

Nachhaltige öffentliche Beschaffung

Der Stand der Dinge

Neuerdings wird die im Unternehmensleitbild der Eidgenossenschaft – auch Bundesverfassung (BV) genannt – verankerte Zielsetzung, wonach die nachhaltige Entwicklung gefördert werden soll,* in der Beschaffungsverordnung des Bundes umgesetzt.** Ausserdem hat die Beschaffungskommission des Bundes am 8. Juli 2010 Empfehlungen zur nachhaltigen Beschaffung verabschiedet. Was bedeutet das aus beschaffungsstrategischer Sicht?

Die Rechtsauffassung bzw. rechtspolitische Position der 90er-Jahre: Nur die wirtschaftlichen Aspekte sind relevant

Vor zwölf Jahren war unter Juristinnen und Juristen das Schlagwort der «vergabefremden Aspekte» nicht nur in dem Sinne klar, dass damit unter anderem die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte

Marc Steiner

im öffentlichen Beschaffungswesen gemeint war. Vielmehr bedeutete dies damals zugleich, dass diese «fremden» Aspekte auch verpönt waren. Beim Beschaffungswesen gehe es nur um Geld und vielleicht noch ein bisschen um Wettbewerb, aber sonst solle man die Beschaffer bitte mit dem Leitbild ihres Unternehmens – immerhin die Verfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft – und Politik in Ruhe lassen. Eine Ausnahme wurde in Bezug auf die Umwelteigenschaften des Produkts gemacht, weil doch allgemein anerkannt war, dass die Vergabestelle bzw. der Einkäufer bei der Umschreibung des gewünschten



Copyright mit freundlicher Genehmigung der Autoren Jaermann/Schaad

Produkts ein Ermessen hat. Und davon kann natürlich auch zugunsten der Umwelt Gebrauch gemacht werden.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bringt die Wende: der Fall Helsinki Bus und die Folgen

Vereinfacht gesagt hat sich ein privater Busunternehmer mit dem preisgünstigeren Angebot vor dem EuGH in der Rechtssache C-513/99 gegen die Vergabe eines Auftrags – es ging um den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs der Stadt Helsinki – an einen mit der Vergabestelle verflochtenen kommunalen Busunternehmer gewehrt. Dies mit der Begründung, der staatliche Einkäufer habe die positiven Umwelteigenschaften der vom kommunalen Unternehmen angebotenen Busse nicht berücksichtigen dürfen, weil dem einkaufenden Gemeinwesen aus diesen kein vermögenswerter Vorteil erwachse. Die Umweltaspekte dürften nur insoweit relevant sein, als sie sich auch finanziell auswirken, etwa beim Energieverbrauch. Lärmemissionen und Schadstoffe aber dürften keine Rolle spielen.

Der EuGH hat zwei klare Antworten gegeben: Erstens kann es nicht sein, dass in den europäischen Verträgen bzw. der «Verfassung» steht, man müsse die Umweltinteressen in allen Politikbereichen berücksichtigen, und dann gleichwohl mit vergaberechtsdogmatischer Begründung genau dies weitgehend verhindert wird. Zweitens sind ökologische Aspekte nicht nur insoweit relevant, als sich deren Berücksichtigung finanziell direkt zugunsten der Vergabestelle auswirkt. Denn Umwelteigenschaften wie etwa möglichst geringer Schadstoffausstoss – das wird so direkt

nicht gesagt, ist aber der Sinn des Urteils – sind nichts anderes als ein Teilgehalt der Qualität eines Produkts, welcher genau wie andere Qualitätsaspekte gegen den Preis abgewogen werden kann.

