Mit technischen Spezifikationen zu nachhaltigen Beschaffungen

Das Thema der Nachhaltigkeit hat in den letzten Jahren auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens an Bedeutung gewonnen. Nachhaltig beschaffen bedeutet, die öffentlichen Mittel sowohl wirtschaftlich und volkswirtschaftlich als auch ökologisch und sozial verantwortungsvoll einzusetzen. Obwohl diesem Nachhaltigkeitsziel im revidierten Vergaberecht verstärkt Rechnung getragen wird, bestehen nur wenige konkrete Pflichten zu dessen Umsetzung. Zwar haben die öffentlichen Auftraggeberinnen die Umweltschutzgesetzgebung zu beachten, doch liegt es darüber hinaus in weiten Teil in ihrem Ermessen, in welchem Umfang und auf welche Weise sie Nachhaltigkeitsaspekte in ihren Beschaffungen einbeziehen. Eine neu eingeführte Bestimmung soll nun aber die öffentlichen Auftraggeberinnen auf Bundesebene in die Pflicht nehmen, die Nachhaltigkeit im Rahmen von technischen Spezifikationen zu berücksichtigen.

■ **Von Regula Fellner**

Einleitendes

Mit der jüngsten Revision des Umweltschutzgesetzes (USG) werden gesetzliche Rahmenbedingungen für die Stärkung der Kreislaufwirtschaft in der Schweiz geschaffen. Dazu gehören insbesondere der Grundsatz der Schonung natürlicher Ressourcen sowie das Prinzip der Wiederverwendung von Materialien und Produkten, die derzeit (noch) entsorgt werden. Es sind auch andere Gesetzesänderungen zur Stärkung der Schweizer Kreislaufwirtschaft vorgesehen, darunter eine Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB). Nach der am 1. Januar 2025 in Kraft getretenen Bestimmung von Art. 30 Abs. 4 BöB sind öffentliche Auftraggeberinnen auf Bundesebene nunmehr verpflichtet, soweit sich das Beschaffungsvorhaben dazu eignet, technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorzusehen. Dabei gelten als «natürliche Ressourcen» nicht nur lebendige, erneuerbare Organismen wie Pflanzen und Tiere, sondern auch Rohstoffe (wie Mineralien), Boden, Luft und Wasser.

Technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt

Nebst dem Leistungsbeschrieb bilden die technischen Spezifikationen das Kernstück einer Ausschreibung. Sie legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 BöB/IVöB). Da technische Spezifikationen den Inhalt des Angebots bestimmen, sind sie – wie die auf die Anbietenden bezogenen Eignungskriterien – absoluter Natur. Als sogenannte Muss-Kriterien führt deren Nichterfüllung unabhängig vom Vergleich mit anderen Anbieterinnen zur Nichtberücksichtigung des Angebots.

Nachdem Art. 30 Abs. 4 BöB bislang als Kann-Bestimmung ausgestaltet gewesen ist, sind die Vergabestellen auf Bundesebene nunmehr dazu angehalten, die Nachhaltigkeit (auch) im Rahmen der technischen Spezifikationen zu berücksichtigen. Auf kantonaler und kommunaler Ebene steht es den Vergabestellen nach wie vor frei, ob bzw. inwieweit sie in ihren Beschaffungen technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen (Art. 30 Abs. 4 IVöB). Doch haben etliche Kantone und Gemeinden in ihren Einführungsgesetzen, Reglementen oder Weisungen ebenfalls zwingende Vorgaben zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien festgelegt. So ist beispielsweise im Kanton Basel-Stadt vorgegeben, in den Beschaffungen der Departemente ab dem für das offene und selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert mindestens ein Eignungskriterium, ein Zuschlagskriterium (mit mindestens 20% Gewichtung) oder eine wesentliche technische Spezifikation anzuwenden, welche Umwelt- und Ressourcenaspekte zum Inhalt haben (vgl. § 5 Abs. 1 lit. i EG IVöB i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 EV IVöB).

Sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand

Die Anwendung von technischen Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt erfordert stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsgegenstand. In der Regel beziehen sich die entsprechenden Anforderungen auf die zu beschaffenden Leistungen oder auf die erwünschten Wirkungen bei der Erbringung dieser Leistungen. Es ist jedoch auch möglich, die Art und Weise der Produktion vorzugeben, sofern die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Dabei muss die Produktionsweise nicht notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein, sie sollte aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts beeinflussen (z. B. Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung).

Die Vorgabe der Vergabestelle, ein Gebäude nach Minergie-Standard zu errichten, kann demnach mit Blick auf den erforderlichen Sachbezug zum Beschaffungsgegenstand als zulässig gewertet werden. Unzulässig wäre es hingegen, von den Anbietenden unabhängig vom Beschaffungsgegenstand ein (allgemeines) ökologisches Engagement zu fordern.

Berücksichtigung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze

Bei der Festlegung von technischen Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen und zum Schutz der Umwelt sind die Verfahrensgrundsätze des Beschaffungsrechts umfassend einzuhalten. Dass ökologische Anforderungen in der Form von technischen Spezifikationen den Anbietermarkt beschränken, liegt in der Natur der Sache. Soll ein Haus aus Holz errichtet werden, so schliesst dies diejenigen Anbieterinnen, die nur Betonhäuser bauen, von vornherein vom Vergabeverfahren aus. Aus diesem Grund ist besonders darauf zu achten, die technischen Spezifikationen so festzulegen, dass ein hinreichender Restwettbewerb bestehen bleibt.

Zudem ist dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass technischen Spezifikationen nicht zur Ungleichbehandlung von Anbietenden führen. Um einem allfälligen Vorwurf der Inländerbevorzugung entgegentreten zu können, empfiehlt es sich, auf internationale Zertifikate und Standards bzw. die dort zugrunde liegenden Vorgaben abzustellen (vgl. so auch Art. 30 Abs. 2 BöB/IVöB). Dabei sollte berücksichtigt werden, dass jeweils die aktuellste Version der entsprechenden Labels und Zertifikate einverlangt wird, da Zertifizierungsstellen ihre Richtlinien regelmässig an neue (rechtliche und politische) Entwicklungen anpassen. Darüber hinaus ist bei der Vorgabe von Labels oder Zertifikaten nach Möglichkeit auch der Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen zuzulassen (sog. Gleichwertigkeitsnachweis).

Vertragliche Umsetzung der Nachhaltigkeitskriterien

Eine Beschaffung wird erst durch den mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossenen Vertrag verbindlich. Um das Nachhaltigkeitsziel umzusetzen, ist es deshalb unabdingbar, die in der Ausschreibung vorgegebenen Kriterien zur Nachhaltigkeit im Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzubilden. Dabei ist wichtig, vertragliche Kontrollmechanismen vorzusehen, welche es der öffentlichen Auftraggeberin ermöglichen, auch während der Vertragsdauer die Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien (beispielsweise mittels Inspektionen in den Betrieben) überprüfen zu können. Zudem sollte vertraglich sichergestellt werden, dass die Vertragspartnerin zur Umsetzung der notwendigen Massnahmen verpflichtet werden kann, und es sind für den Fall der Nichteinhaltung von vertraglichen Bestimmungen durchsetzbare Massnahmen (wie Sanktionen) festzulegen. Nur so kann dem im Vergaberecht verankerten Nachhaltigkeitsziel die erforderliche Nachachtung verschafft werden.

AUTORIN

Regula Fellner ist Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und als Senior Associate bei PMP Rechtsanwälte AG beratend und prozessierend tätig.