

Zusammenfassung des vergaberechtlichen Arbeitspapiers:

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Marc Steiner, lic. iur., Rechtsanwalt, vierte, aktualisierte Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), Bern, im Oktober 2017

Die IGÖB hat den Juristen Marc Steiner mit Blick auf die laufende Vergaberechtsreform beauftragt, sein 2009 verfasstes Arbeitspapier unter Berücksichtigung der neusten rechtlichen Grundlagen¹ zu überarbeiten und zu aktualisieren. Alle Zitate in dieser Zusammenfassung stammen aus Marc Steiners Text².

Unter dem Oberbegriff *Soziale Aspekte* werden Mindeststandards im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau sowie im Bereich der Arbeitsbedingungen, die Lehrlingsausbildung und soziale Standards (inkl. Existenzlöhne) für die Produktion im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen behandelt. Der Fokus des Arbeitspapiers liegt dabei insbesondere auf rechtsdogmatischen Fragen nach der Zulässigkeit der Beeinflussung der Arbeitsbedingungen im Ausland.

Das Government Procurement Agreement und soziale Aspekte

Das Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation WTO vom 15. April 1994 setzt einen völkerrechtlichen Rahmen für die Beschaffungsgesetze in den Vertragsstaaten im Sinne eines Mindeststandards und impliziert folgerichtig kein abschliessend definiertes wirtschaftspolitisches Konzept, sondern belässt den Vertragsstaaten vielmehr einen gewissen Spielraum zur Ausgestaltung. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten und sozialen Kriterien sind demnach unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig, selbst wenn sie nicht ausdrücklich im GPA aufgeführt sind. Würde das Gegenteil angenommen, müsste die EU-Richtlinie 2014/24/EU als welthandelsrechtswidrig gelten; diese Rechtsauffassung wird aber in der Lehre nicht vertreten. Die offenen Fragen sollen in einem im Rahmen der GPA-Revision 2012 definierten Arbeitsprogramm vertieft werden.

„Es gibt damit einen gewissen Spielraum für einen ‚gemeinwohlorientierten‘ Wirtschaftlichkeitsbegriff, was insbesondere anlässlich des WTO-Symposiums zur nachhaltigen Beschaffung vom 22. Februar 2017 deutlich geworden ist. Diese Auslegung des GPA entspricht auch dem Gedanken, dass hier im Unterschied zu klassischem WTO-Recht mehr Spielräume in Bezug auf die Herstellungsbedingungen angenommen werden können.“ Denn es geht nur – aber immerhin – darum, Regeln für die Konsumententscheide der öffentlichen Hand selbst zu definieren, während die Regelung der privaten Nachfrage (im Unterschied zu einem Importverbot) dem Markt überlassen bleibt.

Produktion im Ausland: Ausschlussgründe bei der Nichteinhaltung sozialer Mindeststandards

„Es ist unstrittig, dass für die Herstellung von Waren im Ausland (z.B. Textilien aus Thailand), welche in die Schweiz geliefert werden, als Leistungsort das Produktionsland gilt.“ Daraus ergibt sich, dass das im jeweiligen Land geltende Recht einzuhalten ist. Unterschreitet das am Leistungsort geltende Recht die Regeln der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), so müssen zumindest diese eingehalten werden, wie bereits im Vorentwurf BÖB 2008 (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 VE BÖB) und im seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 der Beschaffungsverordnung (VÖB)

¹ Berücksichtigt wurden insbesondere das revidierte WTO Government Procurement Agreement (GPA 2012), die neuen EU-Vergaberichtlinien (v.a. Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014) nebst deren Umsetzung in Deutschland sowie die Entwürfe für eine neue Interkantonale Vereinbarung (IVÖB) vom 18. September 2014 und für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BÖB) vom 15. Februar 2017.

² Das Papier ist auf www.igoeb.ch und www.nachhaltige-beschaffung.ch online abrufbar

vorgesehen. Die Einhaltung kann zumindest in allen 183 ILO-Mitgliedstaaten eingefordert werden, selbst wenn diese die entsprechende Konvention nicht ratifiziert haben.

