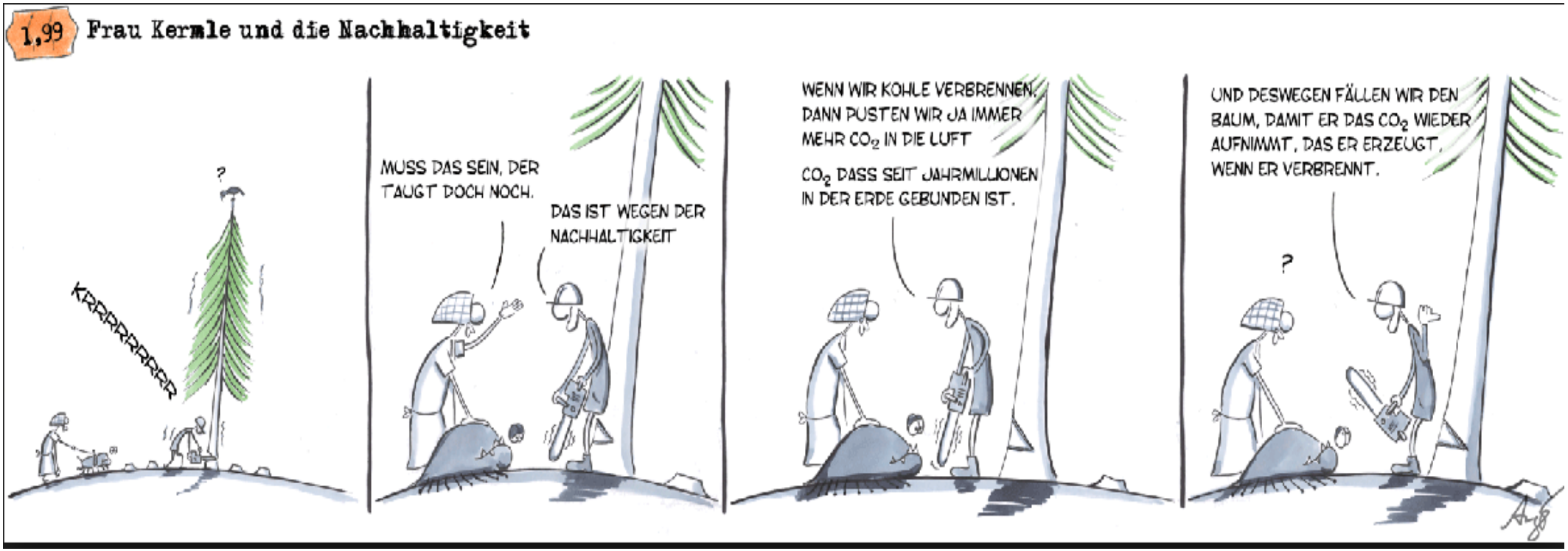
Nachhaltigkeit im neuen Beschaffungsrecht

Dr. iur. Pandora Kunz-Notter, Rechtsanwältin

walderwyss rechtsanwälte

Was ist Nachhaltigkeit?



Definition Nachhaltigkeit

- Keine einheitliche Definition.
- «Nachhaltigkeit ist ein Handlungsprinzip zur Ressourcen-Nutzung, bei dem die Bewahrung der wesentlichen Eigenschaften, der Stabilität und der natürlichen Regenerationsfähigkeit des jeweiligen Systems im Vordergrund steht.»
- «Nachhaltige Entwicklung ist Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse nicht befriedigen können.»
- Nachhaltig ist nicht mit «langfristig» oder «dauernd» zu verwechseln
- Hinweis: BR Strategie zur Nachhaltigkeit 2016-2019

Drei Dimensionen der Nachhaltigkeit

Green IT

Nachhaltigkeit im Beschaffungsrecht?

Ziele und Zwecke im Beschaffungsrecht:

- Wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel
- Transparenz im Beschaffungsverfahren
- Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen
- Förderung des wirksamen Wettbewerbs

Nachhaltigkeit im Beschaffungsrecht?

Ablauf des Vergabeverfahrens

- 1. Schritt: Bedarfs- und Kostenanalyse
  - Was muss bzw. möchte die Vergabestelle beschaffen?
  - Analyse des Marktes
  - Anforderungen an die zu beschaffende Leistung
  - Festlegung der Ziele
- 2. Schritt: Konzeption Ausschreibung / Ausschreibungsunterlagen
  - Zwingende Teilnahmebedingungen
  - Technische Spezifikationen
  - Eignungskriterien
  - Zuschlagskriterien
- 3. Schritt: Durchführung der öffentlichen Ausschreibung
- 4. Schritt: Vertrag

Beispiel: Anfahrts- und Transportweg (Urteil BGer 2P.342/1999)

- Gemeinde X schrieb kommunale Kehrrichtabfuhr öffentlich aus.
- Zuschlagskriterium: Preis, **Umweltverträglichkeit** (Transportweg), Qualität (Ortskenntnisse) und Referenzen
- Grundsätzlich Berücksichtigung Transportweg problematisch, da ortsfremde Anbieter diskriminiert werden – vorliegend ausnahmsweise zulässig.
- In Bezug auf die Umweltbelastung wurde die Fahrzeugwahl jedoch nicht geprüft.
- Kriterium Ortskenntnis war unzulässig.

