

Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen als Themen der BöB-Revision

Marc Steiner,
Richter am Bundesverwaltungsgericht*

*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

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 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.

Was sind die Regulierungsziele?

- Wirtschaftlichkeit / Marktöffnung / Wettbewerb
- good governance / Korruptionsprävention ?
- Qualitätswettbewerb / Innovation / Nachhaltigkeit ?

Gelebte Rechtsgeschichte

- **90er Jahre (GPA/BöB; Marktwirtschaftliche Erneuerung /“Es geht um Wettbewerb und Geld”/ wettbewerbsintensiviertes Fitnessprogramm für Anbieter als Ersatz für abgelehnten EWR; eher kein “government by procurement”)**
- **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**

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

Grundaussage zu Preis und Qualität als Thema von Recht und Vergabekultur

- Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis.
- Das geltende schweizerische Vergaberecht ist in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots eigentlich auf Qualität ausgerichtet; das Problem ist die Vergabekultur.
- Die Fassungen von Art. 29, 38 und 41 BÖB gemäss Beschluss des Nationalrats vom 13. Juni 2018 machen dem Bundesrat klar, dass Qualitätswettbewerb gewollt ist.

Nachhaltigkeit – Art. 2 BV

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 2 BV Zweck

¹ [...]

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

³ [...]

⁴ 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).

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⁽¹⁾


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
 Confédération 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
 Qualität: 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
 Qualität: 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
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 m³ an nutzbarem Holz nachwachsen und im Durchschnitt nur knapp 5,7 Millionen m³ 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 m³ 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
- Nach Art. 2 des neuen Beschaffungsgesetz nach Beratung im Nationalrat wird die Nachhaltigkeit zum Gesetzesziel
- Nach Art. 29 des neuen Gesetzes dürfen künftig fair trade-Aspekte belohnt und ökologische Externalitäten (externe Kosten) internalisiert bzw. eingepreist werden. [Merke: Als Teil der Bewertung der Qualität ist die Ökobilanzierung von Externalitäten heute schon möglich.]

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]

Wirtschaftlichkeit als Ziel des geltenden wie auch des neuen Vergaberechts

Die Vorgabe des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bleibt für sich allein insofern unbestimmt, als sie als offenes Prinzip nicht abschliessend klärt, ob das Vergaberecht dem Preis- oder dem Qualitätswettbewerb verpflichtet sein soll. Die Antwort auf diese Frage geben die anderen Gesetzesziele und Art. 21 BöB (bzw. nach neuem Recht Art. 29, 38 und Art. 41 BöB gemäss Nationalrat).

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

Sowohl aufgrund des Wortlautes als auch der Entstehungsgeschichte von Art. 21 Abs. 3 BöB ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber den reinen Preiswettbewerb bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern als nicht sachgerecht erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.5.1 f. mit Hinweisen; Steiner, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 166 f. mit Hinweisen).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des geltenden BöB III

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



Nein! Das wirtschaftlich günstigste ist nicht das billigste Angebot!

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des geltenden BÖB IV

Nach dem schweizerischen Vergaberecht hat die Auftraggeberin einen Spielraum bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien. Sie kann wie auch bei den technischen Spezifikationen definieren, wie wichtig ihr gute Qualität ist.

Die Anbieter richten sich danach aus. Auszug aus Verhandlungsprotokoll: “Aufgrund der Gewichtung des Preises haben wir die konventionelle Lösung vorgeschlagen.” Gehen Innovationsförderung und Betonung des Preiswettbewerbs zusammen?

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur; abweichend von der bisherigen Regelung misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei (Soudry/Hettich, S. 64; vgl. dazu auch 17. forum vergabe Gespräche 2015, S. 148).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

"The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue," Mr. Tarabella explained.

(Pressemitteilung vom 15. Januar 2014 betreffend die Zustimmung des Europäischen Parlaments zu den neuen EU-Vergaberichtlinien)

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.

Nachhaltigkeit und Qualitätswettbewerb III

Dumping durch Nichteinhaltung von Mindeststandards als Problem des Qualitätswettbewerbs:

- Die Textilindustrie hat gesehen, dass es in ihrem Interesse ist, dass man wenigstens verlangt, dass die ausländische Konkurrenz die ILO-Mindeststandards betreffend Kinder- und Zwangsarbeit einhält; darum gibt es die Mehrheiten für Art. 12 Abs. 2 BöB.
- Dieselbe Logik gilt aber auch für Umweltschutzstandards bei der Produktion im Ausland -> Art. 12a Abs. 2 BöB gemäss der Minderheit Schelbert.

Vergabekultur als Herausforderung

Auch nach neuem Recht entscheidet die Auftraggeberin im Rahmen des Ermessensspielraums selbst, ob sie das billigere oder das qualitativ ansprechendere Produkt will.

Aber: Als Wirtschaftsverband kann man ein Departement, ein Bundesamt oder die SBB oder auch eine Gemeinde auf die Vergabekultur ansprechen. Diese Kultur können die Verantwortlichen steuern und sie haben sie auch politisch zu verantworten.

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

Das geltende Schweizer Recht hat richtig ausgelegt klaren Qualitätsfokus. Wenn das in der Praxis nicht so gelebt wird (falsche Vergabekultur), kann man das Gesetz ändern, was der Nationalrat vorhat. Das ist ein Paradigmenwechsel (archäologische Schicht 3 ergänzt Schicht 2). Die richtige Vergabekultur ergibt sich auch aus dem Diskurs über die Art, wie die Auftraggeberseite von ihren Spielräumen Gebrauch macht (vgl. Vorstoss NR Thierry Burkart 16.3506 16. Juni 2016). Dazu passen die Zielsetzungen Innovation und Nachhaltigkeit. Nach neuem Recht hat der Bund von Beschaffungsgesetzes wegen eine CSR-Strategie beim öffentlichen Einkauf.