaffung ökologisch auszurichten. Solange es mehrere Lösungen gibt und für diese Lösungen jeweils mehrere Unternehmen infrage kämen, steht es ihr offen, jene Lösung auszuwählen und festzulegen, die bei der Herstellung, im Gebrauch oder beim Konsum sowie bei der Wiederverwertung oder Entsorgung den geringsten ökologischen Nachteil aufweist. So kann die Auftraggeberin beispielsweise beschliessen, eine Fahrzeugausschreibung auf Autos mit Hybridantrieb zu beschränken, sie kann anstelle von Wegwerf-Kaffeetassen abwasch- oder kompostierbare verlangen, und sie darf auch ein Gebäude im Minergie-Standard errichten lassen. Ebenso ist es zulässig, Recycling-

Kopierpapier oder wiederaufbereiteten Kies zu verlangen. Im gleichen Sinne kann von Büro-Reinigungsunternehmen gefordert werden, dass sie Putzmittel gewisser Art verwenden oder vermeiden. Und eine Elektrizitätsbeschaffung darf auf die Spezifikation «Öko-Strom» beschränkt werden.

Die Definitionsfreiheit der Auftraggeberin endet dort, wo es nicht mehr um Ressourcenverbrauch und Umweltverträglichkeit von Herstellung, Gebrauch und Entsorgung der Leistung geht, sondern um das leistungserbringende Unternehmen an sich: Sogenannte «Unternehmenserziehung» ist verpönt. Es ist nicht rechtskonform, von den Anbieterinnen jenseits der eigentlich interessierenden Leistung allgemeine ökologische Anstrengungen wie beispielsweise die Veranstaltung eines «Bike to work»-Programms zu fordern.

Unzulässig sind auch Spezifikationen, die einen unmittelbaren geographischen Bezug aufweisen («Schweizer Holz»), auch wenn es um die Vermeidung von Transportdistanzen geht, sowie Spezifikationen, die auf einen Rechtsexport hinauslaufen («Einhaltung schweizerischer Umweltstandards»). Höchste Vorsicht ist geboten, wo eine Spezifikation mittelbar dazu führt, dass nur Leistungen oder Rohstoffe aus bestimmten Gebieten zugelassen werden.

Währenddem die Auftraggeberin bei der Leistungsdefinition in ökologischer Hinsicht viel bewirken kann, ist es nach dem heutigen Recht praktisch ausgeschlossen, auf dieser Stufe die soziale Nachhaltigkeit des Herstellungs- und Lieferprozesses zu fördern. Dieser Aspekt der Nachhaltigkeit betrifft in erster Linie die Arbeitsbedingungen der mit dem Herstellungsprozess beschäftigten Personen. Die heute vorherrschende Meinung geht aber nicht davon aus, dass sich eine Leistung qualitativ über soziale Aspekte definieren lässt. Deshalb erscheint es derzeit nicht als zulässig, im Rahmen der Definition von Leistungsspezifikationen sozial ausgerichtete Anforderungen aufzustellen. Insbesondere die Forderung, dass den Arbeitnehmenden ein höherer Lohn als der durch Gesetz oder GAV festgelegte Mindestlohn bezahlt werden müsse, ist daher nicht als rechtskonform zu betrachten.

Ökologische Anforderungen an den Herstellungsprozess dürfen selbst dann aufgestellt werden, wenn sie sich im Endprodukt in keiner Weise auswirken (Stichwort Öko-Strom). Es erschiene deshalb als sinnvoll, im Rahmen der sozialen Nachhaltigkeit denselben Schritt zu vollziehen und anzuerkennen, dass es soziale Aspekte des Herstellungsprozesses geben kann, welche die (ideelle) Qualität des Produkts beeinflussen – zu denken ist insbesondere an Produkte aus fair gehandelten Rohstoffen. Unter dem geltenden schweizerischen Vergaberecht ist das aber ausgeschlossen. Klar ist unabhängig davon immerhin, dass die Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeits- und Sozialgesetze (insbesondere Mindestlöhne) sowie der ILO-Kernübereinkommen stets gefordert werden darf und muss. Hier besteht die Problematik derzeit vorab darin, dass es erst vergleichsweise wenig vertrauenswürdige Zertifikate gibt und eine effektive Überwachung der Herstellprozesse und Lieferketten die meisten Auftraggeberinnen überfordern würde.

Klar ist auch, dass eine sozial motivierte Definition des Endproduktes – zu denken ist namentlich an einen barrierefrei konzipierten Stadtplatz, aber auch an die Einplanung einer Kindertagesstätte in einem Bürogebäude – vergaberechtlich ohne weiteres zulässig ist.

### **Eignungskriterien**

Mithilfe der Eignungskriterien prüft die Auftraggeberin, ob die Anbieter zur Erbringung der konkret geforderten Leistung fachlich, technisch und finanziell in der Lage sind. Solche Kriterien müssen sich stets auf das beziehen und beschränken, was für eine gehörige Ausführung des Auftrags tatsächlich erforderlich ist.