Beispiel: Lehrlingsausbildung (VGer ZH, 27.06.12; VB.2012.00001 E. 4.1)

- Gemeinde führte ein Einladungsverfahren zwecks Einführung eines Geografischen Informationssystems zur Bewirtschaftung und Nutzung von GIS-Daten durch.
- Zuschlagskriterium: **Lehrlingsausbildung** mit Gewichtung 10 % (Verhältnis Anzahl Lernenden/Anzahl Mitarbeiter)
- Kritik: Unzulässige Bevorzugung von kleinen Unternehmen, weil dort weniger Lernende stärker zu Buche schlagen.
- Urteil: Grundsätzlich zulässig, aber weil es ein vergabefremdes Kriterium ist, maximale Gewichtung 10 %.
- Unzulässig, wenn ausländische Anbieter am Verfahren teilnehmen könnten, die keine vergleichbare Berufsbildung kennen - wettbewerbswidrige Diskriminierung.

Nachhaltigkeit im revidierten GPA 2012 (WTO Übereinkommen)

- GPA 2012 keine Einigung betreffend Nachhaltigkeit
- GPA 2012 beschränkt sich auf ökonomische und ökologische Nachhaltigkeit – keine Berücksichtigung der sozialen Nachhaltigkeit
- «Arbeitsprogramm zu nachhaltigen Beschaffungen»

Nachhaltigkeit im revidierten Recht: VE-BöB

- **Zweck**: Gemäss Art. 1 Bst. a VE-BöB bezweckt dieses Gesetz, insbesondere den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, unter Berücksichtigung der **Nachhaltigkeit**. (NEU!)
- **Zuschlagskriterien**: Gemäss Art. 33 Abs. 1 VE-BöB prüft die Auftraggeberin die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie kann neben dem Preis der Leistung insbesondere Kriterien berücksichtigen wie Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Betriebs- und Lebenszykluskosten, Ästhetik, **Nachhaltigkeit**, Kreativität, etc.

Nachhaltigkeit im revidierten Recht: VE-VöB

– Art. 3 VE-VöB (zu Art. 1 und 33 VE-BöB):

  Die **Nachhaltigkeit** wird in allen drei Dimensionen unter Beachtung des gesamten Lebensweg eines Produktes berücksichtigt:

  a. Wirtschaftlichkeit;

  b. Ökologie; und

  c. Soziales.

– Die Reihenfolge ist kein Hinweis auf die Bedeutung (erläuternder Bericht vom 1. April 2015).

Nachhaltigkeit im revidierten Recht: VE-BöB

- **Arbeitsschutzbedingungen und Arbeitsbedingungen (Art. 14 VE-BöB; Art. 12 VE-VöB):**
  - Öffentliche Aufträge werden nur an ausländische Anbieter vergeben, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten. Es gelten die Mindestanforderungen nach Massgabe der acht Kernübereinkommen der ILO. Die Anbieterinnen verpflichten ihre Subunternehmerinnen diese Anforderungen auch einzuhalten (Abs. 1).
  - Öffentliche Aufträge werden nur an Anbieterinnen vergeben, welche die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten (Abs. 2).
  - Kontrollen möglich; Auf Verlangen muss die Anbieterin Nachweis erbringen (Abs. 3).
  - Berichte der Kontrollorgane an die Vergabestellen (Abs. 4).

Beispiel: Unterwäsche für die Armee aus Indien, Bulgarien und Ungarn

Aufträge an Billiglohnländer

Armee lässt Wäsche in Indien und Osteuropa produzieren

NZZ AM SONNTAG / von Andreas Schmid / 31.7.2016, 10:34 Uhr

Unterwäsche im Wert von drei Millionen Franken bestellt die Armee aus Indien, Bulgarien und Ungarn.

18 KOMMENTARE

Was die Soldaten an Armee-Unterwäsche unter dem Kampfanzug tragen, kommt aus Indien, Bulgarien und Ungarn. (Isone, 2. Juli 2013) (Christian Beutler / Keystone)

MEISTGELESEN

Bankgeheimnis
USA werben drei Schwarzgeld
NZZ AM SONNTAG / Sebast

Live-Blog Olympia
Für einmal kein (
Andreas Babst, Anja Knaben
15.8.2016

Leichtathletik
Usain Bolt macht einmalig
Remo Geisser, Rio de Janeir

NZZ JOBS

KANTONSSPITAL BASE
Dipl. Fachperson Operationstechnik HF

Was ist neu? Was bleibt gleich?

Was ist neu?