Bereits heute bietet das BöB eine Gesetzesgrundlage, um AnbieterInnen bei Nichteinhaltung der ILO-Konventionen auszuschliessen. Im Sinne einer gesamtheitlichen Sicht auf die Folgen der Globalisierung sowie eines wirksamen Wettbewerbs soll die Statuierung eines Ausschlussgrundes verhindern, dass gewisse AnbieterInnen Wettbewerbsvorteile erlangen, weil sie Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen nicht einhalten und der Staat sich diesen Umstand zunutze macht. Denn damit würde der Bund im Ergebnis seine als Mitglied der ILO eingegangenen Verpflichtungen in Frage stellen. Das Vergaberecht kann den Vergabestellen ein Instrumentarium in die Hand geben, um Reputationsschäden zu vermeiden.

Um einen Ausschlussgrund von AnbieterInnen zuzulassen, die weitergehende Anforderungen für menschenwürdige Arbeitsbedingungen nicht einhalten, bedarf es einer expliziten gesetzlichen Grundlage. Dies gilt einerseits für "gewöhnliche" ILO-Abkommen, die das Produktionsland nicht ratifiziert hat, und andererseits für die sogenannten *Existenzlöhne* ("*living wages*"). Denn einige Staaten setzen ihre Mindestlöhne mit Blick auf den globalen Wettbewerb weit unter dem Existenzminimum an, wodurch sich wiederum Reputationsrisiken für die Vergabestelle ergeben. Um diese zu vermeiden, kann es im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen für bestimmte Produktionsländer (beschränkt auf risikoreiche Sektoren wie etwa die Textilproduktion) zielführend sein, „einen dem ‘realen Existenzminimum‘ eher entsprechenden Mindestlohn vorzugeben oder für den gesetzlichen Mindestlohn übersteigende Lohnzahlungen Bewertungsvorteile vorzusehen“. Im Unterschied zu einem generellen Importverbot für Textilien ohne *Existenzlohn*-Garantie, das auch private KonsumentInnen betrifft, lässt das GPA einen weiteren Spielraum offen für die Konsumententscheide der öffentlichen Hand in Bezug auf *Existenzlohn*-Vorgaben; gegenüber Nicht-GPA-Mitgliedstaaten gilt das ohnehin.

Kontrolle der Einhaltung sozialer Mindeststandards

Auch bezüglich der Kontrolle von Mindeststandards stellen sich rechtliche Fragen: Während der Europäische Gerichtshof EuGH im Rahmen der Vergaberechtskonformitätsprüfung formuliert hat, dass nur Zuschlagskriterien statuiert werden dürfen, die einer Überprüfung und Bewertung zugänglich sind, „können Mindeststandards als Ausschlussgründe wohl politisch, aber nicht rechtlich mit der Begründung in Frage gestellt werden, der Vollzug und die Kontrolle gestalteten sich schwierig“.

Ob die Kontrolle funktioniert, hat mit der Art und der Überprüfung des geforderten Nachweises zu tun. Jedenfalls müssen, wenn bestimmte Zertifikate als Nachweis verlangt werden, auch andere gleichwertige Nachweise zulässig sein. Die Empfehlungen der Beschaffungskommission (bzw. heute Beschaffungskonferenz) sehen vor, auch Subunternehmer und Lieferanten in Bezug auf die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen einzubeziehen, wobei die Kontrolle aus verwaltungsökonomischen Gründen auf wichtige Dritte beschränkt werden soll, die einen wesentlichen oder besonders risikoanfälligen Teil des Auftrags erfüllen. Wenn sie die ILO-Kernübereinkommen nicht einhalten, sehen die Empfehlungen auch Sanktionen gegenüber der Hauptanbieterin vor. Die Zielsetzung, auch Subunternehmer und Lieferanten einzubeziehen, wird nach den harmonisierten Entwürfen von IVöB und BöB ausdrücklich im Gesetz selbst verankert.

„Aus juristischer Sicht nicht problematisch ist der Umstand, dass die Vergabestelle, indem sie etwa Audits in Bangladesch veranlasst, auf die Herstellungsbedingungen im Ausland Einfluss nimmt, weil sie das (im Unterschied etwa zu einem Importverbot) nicht hoheitlich tut im Sinne der extraterritorialen Regulierung von Produktion oder Handel, sondern in ihrer Rolle als Konsumentin.“

Soziale Aspekte und Fair Trade als Zuschlagskriterien sind grundsätzlich zulässig ...

