

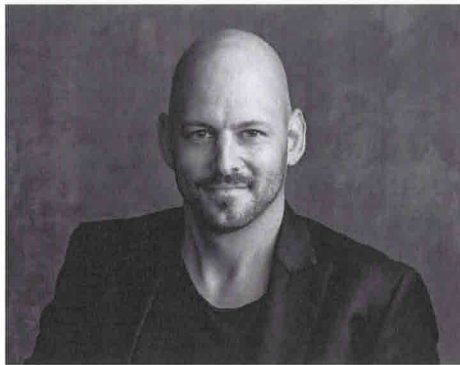


Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 49, Juli 2022

Nachhaltigkeit in der Beschaffung – Was gilt mit dem neuen Recht?



**Christoph Schärli, lic. iur., Rechtsanwalt
Geissmann Rechtsanwälte AG**

Mit der Aufnahme der Nachhaltigkeit als wichtiges Ziel der öffentlichen Beschaffung haben Bund und die Kantone die entsprechenden staatsvertraglichen Vorgaben in die revidierten Gesetzesgrundlagen übernommen. Die Nachhaltigkeit muss bei der Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen durch die öffentliche Hand neben dem Preis und der Qualität ein wesentliches Kriterium sein.

Ist die Nachhaltigkeit ein neues Kriterium?

Die Antwort ist «jein». Schon nach bisherigem Recht war das Ziel des Beschaffungsrechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Die bisherige Gesetzgebung verlangte von den Vergabestellen, bei der Evaluation und Festlegung der Kriterien eine gesamtübergreifende ökonomische Perspektive anzustellen. Dazu zählt auch die Nachhaltigkeit. Durch die explizite Aufnahme im neuen Gesetzestext wird der Nachhaltigkeit aber mehr Gewicht verliehen.

Nachhaltigkeit ist ein weit gefasster Begriff. Das Kriterium «Nachhaltigkeit» ist im revidierten BöB/IVöB im Zweckartikel Art. 2 Abs. 1 lit. a sowie bei den Zuschlagskriterien in Art. 29 explizit aufgeführt. Das Kriterium der «Nachhaltigkeit» beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie (Umwelt) und Soziales.

In der Praxis ist es sehr komplex, wenn nicht gar unmöglich, bei einer Beschaffung alle auf Umwelt und Gesellschaft entstehenden Kosten und Auswirkungen präzise zu erfassen und einander gegenüber zu stellen. Umso wichtiger ist es, dass der im neuen Beschaffungsrecht zum Ausdruck gebrachte politi-

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Im öffentlichen Beschaffungsrecht kündigt sich ein Paradigmenwechsel an. Bislang musste der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Neu tritt die Nachhaltigkeit als Zweck und Kriterium hinzu. Dabei geht es um weit mehr als die Verwendung eines Modeworts zur Steigerung der Popularität des nicht überall gleich beliebten Beschaffungswesens.

Rechtsanwalt Christoph Schärli gibt in seinem Schwerpunktbeitrag in dieser Ausgabe einen Überblick, worauf beim Nachhaltigkeitskriterium zu achten ist und illustriert dies plastisch an der sehr häufigen Ausschreibung von Transportleistungen und weiteren praxisrelevanten Beispielen.

Weiter finden Sie eine Übersicht zum Stand der Revision des Vergaberechts im Kanton Zürich. Denn anders als auf Bundesebene gilt das revidierte Beschaffungsrecht im Kanton Zürich noch nicht. Auch ein Update zur Simap-Plattform und den gut besuchten Schulungen ist enthalten.

Wir wünschen Ihnen einen guten Sommeranfang.

**Für das Redaktionsteam
Luca Albertin**

sche Wille, ein grösseres Augenmerk auf die Nachhaltigkeit von Beschaffungen zu legen, mit konkreten Massnahmen angegangen wird.

Nachfolgend wird der Fokus auf die Dimension der ökologischen Nachhaltigkeit bei Beschaffungen gelegt. Ökologische Nachhaltigkeit wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz definiert. Anhand von Beispielen zum Thema Transport wird illustriert, wie nachhaltiger beschafft werden kann und wo sich dabei verschiedene komplexe Fragen und Probleme stellen.

Das Verhältnis der Nachhaltigkeit mit den anderen Grundsätzen des Beschaffungsrechts

Der mit der neuen Gesetzgebung eingeführte Fokus auf die Nachhaltigkeit ändert nichts daran, dass die bisher geltenden Grundsätze des Beschaffungsrechts – insbesondere das Gebot des Sachzusammenhangs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit – weiterhin zu beachten sind.