- Nachhaltigkeit im **Zweckartikel**
- Nachhaltigkeit in allen drei Dimensionen: **ökonomisch, sozial (neu!) und ökologisch**
- Ausdrückliche Berücksichtigung der Arbeitsschutzbedingungen und Arbeitsbedingungen

Was bleibt gleich?

- Klärungsbedarf bei den Begriffen
- Nicht zur Rechtfertigung von Protektionismus oder Diskriminierung
- Vergabefremde Kriterien dürfen nicht zu hoch gewichtet werden

Empfehlungen des Bundesrates zur nachhaltigen Beschaffung

1. Ökonomische Nachhaltigkeit:
   - Wettbewerbssituation schaffen (Wettbewerb nicht zu stark einschränken)
   - Zuschlagskriterien (Kosten für ganze Lebensdauer berücksichtigen)
2. Soziale Nachhaltigkeit:
   - Zwingende Teilnahmebedingungen:
     - Einhaltung in der Schweiz der massgebenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen
     - Anbieterinnen im Ausland müssen ILO-Kernübereinkommen einhalten
     - Einhaltung der Lohngleichheit
   - Eher nicht als Eignungs- und Zuschlagskriterien

Empfehlungen des Bundesrates zur nachhaltigen Beschaffung

3. Ökologische Nachhaltigkeit:
   - Technische Spezifikationen: Beschaffungsstellen bestimmen selber, welche Anforderungen für den Beschaffungsgegenstand gelten (umweltbezogene Mindestanforderungen).
   - Eignungskriterien: umweltbezogene Eignungskriterien wie beispielsweise speziell ökologisches Know-how
   - Zuschlagskriterien: Kriterien, die eine ökologische Beschaffung ermöglichen (z.B. Umweltverträglichkeit, Emissionen, Energieeffizienz, Entsorgung, Reparierbarkeit etc.).
   - Hinweis: Label

Nachhaltigkeit im ICT-Bereich

- Verschiedene Fragen bei der ICT-Beschaffung:
  - Was für ein Gerät ist erforderlich?
  - Was für eine Softwarelösung ist erforderlich?
  - Unter welchen Bedingungen wurde ein Gerät hergestellt?
  - Wurden bzw. werden die Minimalanforderungen der Arbeitsbedingungen eingehalten?
  - Läuft ein Gerät stromsparend?
  - Lässt sich ein Gerät gut recyceln?
  - Wie ist der Lebenszyklus des Gerätes?
  - Energiesparen mit Cloud Computing?
  - Was ist der Lebenszyklus von Dienstleistungen?

Anwendungsbeispiel: Einsatz von Multifunktionsgeräten und Druckern

- WTO-Ausschreibung vom Bund
- Soziale Nachhaltigkeit: Folgende Eignungskriterien
  - Arbeitsschutzbestimmungen
  - Lohngleichheit von Mann und Frau
  - ILO-Übereinkommen (insbesondere Kinderarbeit, Zwangsarbeit)
- Ökonomische Nachhaltigkeit:

  Preis der gesamten Lebenswegkosten (Miete oder Kauf, Lieferung, Installation, Wartung und Pflege, Rücknahme der Geräte, nachhaltige Entsorgung).

Anwendungsbeispiel: Einsatz von Multifunktionsgeräten und Druckern

- Ökologische Nachhaltigkeit:
  - Eignungskriterien: nachgewiesener Abschluss einer Entsorgungsvereinbarung und vergleichbares Entsorgungskonzept
  - Technische Spezifikation: Umwelt- und Energieanforderungen als technische Spezifikationen – angelehnt an den blauen Engel. Anbieter ohne Label mussten nachweisen, dass ihr Angebot den Anforderungen entspricht.
  - Zuschlagskriterien: Leistungsaufnahme im Bereitschaftszustand, ausgeschalteten Zustand sowie der typische Stromverbrauch (gemäss Label Energy Star) wurde mit 15 % bewertet.

Beispiel: Umweltmanagementsystem (Urteil BVGer B-6082/2011 vom 8.5.2012)

- Oberzolldirektion schrieb einen Lieferauftrag aus: Projekt «Beschaffung und Wartung des neuen mobilen Kontrollsystems LSVA».
- Zuschlagskriterium: Umweltmanagementsystem nach ISO 14001 oder gleichwertiger Art
- Begründung Vergabestelle: Es bestehe ein Interesse, dass das Projekt möglichst umweltverträglich abgewickelt werde (Produktion, Wartung und Instandstellung).
- Urteil: Kein klarer Bezug zum Auftrag. Eventuell unzulässige Bevorzugung einiger Anbieter.

Was tun bei Fehlern in der Ausschreibung oder bei unzulässigen Kriterien?

- Beschwerde gegen die Ausschreibung einreichen – ansonsten verwirkt evtl. das Beschwerderecht (Hinweis: aufschiebende Wirkung).
- Fragen in der Fragerunde einreichen
- Angebot einreichen

Danke für Ihre Aufmerksamkeit