

# SDG 12, nachhaltiger öffentlicher Einkauf und die Vergaberechtsreform – ein best practice-Beispiel?

Marc Steiner,  
Richter am Bundesverwaltungsgericht\*

\*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.  
Interessenbindung: Mitglied des wissenschaftlichen Beirats  
des Wirtschaftsverbands swisscleantech

# Was ist das Besondere an der Regulierung des öffentlichen Einkaufs?

Im Unterschied zum „normalen“ Wirtschaftsverwaltungsrecht (beispielsweise Kartellrecht oder Finanzmarktaufsicht) reguliert der Staat mit dem Beschaffungsgesetz gerade nicht in erster Linie die ihre Leistungen anbietenden Unternehmen, sondern die Verwaltung selbst, also die einkaufende Auftraggeberseite.

Das ist auch der entscheidende Unterschied zur Konzernverantwortungsinitiative.

# Warum muss man den öffentlichen Einkauf regulieren? Mit welchem Ziel?

Wir brauchen (seit 1995 von Welthandelsrechts wegen) ein Gesetz für den öffentlichen Einkauf, weil der Staat nicht Konkurs geht, wenn er unvernünftig wirtschaftet; es fehlen die „Peitsche des Insolvenzrisikos“ und der Wettbewerbsdruck.

Nach der verlorenen EWR-Abstimmung bastelt die Schweiz Mitte 90er selbst eine Liberalisierung mit WTO-Beitritt, Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz und Beschaffungsrecht. Marktöffnung ist das oberste Ziel.

# Nachhaltigkeit – Art. 2 BV (1999)

## Art. 2 BV Zweck

<sup>1</sup> [...]

<sup>2</sup> [Die Schweizerische Eidgenossenschaft] fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

<sup>3</sup> [...]

<sup>4</sup> Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung.

In Artikel 2 Abs. 2 wird der Begriff der Nachhaltigkeit in einem umfassenden, alle drei Dimensionen einschliessenden Sinn verwendet (Luzius Mader, Die Umwelt in neuer Verfassung?, in: URP 2002, S. 105 ff., insb. S. 110).

# Der grössere Zusammenhang: Agenda 2030



# SDG 12: Ensure sustainable consumption and production patterns



# SDG 12: Die Bewertung der Schweiz

→	Satisfaction with public transport (%)	84.0	●	→
→	Rent overburden rate (%)	6.3	●	●●
→	<b>SDG12 – Responsible Consumption and Production</b>			
→	E-waste generated (kg/capita)	26.3	●	●●
●●	Anthropogenic wastewater that receives treatment (%)	97.0	●	●●
→	Production-based SO <sub>2</sub> emissions (kg/capita)	1.7	●	●●
→	Net imported SO <sub>2</sub> emissions (kg/capita)	34.4	●	●●
→	Reactive nitrogen production footprint (kg/capita)	58.4	●	●●
●●	Net imported emissions of reactive nitrogen (kg/capita)	432.4	●	●●
●●	Non-Recycled Municipal Solid Waste (MSW in kg/person/day)	1.8	●	●●
●●	<b>SDG13 – Climate Action</b>			
↓	Energy-related CO <sub>2</sub> emissions per capita (tCO <sub>2</sub> /capita)	4.3	●	↑
	Imported CO <sub>2</sub> emissions, technology-adjusted (tCO <sub>2</sub> /capita)	0.9	●	●●

# Denkfabrik foraus: Kohärente Umweltpolitik für eine globalisierte Schweiz (Forschungspapier 2016)

Die wichtigsten Hebel:

1. Wirtschafts- und Entwicklungszusammenarbeit
2. Finanzmarktpolitik: Green Finance / keine Investments in Kohle usw.
3. Rohstoffpolitik: Lieferkette im privaten Sektor im Fokus
4. Öffentliche Beschaffung: Sustainable Public Procurement



# Kohärente Umweltpolitik für eine globalisierte Schweiz (Fortsetzung)

4. Öffentliche Beschaffung: [Grosses Beschaffungsvolumen und Vorbildwirkung für private Beschaffung.]

Das internationale Handelsrecht gewährt inzwischen beträchtlichen Spielraum, ökologische (Anmerkung: und auch soziale) Kriterien bei der Auftragsvergabe miteinzubeziehen. Das Schweizer Beschaffungsrecht nutzt diesen (Spielraum) aber noch nicht aus. Die laufende Revision des Beschaffungsrechts bietet die Chance hier nachzubessern.