Vorgaben betreffend Nachhaltigkeit und entsprechende Kriterien müssen mit der konkret zu beschaffenden Leistung immer in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Sie müssen so ausgestaltet sein, dass sie effektiv eine Verbesserung auf Umwelt und Gesellschaft bewirken. Gleichzeitig dürfen sie aber das Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel und auch das Gebot der Gleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) sowie andere öffentlichen Interessen nicht aushebeln.

Die drei «Stellschrauben» für mehr Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen

Die Nachhaltigkeit einer Beschaffung lässt sich grundsätzlich über drei verschiedene (nachfolgend als) «Stellschrauben» bezeichnete Massnahmen steuern:

- Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung
- Technische Spezifikationen/Musskriterien
- Zuschlagskriterien

Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung

Überlegungen zur Nachhaltigkeit sollten bereits bei der Beschaffungspolitik und der Evaluation der zu beschaffenden Leistungen angestellt werden. Es ist die Einkaufspolitik einer Vergabestelle, welche die Nachhaltigkeit der Beschaffung zum massgeblichen Teil beeinflusst. Der Entscheid, ein Gebäude zu sanieren statt abzureissen oder eine energieverwendende Heizungsanlage durch eine effiziente und ressourcenschonende Lösung zu ersetzen, hat weitaus einen grösseren Einfluss auf die Nachhaltigkeit, als wenn man nicht nachhaltige Technologien/Lösungen beschafft und dann versucht, über die Festlegung der Zuschlagskriterien oder Musskriterien die «nachhaltigste» dieser Lösung zu evaluieren.

Bei der Definition der zu beschaffenden Leistung haben die Vergabestellen auch die grössten Freiheiten. So steht es im Ermessen der Vergabestellen, ihren Beschaffungsbedarf und die Beschaffungspolitik festzulegen. Der Entscheid, bei der Energieversorgung auf erneuerbare Technologien zu setzen oder bestimmte nachhaltigere Materialien beim Bau eines Gebäudes zu verwenden, steht im Ermessen der Vergabestelle. Entsprechend ist der Einfluss auf die Nachhaltigkeit bei dieser Stellschraube am grössten.

Technische Spezifikationen / Musskriterien

Art. 30 revlvöB legt fest, dass die Vergabestellen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen festlegen können. Damit werden die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren definiert. Dabei haben sich die Vergabestellen soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen abzustützen. Abs. 4 der Bestimmung sieht zudem ausdrücklich vor, dass Vergabestellen technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen können.

Die Nachhaltigkeit kann entsprechend über die Festlegung von technischen Anforderungen und Musskriterien beeinflusst werden, in dem die Vergabestellen Vorgaben zu gewissen Schadstoffwerten, Labels für nachhaltige Produkte, Recycling, etc. in der Ausschreibung machen. Solche Spezifikationen sind sogenannte Musskriterien, welche von den Anbietenden zwingend einzuhalten sind.

Diese Musskriterien und Vorgaben dürfen – da es sich um zwingende Vorgaben handelt – jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass einzelne Anbieter spezifisch bevorteilt oder diskriminiert werden. Zudem müssen die Vorgaben in einem Sachzusammenhang mit der Beschaffung stehen.

Vorgaben als Musskriterien rechtfertigen sich dann, wenn damit erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt verhindert werden können und diese Vorgaben auch sachlich in einem starken Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand stehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss in diesem Kontext das «Auswirkungsprinzip» beachtet werden, d.h. es muss ein ökologischer Vorteil erzielt werden können. Dieser muss messbar bzw. überprüfbar sein. Zum Beispiel, wenn bei einem nachgefragten Rohstoff wie etwa Holz die Herkunft aus nachhaltiger Produktion / Herstellung verlangt wird und dieser Rohstoff einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistung (etwa bei der Beschaffung von Holzschnitzeln, Holzbauten) ausmacht.

Über die Eignungskriterien die Nachhaltigkeit der Beschaffung zu steuern, ist dagegen meist unzweckmässig. Eignungskriterien sind anbieter- und nicht angebotsbezogen. Der sachliche Bezug zum Leistungsgegenstand gilt auch für Eignungskriterien. Möglich wären Eignungskriterien – aber nur bei Leistungen mit erheblichen Umweltauswirkungen – wie beispielsweise entsprechendes Know-how, Zertifizierungen oder Umweltmanagementsysteme.