Daraus folgt, dass der Förderung der Nachhaltigkeit im Rahmen der Eignungskriterien äusserst enge Grenzen gesetzt sind. Wo es aber um die Erbringung von besonders umweltsensiblen Leistungen geht, ist immerhin die Aufstellung von Eignungskriterien zulässig, die eine Aussage darüber zulassen, ob die Anbieterin in der Lage ist, die entsprechenden Herausforderungen zu meistern. Zu denken ist hier in erster Linie an Referenzen, die Erfahrungen mit kritischen Stoffen oder Prozessen nachweisen. In diesem Zusammenhang kann unter Umständen auch ein Umweltmanagementsystem (insbesondere ISO-14001) vorgeschrieben werden. Ebenso ist es bei umweltsensiblen Leistungen vorstellbar, dass die Auftraggeberin unter einem Eignungskriterium verlangt, dass die Anbieterin in der Vergangenheit nicht wegen Verletzungen entsprechender umweltrechtlicher Vorschriften verurteilt worden ist. Demgegenüber hat es von vornherein nichts mit dem Begriff der Eignung zu tun, wenn eine Auftraggeberin von den Anbieterinnen allgemeine ökologische oder soziale Anstrengungen verlangen wollte – solches ist auch unter dem Titel der Eignungskriterien nicht zulässig.

## **Zuschlagskriterien**

Die Zuschlagskriterien dienen der Bewertung der Offerten unter dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit im weiten Sinne (Preis-/Qualitätsverhältnis). Sie müssen sich auf die Kosten oder auf die Qualität der im konkreten Fall offerierten Leistungen beziehen.

In diesem Sinne ist alles, was in rechtskonformer Weise als ökologisch begründete, zwingende Leistungsanforderung definiert werden könnte, auch als fakultativ zu erfüllendes und je nach Erfüllungsgrad bewertetes Zuschlagskriterium zulässig. Insbesondere können der Energieverbrauch, der Schadstoffausstoss oder die Lebensdauer eines Produktes als Zuschlagskriterien gewählt werden, aber auch die Umweltverträglichkeit des erforderlichen Vorgehens am Lebensende des Produkts. Zudem kann die Auftraggeberin, anstatt beispielsweise Bio-Äpfel oder Recyclingpapier zwingend vorzuschreiben, unter einem entsprechenden Zuschlagskriterium auch Punkte für einen umwelt- oder ressourcenschonenden Herstellungsprozess verteilen.

Die Gewichtung solcher Zuschlagskriterien muss der realen Relevanz der angesprochenen Problematik im Gesamtgefüge der Wirtschaftlichkeit der Offerte entsprechen. Politisch motivierte Überbetonungen von Zuschlagskriterien, die einzelne Aspekte sachwidrig hervorheben, sind auch im Bereich der Ökologie nicht gestattet.

Auch im Rahmen der Zuschlagskriterien ist «allgemeine Unternehmenseziehung» verpönt. Es steht der Auftraggeberin nicht zu, hier Aspekte zu bewerten, die in keinem direkten Zusammenhang mit der beschafften Leistungen stehen, sondern darüber hinaus die allgemeine Art und Funktionsweise des offerierenden Unternehmens betreffen. Und auch bei den Zuschlagskriterien ist zu beachten, dass direkte geographische Bezüge (wie «möglichst viel Schweizer Holz») oder indirekt geographisch wirkende Bedingungen (wie «Herstellung im Ausland möglichst nach schweizerischen Umweltstandards») grundsätzlich unzulässig sind.

In diesem Sinne dürfen Transportdistanzen, die mit dem Herkunftsort der Anbieterinnen verknüpft sind (beispielsweise die Anfahrt aus dem Betrieb bis zum Einsatzort), grundsätzlich nicht bewertet werden, selbst wenn die Unterschiede erheblich sind. Nur wenn es um einen Auftrag geht, bei dem Transporte einen umfangmässig wie inhaltlich wesentlichen Teil des Ganzen ausmachen, dürfen solche mit dem Herkunftsort zusammenhängende Distanzen zum (mässig gewichteten) Zuschlagskriterium gemacht werden. Dabei ist nach der Rechtsprechung aber nur eine materielle Gesamtbetrachtung gestattet, in der nicht bloss

Distanzen, sondern Tonnenkilometer (oder Personenkilometer) veranschlagt und in der auch der Treibstoffverbrauch und der Schadstoffausstoss der verwendeten Fahrzeuge einbezogen wird. Ebenso zulässig ist ein solches Zuschlagskriterium, wenn es um herkunftsunabhängige Transporte geht, – wie etwa dann, wenn die Anbieterinnen für die zwischen einer Grossbaustelle und verschiedenen Aufbereitungs- oder Entsorgungsstellen stattfindenden Materialtransporte ein Fahrzeug- und Fahrtenkonzept zu offerieren haben.

Demgegenüber ist es unter dem geltenden Recht gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre ausgeschlossen, soziale Aspekte des Herstellungs- und Lieferprozesses wie insbesondere den fairen Handel oder einen Mindestlohn, der über dem gesetzlichen oder durch einen GAV festgelegten Niveau liegt, zu Zuschlagskriterien zu machen. Nur wo ein Gesetz dies ausdrücklich anordnet, können soziale Aspekte des Herstellungs- oder Lieferprozesses zu Zuschlagskriterien erhoben werden. Als Beispiel dient hier meist das sogenannte Lehrlingskriterium, welches nur zulässig ist, soweit das anwendbare Vergabegesetz dies vorsieht (das Lehrlingskriterium betrifft allerdings nicht die Leistung, sondern den Betrieb der Leistungserbringerin an sich).

Zulässig ist es jedoch, unter entsprechend ausgeschriebenen Zuschlagskriterien bestimmte Eigenschaften des Endprodukts nach ihrer sozialen Qualität zu bewerten. So ist es beispielsweise rechtmässig, bei der Beschaffung von Billettautomaten jene Angebote zu honorieren, welche für Personen mit Behinderung eine besonders gute Zugänglichkeit bieten.

### **Nachhaltigkeit im künftigen schweizerischen Vergaberecht**

In den Jahren 2014 und 2015 wurden Vorentwürfe für eine revidierte Vergaberechtsordnung (BöB, VöB sowie IVöB) veröffentlicht. Bringen sie in Bezug auf die Nachhaltigkeit Neuigkeiten mit sich?

Im Ergebnis wird sich im ökologischen und im sozialen Bereich voraussichtlich nichts Wesentliches ändern. Vielmehr wird in den Vorentwürfen lediglich der heutige Rechtsstand festgeschrieben. Was heute als zulässig gilt, wird zulässig bleiben, der Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zur Förderung der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung wird dabei aber nicht erweitert. Die Vorentwürfe beschränken sich darauf, die Nachhaltigkeit der öffentlichen Beschaffung unter wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Aspekten zum Gesetzesziel zu erheben. Das ist ein wichtiger Schritt, der jedoch als solcher keine konkreten rechtlichen Konsequenzen hat. Im Übrigen wird das, was heute gilt, etwas expliziter geregelt. In diesem Sinne wird nun ausdrücklich bestimmt, dass ökologische Aspekte des Herstellungsprozesses im Rahmen der Definition der Leistungsspezifikationen sowie der Zuschlagskriterien vorgegeben werden dürfen und dass bei jeglicher Herstellung von Leistungen im Ausland mindestens die ILO-Kernübereinkommen eingehalten werden müssen. Zudem wird die Lebenszyklusanalyse als eine mögliche Art der Angebotsbewertung deutlicher hervorgehoben.

Auch nach dem künftigen Recht wird sich demnach jene Auftraggeberin, die fair gehandelte Leistungen verlangt oder solche durch die Zuschlagskriterien honoriert, erheblichen Rechtsrisiken ausgesetzt sehen; dasselbe gilt für Auftraggeberinnen, die ihren Leistungserbringern vorschreiben möchten, dass diese ihren Arbeitnehmenden mehr als den rechtlich geschuldeten Mindestlohn bezahlen sollen. Immerhin aber darf erwartet werden, dass die prominentere Ansprache der Nachhaltigkeit in den neuen Gesetzestexten manche in dieser Hinsicht bislang konservative Auftraggeberin dazu ermuntern wird, die gesetzlichen Möglichkeiten verstärkt wahrzunehmen.



## **Nachhaltigkeit im europäischen Vergaberecht**

Das sich aus einschlägigen Richtlinien ergebende europäische Vergaberecht kann in der Schweiz keine Geltung beanspruchen, Vorbildfunktion in vielen Punkten aber allemal. Die EU geht im Bezug auf die Förderung der Nachhaltigkeit der öffentlichen Beschaffung schon heute deutlich weiter, als die künftige schweizerische Gesetzgebung gehen wird. Dabei ist es wichtig, sich vor Augen zu führen, dass das Recht der EU ebenso wie jenes der Schweiz mit dem WTO-Vergaberecht konform sein muss.

Insbesondere erlaubt die neue Richtlinie 2014/24/EU nicht nur ökologisch, sondern auch sozial ausgerichtete zwingende Leistungsspezifikationen wie namentlich den fairen Handel. In diesem Zusammenhang werden auch die entsprechenden Nachweise, also vor allem der Umgang mit Gütezeichen und Zertifikaten, einlässlich geregelt. Die Verurteilung von Anbieterinnen oder deren Subunternehmer wegen Kinderarbeit stellt einen zwingenden Ausschlussgrund dar, und die Auftraggeberin darf Anbieter ausschliessen, wenn diese gegen arbeits-, sozial- oder umweltrechtliche Bestimmungen verstossen haben oder absehbar ist, dass sie das in der Leistungserbringung tun würden. Schliesslich erlaubt die Richtlinie nebst ökologisch orientierten Zuschlagskriterien auch solche, die soziale Aspekte des Herstellungs- und Lieferprozesses betreffen.