Die Neuorientierung in der Schweiz: die Nachhaltigkeit als Leitgedanke der geltenden Bundesverfassung

In der Schweiz hat es ein bisschen gedauert, bis man sich darüber klar geworden ist, was in der neuen Bundesverfassung drinsteht, ob sie im Bereich der Nachhaltigkeit neue Aussagen enthält und was diese bedeuten. Und eine der wichtigen Aussagen ist diejenige, dass die Kohärenz der Rechtsordnung entscheidend ist. Also, auch bei uns gilt: Wenn die Aufgabe darin besteht, im Vergaberecht den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit («best value for money») und des Wettbewerbs zum Durchbruch zu verhelfen, steht das jedenfalls der Berücksichtigung von Umweltaspekten als Qualitätsfaktoren nicht entgegen. Ausserdem können nach dem in Art. 2 BV verankerten Konzept der Nachhaltigkeit die wirtschaftlichen Aspekte nicht so absolut gelten, dass dadurch die Umsetzung der Umweltziele der Verfassung verhindert wird.

Vielmehr muss die Balance so gefunden werden, dass einerseits die Zielsetzungen des Beschaffungsrechts erreicht werden können, aber andererseits ökologische und in gewissem Umfang soziale Aspekte berücksichtigt werden können. Ziel muss dabei die Vermeidung von nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüchen sein. Die Schweiz ist zum Beispiel im Rahmen ihrer Aussenwirtschaftspolitik relativ aktiv in der Förderung im Bereich der Produktion von

* Art. 2 Abs. 2 BV

** Art. 7 Abs. 2 und Art. 27 Abs. 2 VöB

biologischer Baumwolle. Sie bemüht sich auch darum, die internationale Arbeitsorganisation IAO in ihrer immer bedeutenderen Rolle angesichts der Folgen der Globalisierung und im Zusammenspiel mit Weltbank und WTO zu unterstützen. Die logische Folge davon muss sein, dass der Bund auch beim Einkauf von Textilien auf die Einhaltung ökologischer Standards achtet und darauf schaut, dass die sozialen Produktionsbedingungen gewissen Mindestvorgaben genügen.

Trendwende: die Revision der VöB und die Nachhaltigkeitsempfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes

Nachdem die Totalrevision des Beschaffungsgesetzes unter Verzicht auf eine Teilharmonisierung des Vergaberechts von Bund und Kantonen auf die lange Bank geschoben wurde, hat der Bundesrat beschlossen, einige auf Verordnungsstufe möglichen Anpassungen vorzuziehen. Am 18. November 2009 wurde eine entsprechende Verordnungsänderung verabschiedet. Im erläuternden Bericht zu dieser Verordnungsänderung ist der Satz «Der Bundesrat fördert die nachhaltige Beschaffungspraxis» hervorzuheben.

Konkret bedeutet das einerseits, dass in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) die Nichteinhaltung der Kernübereinkommen der IAO als Grund für den Ausschluss fehlbarer Anbieter anerkannt wird. Zweitens wird in Art. 27 Abs. 2 VöB das Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» verankert. In dieser Neuregelung ist jedenfalls ein klares Bekenntnis zur Betonung der Nachhaltigkeit als beschaffungsstrategische Vorgabe zu sehen. Dazu passen nahtlos die Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung vom 8. Juli 2010. Hier wird insbesondere auf die tatsächliche Durchsetzung der IAO-Kernübereinkommen durch die ganze Liefer- bzw. Handelskette Wert gelegt: Der Anbieterin wird auferlegt, auch Subunternehmer und Lieferanten entsprechend zu verpflichten. Zugleich enthalten die Empfehlungen den Satz, im Gegensatz zu ökologischen Gesichtspunkten könne bei den sozialen Anliegen in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden. Soziale Aspekte seien daher meistens «vergabefremd» und könnten nicht berücksichtigt werden.

Mit anderen Worten: Wer mehr soziale Aspekte als die Einhaltung der IAO-Kernübereinkommen berücksichtigen will, muss sich für eine Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen stark machen. Es geht hier vereinfacht gesagt nach geltendem Recht nur um die Vermeidung von groben Reputationsrisiken. Ganz anders die Botschaft im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung. Ökologische Aspekte können sowohl als technische Spezifikationen und Eignungskriterien als auch als Teilaspekte der Kostenkalkulation (Lebenswegkosten) oder des Zuschlagskriteriums «Umweltverträglichkeit» berücksichtigt werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht das billigste, sondern dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ist.

