

Nachhaltigkeit im öffentlichen Einkauf und Energiepolitik

***Marc Steiner,
Bundesverwaltungsrichter****

****Der Referent äussert seine persönliche Meinung
(Interessenbindung: Wissenschaftlicher Beirat swisscleantech)***

“Firmenpräsentation”

Bundesverwaltungsgericht:

- Abteilung I Infrastrukturprojekte und Energie
- Abteilung II Wirtschaftsverwaltungsrecht
(Kartellrecht, Vergaberecht, Finanzmarktrecht
etc.)

Geschäftsverteilung gemäss Artikel 23 des
Geschäftsreglements (VGR) und dem Anhang dazu

Übersicht

- Rechtsgrundlagen
- Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Energieversorger
- Die Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht
- Der Sinn der Regulierung des Verhaltens von Sektorenunternehmen
- Die Energiewende und das Vergaberecht (Beschaffung von Ökostrom; nachhaltige Beschaffung generell als Teilgehalt der Energiestrategie 2050)

Rechtsgrundlagen 1

Völkervertragsrecht:

- GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA; SR 0.632.231.422; revidiertes GPA seit 2014 in Kraft, gilt aber noch nicht für die Schweiz)
- Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68)

Rechtsgrundlagen 2

Rechtlicher Rahmen der Beschaffungen des Bundes:

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1; derzeit in Revision, Vernehmlassungsvorlage angekündigt)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11)

Rechtsgrundlagen 3

Die welthandelsrechtlichen Vorgaben und die bilateralen Marktöffnungszugeständnisse gegenüber der EU werden vom Bund und den Kantonen separat umgesetzt.

Ziel der laufenden Vergaberechtsreform ist eine möglichst weitgehende Harmonisierung. Die Kantone behalten die eigene Regelungskompetenz, aber das massgebende Konkordat (IVöB) soll weitgehend textgleich mit dem Bundesgesetz ausgestaltet werden.

Regulierungsziel des Vergaberechts

- ▶ Die Formulierung des gemeinsamen Zwecks der Marktöffnung reflektiert unter anderem die Annahme, dass öffentliche Auftraggeber eher als private zur Unwirtschaftlichkeit tendieren (Beyeler, Diss., Zürich 2004, S. 62). Im öffentlichen Sektor fehlt die «Peitsche des Insolvenzrisikos».

(In den 90ern natürlich gedacht im Gegensatz zum Markt, der von allein optimale Ergebnisse erzielt.)

Sektorenunternehmen / GPA

- ▶ “Sektorenunternehmen sind, wenn überhaupt, nur sehr beschränktem Wettbewerbsdruck ausgesetzt.“ (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 463)
- ▶ „Das schweizerische Recht enthält [im Unterschied zum EU-Recht kaum] besondere inhaltliche Regeln [für Sektorenunternehmen].“ (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 465)

Sektorenunternehmen / Schwellenwerte

Während das europäische Richtlinienvergaberecht die Sektorenunternehmen gesondert regelt (Richtlinie 2014/25/EU), trägt das schweizerische Vergaberecht den Besonderheiten der Sektorenunternehmen namentlich durch grosszügigere Schwellenwerte Rechnung (vgl. dazu für den Energiesektor namentlich den Anhang 1 zur IVöB).

Sektorenunternehmen / BÖB

- **Für SWISSGRID gilt, soweit der objektive Anwendungsbereich in Frage steht, das Vergaberecht des Bundes.**
- Art. 2a Abs. 2 lit. c VöB in der Fassung vom 30. November 2001:
[Dem Gesetz unterstellte] Tätigkeiten sind:
Das Zurverfügungstellen oder das Betreiben von Festnetzen zur Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Bereich der Herstellung, des Transports oder der Verteilung von elektrischem Strom, sowie die Versorgung dieser Netze mit Strom.

Auslinkklausel I

- **Auslinkklausel im revidierten GPA**
- Das geltende GPA kennt [im Unterschied zum bilateralen Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen] keine Auslinkklausel (Beyeler, Geltungsanspruch, S. 225 Rz. 487).
- Mit der Revision des GPA wird die Grundlage für einen Freistellungsmechanismus geschaffen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 1225).

Auslinkklausel II

- **Art. 7 E-BöB (Februar 2017)**
Befreiung der Sektorenauftraggeber
- ¹ Herrscht in einem Sektorenmarkt nach Artikel 4 Absatz 2 wirksamer Wettbewerb, befreit der Bundesrat [...] die Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter dieses Gesetz.

Fazit zum Vergaberecht im Energiesektor

Sektorenunternehmen werden als regulierungsbedürftig angesehen; mangelnde Compliance ist massives Reputationsrisiko für politische Akteure im Verwaltungsrat. Richtig verstanden ist das Vergaberecht nicht ein mühsamer Transaktionskostenfaktor, sondern willkommener Teil eines Qualitätsmanagementprozesses.