Schulungen

Für Mitarbeitende der Kantonalen Verwaltung Zürich und der Zürcher Gemeinden organisiert die KÖB regelmässig Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen. Das ständige Angebot umfasst einen Einführungskurs (1 Tag) und einen Vertiefungskurs (1/2 Tag) und wird auch 2022 erneut angeboten. Die Termine sind auf der Bildungsplattform des Kantons Zürich aufgeschaltet www.lernen.zh.ch

Stand Beitritt Kanton Zürich zur IVöB 2019

Dem revidierten Konkordat (IVöB 2019) gehören mittlerweile die vier Kantone AI, TG, AG und SZ an. Auch im Kanton Zürich geht es vorwärts:

Das Beitrittsgesetz zur IVöB befindet sich momentan in der Beratung in der kantonsrätlichen Kommission für Staat und Gemeinden (STGK). Die Vorlage soll noch vor den Sommerferien dem Kantonsrat zur ersten Lesung überwiesen werden. Für die neue Submissionsverordnung (SVO) ist die Vernehmlassungsfrist Mitte Mai abgelaufen. Das BeiG IVöB und die SVO sollen durch den Regierungsrat gleichzeitig in Kraft gesetzt werden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine zuverlässige Schätzung des Inkrafttretens schwierig. Es darf aber damit gerechnet werden, dass die Inkraftsetzung von Gesetz und Verordnung auf den Frühling 2023 erfolgen kann.

Zuschlagskriterien

Über die Festlegung von geeigneten nachhaltigen Zuschlagskriterien ist dagegen eine sachgerechte(re) Einbindung der Nachhaltigkeit in die Evaluation des Beschaffungsgegenstandes möglich. Um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln, hat die Vergabestelle festzulegen, welche Zuschlagskriterien neben dem Preis bewertet und wie diese gewichtet werden. Im Gegensatz zu Eignungskriterien sind diese Kriterien angebotsbezogen und keine Ausschlusskriterien, sondern fliessen entsprechend ihrer Gewichtung in die Bewertung mit ein.

Somit ist der Anwendungsbereich grösser, da nachhaltige Zuschlagskriterien ein Angebot nicht ausschliessen. Doch auch bei der Formulierung nachhaltiger Zuschlagskriterien ist dem Gebot der Nichtdiskriminierung und dem Gebot des Sachzusammenhangs Rechnung zu tragen, wie anhand den nachfolgenden Beispielen noch illustriert wird.

Die Umsetzung der Nachhaltigkeit bei Transportleistungen

Die Umsetzungen der drei Stellschrauben wird anhand Beispielen aus der Umsetzung der Nachhaltigkeit bei Transportleistungen illustriert. Nachhaltigkeit bei Transportleistungen beinhaltet die Auswirkungen der Transporte von Gütern und Personen auf die Umwelt durch Emissionen (Gase, Partikel, Lärm), Treibstoff- bzw. Ressourcenverbrauch, Materialverschleiss und Umweltgefährdung.

Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung

Die Vergabestellen können bei der Beschaffungspolitik darauf achten, Leistungen zu wählen bzw. nachzufragen, welche per se einen weniger grossen Transportaufwand erfordern. So kann mit der Wahl von saisonalen Früchten und Gemüsen für den Mittagstisch der Tagesschule dafür gesorgt werden, dass weniger Transportaufwand anfällt, ohne dass dies diskriminierend ist. Der Entscheid, im Winter Äpfel einzukaufen, anstatt Beeren einzufliegen, ist ein sachlicher Beschaffungsentscheid. Genauso kann etwa bei der Beschaffung von Fahrzeugen die Nachhaltigkeit verbessert werden, in dem bei der Beschaffung einer neuen Fahrzeugflotte für das Bauamt auf Elektrofahrzeuge gesetzt wird.

Meist stellen die Transporte aber nur eine Nebenleistung der zu beschaffenden Lieferung oder einer Bauleistung dar. Entsprechend ist die Stellschraube der Definition des Beschaf-

fungsbedarfs im Vergleich zu anderen Beschaffungskategorien im Bereich der Transporte von untergeordneter Bedeutung.