Also: Der umweltfreundlichen Beschaffung stellen sich entgegen früher herrschender Ansicht weit weniger rechtliche Hindernisse in den Weg, als gelegentlich mit politischer Intention suggeriert worden ist. Also ist es nach dem stillschweigenden Vorverständnis der Beschaffungskommission nach heutigem Stand eine rein politische Frage, ob die Strategie der umweltfreundlichen Beschaffung ein Lippenbekenntnis bleibt oder flächendeckend umgesetzt wird. Das wird sich an der Beschaffungsorganisation, der spezifischen Ausbildung, der Aussagekraft der Beschaffungsstatistik im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung und dem auf die Empfehlungen folgenden oder nicht folgenden Berichtssystem zeigen.

Was sind die Handlungsoptionen de lege ferenda im Bereich der ökologischen Beschaffung?

In gewissen Bereichen helfen weder die Verordnungsänderung noch die Empfehlungen der Beschaffungskommission vom 8. Juli 2010 weiter. Vielmehr bedarf es der Änderung des Gesetzes, wenn Nachhaltigkeitsaspekten namentlich im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung weitergehend Rechnung getragen werden soll. Nach der mit der neuen VöB und den Empfehlungen der Beschaffungskommission geschafften strategischen Trendwende ist es in diesem Sinne folgerichtig, die Zielsetzung der nachhaltigen Beschaffung im Zweckartikel des künftigen Beschaffungsgesetzes zu verankern. Im Umweltbereich geht es aus der Sicht der Befürworter der

nachhaltigen Beschaffung ausserdem darum, für Anbieter, welche die Mindeststandards im Bereich der Umweltschutzgesetzgebung nicht einhalten, einen Ausschlussgrund zu schaffen. Aufgrund der restriktiven Empfehlungen der Beschaffungskommission zum Thema Eignungsprüfung könnte es schliesslich erwägenswert sein, die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltmanagementstandards nach europäischem Vorbild im Gesetz selbst festzustellen.

Fazit

Nach dem Gesagten gibt es zwei Ebenen, um der umweltfreundlichen Beschaffung zum Durchbruch zu verhelfen:

Erstens gilt es, die vielen Möglichkeiten, welche das geltende Recht bietet, flächendeckend zu nutzen. Dies kann durch die auf strategischer Ebene verabschiedeten bzw. noch zu verabschiedenden Anleitungen zur Umsetzung der Empfehlungen in verschiedenen Produktbereichen geschehen, bevor später auch die weniger gängigen eingekauften Leistungen strategisch erfasst werden. Andererseits sollte über die Erfolge bei der Umsetzung der Empfehlungen vom 8. Juli 2010 Rechenschaft abgelegt werden.

Zweitens gilt es, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu eruieren und die rechtspolitische Frage zu beantworten, ob die gegebenenfalls ins Auge zu fassenden Gesetzesänderungen im Rahmen der Totalrevision behandelt oder vorgezogen werden sollen. Für strategische Beschaffer privater Unternehmen lohnt es sich entsprechend, die Entwicklungen im öffentlichen Bereich aufmerksam zu verfolgen. Denn im Zweifel ist davon auszugehen, dass diejenigen Beschaffungspraktiken, welche selbst nach der trägen öffentlichen Beschaffungspolitik des Bundes nicht den Standards entsprechen, erhebliche Reputationsrisiken mit sich bringen. Das zukunftsfähige Beschaffungsmanagement bleibt eine steti-
ge Herausforderung. ■

Marc Steiner,

Rechtsanwalt, Richter am Bundesverwaltungsgericht

 marc.steiner@bvger.admin.ch
www.nachhaltige-beschaffung.ch