# Gelebte Rechtsgeschichte

- 90er Jahre (GPA/BöB; Marktwirtschaftliche Erneuerung /“Es geht um Marktöffnung, Wettbewerb und Geld”/ keine Berücksichtigung von Zielen aus anderen Politikfeldern)
- 2002 Urteil “Busse für Helsinki” EuGH
- 2004 Neue EU-Richtlinien (insb. RL 2004/18/EG)
- 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
- 2017 Botschaft BöB als Teil der harmonisierenden Revision des Vergaberechts Bund und Kantone
- 2018 Nationalrat beschliesst als Erstrat neues BöB (“Qualitätswettbewerb, Innovation, Nachhaltigkeit”)

# Testimonial on legal history from a Swiss perspective (3 archaeological layers)



Bern (World Trade Institute), May 2018

# Gelebte Rechtsgeschichte / drei archäologische Schichten

- Schicht 1: Binnenmarkt Schweiz nicht sehr dynamisch, Marköffnung nicht das Hauptziel, Vetternwirtschaft, Protektionismus und Kartellabsprachen
- Schicht 2: Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz, WTO-Vergaberecht 1994, BöB und IVöB; Marktöffnung, (Preis-)Wettbewerb, Geld
- Schicht 3: GPA 2012 / EU-Richtlinien 2014 / BöB-Entwurf WAK-N: Governance/Korruptionsprävention, Qualitätswettbewerb, Innovation, Nachhaltigkeit

# WTO und Welthandelsvergaberecht



GOVERNMENT PROCUREMENT: SYMPOSIUM – GENEVA 22 FEBRUARY 2017

---

## Symposium on sustainable procurement

Work programme on sustainable procurement of the committee on government procurement<sup>(1)</sup>


Centre William Rappard (WTO Headquarters), Room W

Geneva, 22 February 2017

Kanada und Europa gehen einen Schritt weiter  
Richtung Nachhaltigkeit.

USA können klassisch liberalen Ansatz der 90er  
“Marktöffnung, Wettbewerb und Geld” (Schicht 2)  
als alleinige Regulierungsthemen nicht verteidigen,  
weil Präsident Trump auf Protektionismus macht.

# WTO: Schweiz glänzt mit Empfehlungen zu Betonrecycling

 Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

## Concrete made from recycled granulates

**KBOB**  **IPB**

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren  
Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics

Nachhaltigkeit im öffentlichen Bau  
Durabilité et constructions publiques

Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren  
Communauté d'intérêts des maîtres d'ouvrage professionnels privés

EMPFEHLUNG • RECOMMANDATION • EMPFEHLUNG • RECOMMANDATION • EMPFEHLUNG  
NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE • NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE • NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE

### Beton aus recycelter Gesteinskörnung *Béton de granulats recyclés*

**2007/2**

Stand Februar 2012 / *Etat de février 2012*

#### RC-Beton C

Gesteinskörnung: Betongranulat aus aufbereitetem Betonabbruch  
Kornform: Gebrochen  
Qualität: Wie Primärbeton mit gebrochenem Gesteinskorn



#### Béton RC-C

Granulats: obtenu par traitement de béton de démolition  
Forme des grains: concassé  
Qualité: comme le béton ordinaire avec grains concassés

#### RC-Beton M

Gesteinskörnung: Mischgranulat aus aufbereitetem Mischabbruch  
Kornform: Gebrochen  
Qualität: Grösseres Schwinden und Kriechen, grössere Durchbiegungen als bei Primärbeton



#### Béton RC-M

Granulats: par traitement des matériaux de démolition non triés  
Forme des grains: concassé  
Qualité: retrait important et fluage, flèches plus importantes qu'avec le béton ordinaire



# Holzempfehlung wäre genauso richtig als Beispiel für best practice

## KBOOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren  
Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics

## eco.bau

Nachhaltigkeit im öffentlichen Bau  
Durabilité et constructions publiques

## IPB

Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren  
Communauté d'intérêts des maîtres d'ouvrage professionnels privés

## BKB

Beschaffungskommission des Bundes  
Commission des achats de la Confédération

EMPFEHLUNG RECOMMANDATION EMPFEHLUNG RECOMMANDATION EMPFEHLUNG RECOMMANDATION  
Nachhaltiges Bauen Construction durable Nachhaltiges Bauen Construction durable Nachhaltiges Bauen Construction durable Nachhaltiges

**Nachhaltig produziertes Holz beschaffen**  
*Achat de bois produit durablement*

# 2012/1

### Wussten Sie...

... dass in Schweizer Wäldern jährlich rund 8 Millionen m<sup>3</sup> an nutzbarem Holz nachwachsen und im Durchschnitt nur knapp 5,7 Millionen m<sup>3</sup> Holz auf den Markt gelangen?  
... dass der Wald in der Schweiz nachhaltig bewirtschaftet wird?  
... dass die Waldfläche weltweit stark abnimmt?  
... dass dieser weltweite Prozess mit konsequenter Beschaffung von nachhaltig produziertem Holz teilweise aufgehalten werden kann?



### Saviez-vous...

... que nos forêts produisent chaque année environ 8 millions de m<sup>3</sup> de bois, dont en moyenne seuls 5,7 millions sont commercialisés?  
... que les forêts suisses sont exploitées de manière durable?  
... que la surface forestière se réduit considérablement à l'échelle mondiale?  
... que l'acquisition systématique de bois provenant d'une production durable freinerait ce processus à l'échelle mondiale?