Die Einkauf von Energie aus vergaberechtlicher Sicht I

- Heute sind Stromgrosskunden nicht mehr mit einem Monopol konfrontiert (vgl. Art. 6 Abs. 6 StromVG e contrario), womit bezüglich des Stroms nicht mehr generell auf den Ausschluss des Vergaberechts wegen einer Monopolsituation geschlossen werden kann (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 2.2.2.3; Beyeler, Geltungsanspruch, S. 506 Rz. 987).

Die Einkauf von Energie aus vergaberechtlicher Sicht II

- **06.01.2017 | Projekt-ID 149814 |
Meldungsnummer 948159 | Ausschreibungen**
- **Auftraggeber: Bedarfsstelle/Vergabestelle :**
SBB AG Infrastruktur Einkauf Energie
- **2.6 Detaillierter Projektbescrieb:**
Die SBB AG bezieht in der Schweiz pro Jahr für ca. 2'500 Objekte rund 300 GWh elektrischen Strom 50 Hz. Mit der Ausschreibung zur Strombeschaffung sucht die SBB AG Stromlieferanten für ausgewählte Bezugsstandorte (2018-2020).

Kategorien des Vergaberechts

- **Ausschlussgründe (Mindestvorgabe)**
 - **Eignungskriterien (Mindestvorgabe)**
 - **Technische Spezifikationen (Mindestvorgabe)**
 - **Zuschlagskriterien**
-
- **Die Regel ist, dass anhand mehrerer Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Der Preis allein kann nur für weitgehend standardisierte Produkte das allein massgebende Kriterium sein (Art. 21 Abs. 3 BÖB).**

Klassische Ziele des Vergaberechts

- **Transparenz**
- **Stärkung des Wettbewerbs**
- **Wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel**
- **Gleichbehandlung der Anbieterinnen**

Klassische Denke Mitte der 90er Jahre:

Beim öffentlichen Beschaffungswesen geht es um Marktzutritt, Wettbewerb und Geld. Die Erreichung politischer Ziele wäre die unerwünschte Berücksichtigung «vergabefremder» Aspekte.

Gelebte Rechtsgeschichte / Chronologie eines Paradigmenwechsels

- **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/EU)**
- **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 BöB-Botschaft vom 15. Februar 2017 spricht von der Internalisierung externer Umweltkosten**

Beispiele für den Paradigmenwechsel

1. Internalisierung externer Umweltkosten:

Nach Art. 68 Abs. 1 lit. b der neuen EU-Richtlinie 2014/24/EU kann man externe Umweltkosten (Treibhausgasemissionen, Schadstoffe etc.) als Kostenfaktor „einpreisen“, soweit dafür eine praktikable Methode zur Verfügung steht.

2. Soziale Zuschlagskriterien, insb. die Berücksichtigung von „fair trade“-Aspekten, sind nach Art. 67 der neuen EU-Richtlinie zulässig. Diese Sichtweise wäre vor dem „Max Havelaar“-Urteil des EuGH C-368/10 vom 10. Mai 2012 nicht mehrheitsfähig gewesen.

Rechtspolitische Ausgangslage in Bezug auf die EU-Richtlinien 2014

Ein hochrangiger Kommissionsbeamter stellte im Mai 2013 fest, dass die umweltfreundliche Beschaffung durch die öffentliche Hand im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten mit Blick auf die Richtlinie 2014/24/EU kaum mehr ein Thema sei – dies war beim Entwurf der Richtlinie 2004/18/EG noch ganz anders gewesen –, während sich die Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen als ein äußerst heikles Thema erwiesen habe.

Was passiert jetzt in Bezug auf die Gesetzgebung?

- Nationalrat: Curia Vista **14.5148 – Fragestunde. Frage Nachhaltigeres Beschaffungswesen auch in der Schweiz?**
- Das EU-Parlament hat kürzlich neue Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe verabschiedet, die neu allen drei Bereichen der Nachhaltigkeit gerecht werden und eine Berücksichtigung des Herstellungs- und Handelsprozesses ermöglichen. Die laufende Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen bietet der Schweiz die Chance, dies ebenfalls zu tun.
- Ist der Bundesrat bereit, die Voraussetzungen für eine solche Auftragsvergabe und deren Kontrolle zu schaffen?

Nachhaltigkeit als Gesetzesziel

In Art. 2 des BöB-Entwurfs vom 15. Februar 2017 (Zweckartikel) wird unter anderem Folgendes festgehalten:

Dieses Gesetz bezweckt den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel.

Erläuterung dazu: Der Entwurf vom April 2015 war ein wenig diskreter, was die Nachhaltigkeit angeht.

"Die zentralere Darstellung der Nachhaltigkeitsaspekte [im Gesetz] stösst auf überaus breite Zustimmung."
(Botschaft, S. 27 und S. 34)

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht I

Das neue EU-Sektorenvergaberecht: «strategic use of public procurement» im Sinne der Strategie Europa 2020 und damit namentlich von Nachhaltigkeitszielen (Erwägungsgrund 4 zur Richtlinie 2014/25/EU)

Vorbildfunktion der öffentlichen Hand

«Die Nachhaltigkeit im Sinne des Gesetzesentwurfs ist weit zu verstehen. Sie gewinnt Konturen in der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016-2019 des Bundesrates. Demnach nimmt der Bund bei seinem Konsumverhalten eine Vorbildfunktion ein.»

(Botschaft, S. 25). [Denn: Ohne Veränderung der öffentlichen Nachfrage sind weder das Pariser Klimaabkommen und das UN Sustainable Development Goal Nummer 12 (nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster) umsetzbar.]

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht II

- Im schweizerischen Vergaberecht ist das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit ausdrücklich vorgesehen (Art. 21 Abs. 1 BöB).
- Seit der Revision des WTO-Government Procurement Agreement 2012 ist das auch im Welthandelsvergaberecht so.

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht III

Art. 30 E-BöB: Technische Spezifikationen

Abs. 1: [...] die technischen Spezifikationen [...] legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie ... oder Produktionsverfahren fest.

Abs. 4: Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht IV

Botschaft zur Energiestrategie 2050

Offensichtlicher Konnex zwischen Energiewende und strategischen Leitlinien zur nachhaltiger Beschaffung wird erkannt.

Vorbildfunktion des Bundes, der Kantone, der Städte und Gemeinden:

Die öffentliche Hand setzt mit energetischen Standards für ihre eigenen Bauten ein gutes Beispiel und deckt ihren Eigenbedarf an Strom und Wärme soweit wie möglich durch erneuerbare Energieträger. Die vom Programm „EnergieSchweiz“ vergebenen Labels „Energistadt“ sowie „Energie-Region“ spielen hierbei eine wichtige Rolle.

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht V

Prognose des Referenten: Nachhaltigkeit als Gesetzesziel kommt; Green Public Procurement wird von derselben „neuen Mitte“ verteidigt wie die Energiewende. Politisch schwieriger wird es bei den sozialen Aspekten der Nachhaltigkeit (im Sinne der Max Havelaar-Rechtsprechung des EuGH und der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

Wie das EU-Vergaberecht erlaubt auch Art. 29 E-BöB betreffend die Zuschlagskriterien neu die Internalisierung externer Umweltkosten.

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht VI

Beweis für die geänderte Ausgangslage:

Neu: Bericht grüne Wirtschaft UVEK April 2016:

Mit einer Weiterentwicklung der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung soll der Bund eine Vorbildrolle einnehmen und die Hebelwirkung des hohen Beschaffungsvolumens zur Weiterentwicklung des Angebots an ressourcenschonenden Produkten besser nutzen.

Schlüsselbegriff: Politikkohärenz; Studie foraus

<http://www.foraus.ch/#!/themen/c!/content-6002-Kohrente-Umweltpolitik-fr-eine-globalisierte-Schweiz>

Die Energiewende aus vergaberechtlicher Sicht VII

Energiegesetz des Kantons-Basel Stadt vom 16. November 2016:

§ 2 Abs. 3 EnG:

Beim Bezug von Strom im liberalisierten Markt sind im Kanton nur Produkte mit Herkunftsnachweis aus erneuerbaren Energien oder aus Wärme-Kraft-Kopplung zu erstehen. Der Anteil der fossilen Wärme-Kraft-Kopplung soll ab 2025 5% nicht übersteigen. Der Regierungsrat kann auf Antrag Ausnahmen erlauben, wenn die Mehrkosten für Strom aus erneuerbaren Quellen 5% der Energiekosten inklusive Netz und Abgaben überschreiten.

Fazit zur nachhaltigen Beschaffung als Teil der Energiewende

Rechtsauffassungen zur umweltfreundlichen Beschaffung, die früher das zweifelhafte Privileg von Aussenseitern waren, entsprechen heute der Rechtslage (bzw. dem Konzept der laufenden Reform) und sind damit Mainstream. Das gilt erst recht nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, welche am 28. März 2014 publiziert worden sind und seit dem 18. April 2016 gelten (insb. Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014; neue Sektorenrichtlinie 2014/25/EU).

Vergaberechtsreform

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-65680.html>

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Marc Steiner

Bundesverwaltungsgericht

Abteilung II

9023 St. Gallen

Tel. 058 465 25 74

marc.steiner@bvger.admin.ch