Technische Spezifikationen / Musskriterien

Aus demselben Grund sind auch Musskriterien betreffend Nachhaltigkeit in Bezug auf Transportmittel und Transporte bei öffentlichen Beschaffungen oft heikel. Isolierte Vorgaben, wie etwa, dass eine Bauunternehmerin ihre Materialien nur mit Elektrofahrzeugen oder nur aus einem gewissen Umkreis auf die Baustelle anliefern darf, sind unzulässig. Einerseits würden zu viele Anbieterinnen von einer Teilnahme ausgeschlossen bzw. wegen ihrem Standort diskriminiert, zum anderen ist der Transport der Baumaterialien nur ein (meist kleiner) Teil der Leistungen eines Bauunternehmens, weshalb der absolute Fokus auf den Transport gegen das Gebot des Sachzusammenhangs verstossen würde.

Musskriterien oder die Vorgabe, dass nur Anbietende innerhalb einer bestimmten Fahr-/Transportdistanz zum Verfahren zugelassen werden, sind allgemein betrachtet zu diskriminierend. Der Ausschluss einer Transportart, wie der Transport von Gütern innerhalb einer Lieferkette mit Flugzeugen, können – sofern dies keine diskriminierenden Auswirkungen hat – in bestimmten Fällen aber zulässig sein. Dies dann, wenn es für alle Anbieter möglich ist, diese Güter auch auf dem Land- bzw. Wasserweg zu beschaffen und der Transport bzw. die damit ausgestossenen Emissionen einen beträchtlichen Teil des Beschaffungsgegenstandes ausmachen.

Stellen die Transportleistungen Hauptleistungen dar (wie z.B. regelmässige Personen oder Warentransporte), wäre es m.E. auch zulässig, die Erbringung dieser Leistung mittels Elektrofahrzeugen vorzuschreiben. Da in einem solchen Fall der Transport ein wesentlicher bzw. der Hauptteil der Leistung ausmacht, können sich solche Vorgaben betreffend die Transportart bzw. die dazu benutzten Fahrzeuge sachlich rechtfertigen. Auch da ist aber zu beachten, dass dadurch der Kreis der Anbieter nicht zu stark eingeschränkt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass die Vergabestellen nicht auch (anfänglich) einschränkende Vorgaben machen dürfen. Denn nur so kann eine Dynamik im Markt entstehen, die dazu führt, dass die Anbieter nachhaltigere Transportmittel wählen und solche Transporte anbieten.

Zuschlagskriterien

Bei den Zuschlagskriterien besteht aufgrund der Gewichtung, welche die Sachlichkeit besser gewährleisten kann, mehr Spielraum. Auch dieser hat aber Grenzen. So ist das Abstellen bzw. die Bewertung der reinen Anfahrtswege nicht nur diskriminierend, sondern auch unsachlich, da die Anfahrtswege unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes nicht allein massgebend sind. Vielmehr müssten auch die Transportwege der Güter zur Anbieterin, der Verbrauch/Schadstoffausstoss der verwendeten Fahrzeuge und das Lieferkonzept mitberücksichtigt werden.

Räumliche Beziehungen können aber in ein Zuschlagskriterium zur Nachhaltigkeit integriert werden, sofern dieser (Transport) Faktor beträchtlich ins Gewicht fällt. So bei fahrtintensiven und langfristigen Transport- und Lieferaufträgen. Bei einmaligen oder kurzen Lieferungen, ist das räumliche Kriterium zum vornherein vernachlässigbar. Ob ein Anbieter nun 20km weniger Anfahrtsweg hat, als seine Konkurrenz, ist im Hinblick auf die Ökologie nur marginal relevant, insbesondere wenn der Transport nicht die Hauptleistung ist. Bei einer einmaligen Lieferung

Neues Simap.ch

Das Projekt KISSimap.ch soll die bestehende Ausschreibungsplattform simap.ch als moderne Webanwendung bis Juli 2023 ablösen und zwar mit einfacher und intuitiver Bedienung, effizienter Handhabung und einfacher Anbindung an die Umsysteme. Der aktuelle Stand sowie VCasts zu den ersten Schritten finden Sie auf www.kissimap.ch

können nur unverhältnismässig lange Beschaffungswege negativ berücksichtigt werden.