**Le Parlement et le Conseil fédéral**

# Energiestrategie 2050 / Pariser Klimaschutzabkommen / United Nations Sustainable Development Goals / Problem: Emissionsbilanz der Lieferkette

## Energiestrategie 2050



Die Schweiz verfügt heute über eine sichere und kostengünstige Energieversorgung. Wirtschaftliche und technologische Entwicklungen sowie politische Entscheide im In- und Ausland führen derzeit zu grundlegenden Veränderungen der Energiemärkte. Um die Schweiz darauf vorzubereiten, hat der Bundesrat die Energiestrategie 2050 entwickelt. Mit dieser Strategie soll die Schweiz die neue Ausgangslage vorteilhaft nutzen und ihren hohen Versorgungsstandard erhalten. Gleichzeitig trägt die Strategie dazu bei, die energiebedingte Umweltbelastung der Schweiz zu reduzieren.



# Paradigmenwechsel / Nachhaltigkeit

- EU-Richtlinie 2014/24/EU erklärt «strategic use of public procurement» zum Ziel; die juristische Bezeichnung «vergabefremde Aspekte» für Nachhaltigkeitsgesichtspunkte ist im Rückzug
- Das neue EU-Vergaberecht bekennt sich zum Qualitätswettbewerb. Das geschieht nicht so kompromisslos, wie es sich das EU-Parlament gewünscht hat, bedeutet aber eine klare Verfeinerung gegenüber der Logik des Welthandelsrechts und derjenigen der Richtlinie 2004/17/EU, die insoweit noch vom Welthandelsrecht abgeschrieben war.

# Die Ziele des Vergaberechts nach der Beratung im Nationalrat

Art. 2 lit. a E-BöB:

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen [WAK-N: “und den volkswirtschaftlich,] ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung [...]
- d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs [inkl. Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption]

# Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des geltenden BÖB I

Abs. 1:

Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert.

# Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des geltenden BöB II

Öffentliche Aufträge müssen an den günstigsten Bewerber gehen. (Weltwoche vom 24. November 2016, S. 35)



Nein! Das wirtschaftlich günstigste ist nicht das billigste Angebot!

# Nachhaltigkeit und Preiswettbewerb I

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

Oder umgekehrt: Bauwirtschaft, Ingenieure, Architekten, Holzverband lignum, Textilindustrie usw. haben sich die Frage gestellt, ob sie als “Werkplatz Schweiz” ein Interesse daran haben, die economie-suisse bei der Bekämpfung des Nachhaltigkeitsziels zu unterstützen.

# Nachhaltigkeit und Preiswettbewerb II

Medienmitteilung der WAK-N vom 28. März 2018:

Die WAK-N «beantragt ihrem Rat mit 16 zu 8 Stimmen, dass neben dem Preis und der Qualität der Leistung alle vom Bundesrat vorgeschlagenen Kriterien (inklusive der Nachhaltigkeit, die an der Januarsitzung von der Mehrheit noch gestrichen wurde), sowie die Plausibilität des Angebots und die Verlässlichkeit des Preises zwingend berücksichtigt werden müssen. Schliesslich beschloss die WAK-N einstimmig das Rückkommen auch auf Artikel 41.

Die Kommission sprach sich für den neuen Terminus «vorteilhaftestes Angebot» aus, der nicht nur das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, sondern alle in Artikel 29 Absatz 1 erwähnten Kriterien widerspiegeln soll.

# Paradigmenwechsel / Nachhaltigkeit nach dem neuen BÖB

Nach Art. 29 des neuen Gesetzes (Stand nach Beratung im Nationalrat) dürfen künftig fair trade-Aspekte belohnt und ökologische Externalitäten (externe Kosten) internalisiert bzw. eingepreist werden.

[Merke: Als Teil der Berücksichtigung bzw. Bewertung von Qualität ist die Ökobilanzierung von Externalitäten heute schon möglich.]

Nach Art. 41 geht es nicht mehr um das wirtschaftlich günstigste, sondern um das vorteilhafteste Angebot.  
[Fokus auf Qualitätswettbewerb]

## Interplay Sustainable Public Procurement (SPP) - CSR

There is a benchmark situation between public entities and private business when dealing with supply chain issues.

ILO Core Labour Standards and labels (for instance FSC for sustainable timber) are – if widely implemented in the public procurement context – possible standards to create a common standard, which reputational risk management can't ignore, even if it's not legally binding.



# Fazit

Sowohl in WTO und EU als auch in der Schweiz ist in Bezug auf die Regulierung des öffentlichen Einkaufs ein eigentlicher Paradigmenwechsel festzustellen. Statt “Marktöffnung, Wettbewerb, Geld und sonst nichts” sind heute nebst den klassischen Maximen des Beschaffungsrechts auch “Qualitätswettbewerb, Innovation und Nachhaltigkeit” als Leitgedanken anerkannt. Nachhaltigkeit ist als Gesetzesziel verankert. Nach neuem Recht (Stand nach Beratung im Nationalrat) hat der Bund von Beschaffungsgesetzes wegen eine CSR-Strategie beim öffentlichen Einkauf. Kantone, Städte, Gemeinden und Kirchgemeinden werden nachziehen.