Nach GPA erteilt die Beschaffungsstelle den Zuschlag dem Anbieter, der in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und „dessen Angebot entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das wirtschaftlich günstigste (bzw. vorteilhafteste; ‘most advantageous’) beurteilt wird“. Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten die Wahl haben, ob sie auf den billigsten Preis oder das beste Preis-Leistungs-

Verhältnis fokussieren. Die Schweiz hat sich klar für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis entschieden. Sowohl aus der kantonalen Gerichtspraxis als auch aus dem Max-Havelaar-Entscheid des EuGH kann der Schluss gezogen werden, dass es das GPA zulässt, dass die Offerten im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots teilweise anhand von vergabefremden Kriterien bewertet werden können.

„Wenn die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung – jedenfalls unter der (hypothetischen) Annahme, dass alle GPA-Mitgliedstaaten ein vergleichbares Bildungssystem haben – bei hinreichender gesetzlicher Grundlage GPA-konform ist, was nach der hier vertretenen Ansicht zutrifft, dann gilt das unter denselben Bedingungen auch für die Belohnung eines Anbieters für die Erfüllung von sozialen Aspekten, unter anderem *Fair Trade*-Anforderungen, im Rahmen der Offertbewertung.“ Dass die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten, die sich nicht direkt auf das Produkt, sondern global positiv auf die Umwelt auswirken, zulässig ist, spricht ebenfalls dafür, dass soziale Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden können. Dabei ist selbstverständlich darauf zu achten, dass transparent gemacht wird, welche Anforderungen zu erfüllen sind, um den Bewertungsvorteil zu erhalten. Allenfalls ergeben sich gewisse rechtliche Schranken bei der Gewichtung derartiger Kriterien.

... aber im aktuellen Gesetz nicht abgedeckt

Leistungsfremde Bewertungskriterien wie die Lehrlingsausbildung, die seit 1. April 2015 im BÖB verankert ist, können laut der Gerichtspraxis, auf die sich Steiner stützt, im Beschaffungsprozess indes nur eingesetzt werden, sofern für diese eine formell-gesetzliche Grundlage besteht.

Spielraum für *Fair Trade*-Aspekte bietet insbesondere die Kategorie der Zuschlagskriterien. Nach Steiner ist es, gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage, GPA-konform, beispielsweise bei der Beschaffung von marktgängigen Fruchtsäften, deren Fruchtanteil aus Entwicklungsländern importiert wird, derjenige Anbieter mit einem Bewertungsvorteil belohnt wird, der *Fair Trade*-Bedingungen einhält. „Das gilt aus rechtsvergleichender Sicht erst recht nach Ergehen des Max Havelaar-Urteils des EuGH vom 10. Mai 2012 und mit Blick auf Art. 67 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU, wonach zu den Zuschlagskriterien namentlich ‘soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften’ gehören können.“ Nach der Umsetzung dieser Richtlinie in deutsches Recht können seit letztem Jahr bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots folgerichtig auch soziale Aspekte berücksichtigt werden.

Nach heute geltendem Beschaffungsrecht des Bundes ist die Besserbewertung von sogenannten *Fair Trade*-Produkten ebenso wenig zulässig wie entsprechende "Bedingungen für die Auftragsausführung". Daran ändert gemäss Steiner auch die Verankerung des Zuschlagskriteriums *Nachhaltigkeit* in Art. 27 Abs. 2 der Beschaffungsverordnung (VöB) nichts, stellt dies doch primär ein politisches Bekenntnis der Regierung zur nachhaltigen Beschaffung dar, bietet aber aus rechtsdogmatischer Sicht keine neuen Grundlagen – rechtlich wird also nichts ermöglicht, was nicht bisher schon gestützt auf Art. 21 des Beschaffungsgesetzes (BöB) möglich war. Künftig soll aber gemäss dem BöB-Entwurf vom 15. Februar 2017 (Art. 29 Abs. 1 E-BöB) das Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit im Gesetz selbst verankert werden und die Berücksichtigung von *Fair Trade*-Aspekten zulässig sein; darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden.

Einschätzung des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Der Grundsatz der Nachhaltigkeit der Beschaffung, d.h. der wirtschaftliche, sozial und ökologische nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel, wird im neuen Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017 im Zweckartikel erwähnt und soll damit künftig zu den Zielen des Vergaberechts gehören (Art. 2 Buchstabe a E-BöB). „Was soziale Mindeststandards betrifft, sind die Beschaffungsstellen des Bundes bereits gestützt auf das geltende Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB betreffend Arbeitsbedingungen in Verbindung mit dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB) befugt, die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund zu definieren.“ Im neuen Gesetzesvorschlag (vgl. Art. 12 E-BöB) soll dieser Mindeststandard im Sinne einer Harmonisierung gestützt auf Art. 13 Abs. 1 E-IVöB auch für die Kantone gelten. „Neu wird auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene vorgegeben, was bisher bereits aufgrund der Empfehlungen die ausgegebene

Losung war, nämlich dass die Anbieter ihre Subunternehmer auf ihre Verpflichtung, diese ebenfalls einzuhalten, hinweisen müssen. Für das bisher nur in einigen Kantonen verankerte Zuschlagskriterium 'Lehrlingsausbildung' (...) ist nun – in Kraft per 1. April 2015 – durch eine Neuformulierung von Art. 21 Abs. 1 BÖB eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen worden (vgl. Art. 29 Abs. 2 E-BÖB); auch die IVÖB wird im Sinne einer Harmonisierung in Art. 31 Abs. 2 E-IVÖB entsprechend angepasst.“

Mit Blick auf das WTO-Recht und aus rechtsvergleichender Sicht steht nach „der Logik des Max-Havelaar-Urteils bzw. dem neuen EU-Richtlinienrecht entsprechend der Berücksichtigung von *Fair Trade*-Aspekten als Zuschlagskriterium nichts entgegen“. Der Trend geht gerade in der EU, deren Mitgliedstaaten ja wie die Schweiz dem Government Procurement Agreement der WTO beigetreten sind, in Richtung nachhaltige Beschaffung, die den nachhaltigen Verbrauch initiieren, aber auch Öko-Innovationen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft fördern soll. Diesem Paradigmenwechsel Rechnung tragend ist gemäss den bundesrätlichen Erläuterungen zum Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit (Art. 29 Abs. 1 E-BÖB) ausdrücklich vorgesehen, dass Fair Trade-Produkte beschafft werden können, aber nicht müssen. Dabei erfordert die Berücksichtigung von Sozialkriterien nach den Erläuterungen zu Art. 2 E-BÖB „stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt“.

Der gesetzgeberische Spielraum zur Berücksichtigung sozialer Aspekte wird nur teilweise genutzt

Als Fazit seiner Ausführungen hält Steiner fest, dass der Bundesgesetzgeber im Rahmen der laufenden Revision folgende Optionen hat: Erstens den expliziten Verzicht auf die Integration sozialer Kriterien, soweit diese über die ILO-Kernarbeitsnormen (und die Lehrlingsausbildung) hinausgehen, was dem geltenden Bundesrecht entspricht. Zweitens die Übernahme der Berücksichtigung von sozialen Aspekten im Sinne von Ausführungsbedingungen, nicht aber im Rahmen der Zuschlagskriterien. Drittens besteht die Möglichkeit der Integration vergabefremder Aspekte im Sinne der Rechtsprechung des EuGH bzw. der Richtlinie 2014/24/EU als Zuschlagskriterium (unter Verzicht auf die Kategorie der Ausführungsbedingungen im Sinne von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU). Viertens liesse sich nach europäischem Vorbild die Zulassung sozialer Zuschlagskriterien mit Ausführungsbedingungen kombinieren. Dabei weist Steiner darauf hin, dass sich in diesem Zusammenhang die Frage stellt, ob bei der Gewichtung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien, vergleichbar der Rechtsprechung zur Lehrlingsausbildung, durch den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewisse Grenzen gesetzt sind.

Laut bundesrätlicher Botschaft vom 15. Februar 2017 hat sich der Bundesgesetzgeber für die dritte Variante entschieden. So soll es gemäss dem vorliegendem Gesetzesentwurf den Vergabestellen ermöglicht werden, bei öffentlichen Vergabeverfahren verstärkt ökologische und soziale Kriterien zu berücksichtigen,³ womit insbesondere das neue Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 E-BÖB gemeint ist. Damit wird auch im aktuellen Gesetzesvorschlag der Handlungsspielraum zur Berücksichtigung sozialer Aspekte nur teilweise genutzt. So will sich der Bundesrat weiterhin mit den acht ILO-Kernübereinkommen begnügen anstatt den Vergabestellen zu ermöglichen, weitergehende soziale Standards als Teilnahmebedingungen oder Ausführungsbedingungen für den Produktionsprozess zu berücksichtigen, die über die ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehen.

³ Vgl. dazu Entwurf vom 15. Februar 2017 für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB-Entwurf; BBl 2017 2005; mit bundesrätlicher Botschaft [BBl 2017 1851 ff.]), S. 31