Wenn es sich beim Transport um eine blosser Nebenleistung der nachgefragten Hauptleistung handelt, stellt sich auch die Frage, inwieweit die Nachhaltigkeit des Transportes der Qualität der nachgefragten Hauptleistung gegenübergestellt werden kann. Eine zu starke Gewichtung und damit Fokussierung auf die Transportleistung und deren Nachhaltigkeit kann dazu führen, dass schlussendlich ein Angebot den Zuschlag erhält, welches allenfalls betreffend die Lieferung sehr nachhaltig ist, die Leistung bzw. der Beschaffungsgegenstand aber selber qualitativ und allenfalls auch ökologisch unterdurchschnittlich ist. So bleiben schadstoffbelastete Materialien unökologisch, selbst wenn deren Anlieferung mit sehr nachhaltigen Transportmitteln erfolgt.

Die Rechtsprechung hat diese Überlegung so formuliert, dass die Transportdistanz dann nicht berücksichtigt werden darf, wenn der Transportvorgang insgesamt eine nebensächliche Rolle spielt (vgl. dazu VGer ZH VB.2010.00568 und BGer Entscheid vom 31. Mai 2000, 2P.342/1999, E. 4a). Wenn dagegen der Transport wie bei regelmässigen Entsorgungsleistungen oder Aushubarbeiten stärker ins Gewicht fällt, ist die Berücksichtigung der Auswirkungen der Transporte auf die Ökologie gerechtfertigt. Dabei sollte aber nicht allein die Distanz bewertet werden, sondern es sind alle relevanten Faktoren, wie Transportmittel, Treibstoffverbrauch und auch die vorangehenden bzw. nachgelagerten Liefer- und Entsorgungsketten mitzubedenken.

Die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit von Transporten bei den Zuschlagskriterien ist somit komplex. Auch wenn niemals die «perfekte» Nachhaltigkeit gemessen werden kann, so gibt

es doch verschiedene Ansätze, die einer guten Gesamtbetrachtung nahekommen. Dies kann die Abgabe bzw. das Einverlangen eines Lieferkettenkonzepts sein, in welchem die Anbieter darlegen müssen, mit welchen Überlegungen und Massnahmen sie ihre Lieferkette in Bezug auf die ökologischen Auswirkungen überprüfen, auswählen und verbessern.

Weiter kann auch eine Transport-Ökobilanz verlangt werden, worin die Anbieter nachvollziehbar die Umweltauswirkungen der Transportleistungen deklarieren müssen, oder eine Deklaration der gesamten Lieferkette abgeben müssen. Die Beachtung einer gesamten Lieferkette von der Herstellung bis zur Vergabestelle kann im Rahmen eines verhältnismässig gewichteten Zuschlagskriteriums durchaus als griffiges Kriterium betrachtet werden. Denn auch hier gilt: Das Gebot der Nichtdiskriminierung bedeutet nicht, dass Lieferketten und deren Ökobilanz in einer Beschaffung nicht berücksichtigt und bewertet werden dürfen - entscheidend ist, dass dies im Rahmen einer sachgerechten Gesamtbetrachtung geschieht.

Fazit

In wie weit bei öffentlichen Beschaffungen die Transportwege, Transportmittel und die entsprechenden Auswirkungen auf die Ökologie bei Muss- oder Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können, bestimmt sich nach dem Verhältnismässigkeits- und Auswirkungsprinzip. Entscheidend ist, wie der Transport in der Gesamtbetrachtung der Beschaffung ins Gewicht fällt. Dabei darf die Nachhaltigkeit des Transports nicht isoliert betrachtet werden (es sei denn es handelt sich um reine Transportbeschaffungen), sondern muss im Zusammenhang mit allen für die betreffende Beschaffung relevanten Auswirkungen auf die Ökologie gewichtet und bewertet werden.

Ein effektiver und wirksamer Paradigmenwechsel betreffend die Nachhaltigkeit bei Beschaffungen wird somit trotz der Gesetzesrevision nicht von sich aus eintreten. Ein Fortschritt in dieser Hinsicht wird von Anbieterseite wie auch den Vergabestellen beidseits Anstrengungen und auch Mut erfordern, sich auf die Herausforderung einzulassen. Es wird dazu auch Fehlversuche und Beschwerdeverfahren brauchen. Denn auch die Rechtsprechung muss sich im Bereich der nachhaltigen Kriterien entwickeln und allenfalls anpassen können, nur so kann eine Verbesserung der Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen erreicht werden.

Redaktion Luca Albertin, Gesundheitsdirektion Kanton Zürich; Cyrill Bühler, Thalheim an der Thur; Urs Keller, Urdorf; Laura Locher, Stadt Zürich; Petra Luchsinger, Baudirektion Kanton Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDkom

E-Mail gs-stab@bd.zh.ch

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch