

Zusammenfassung des vergaberechtlichen Arbeitspapiers:

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Marc Steiner, lic. iur., Rechtsanwalt, dritte, aktualisierte Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), Bern, im Mai 2015

Die IGÖB hat den Juristen Marc Steiner mit Blick auf die laufende Vergaberechtsreform beauftragt, sein 2009 verfasstes Arbeitspapier unter Berücksichtigung der neusten rechtlichen Grundlagen¹ zu überarbeiten und zu aktualisieren. Alle Zitate in dieser Zusammenfassung stammen aus Marc Steiners Text².

Unter dem Oberbegriff *Soziale Aspekte* werden Mindeststandards im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau sowie im Bereich der Arbeitsbedingungen, die Lehrlingsausbildung und soziale Standards (inkl. Existenzlöhne) für die Produktion im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen umfassend behandelt. Der Fokus des Arbeitspapiers liegt dabei insbesondere auf rechtsdogmatischen Fragen nach der Zulässigkeit der Beeinflussung der Arbeitsbedingungen im Ausland

Das Government Procurement Agreement und soziale Aspekte

Das Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation WTO setzt einen völkerrechtlichen Rahmen für die Beschaffungsgesetze in den Vertragsstaaten im Sinne eines Mindeststandards und impliziert folgerichtig kein abschliessend definiertes wirtschaftspolitisches Konzept, sondern belässt den Vertragsstaaten vielmehr einen gewissen Spielraum. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten und sozialen Kriterien sind demnach unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig, selbst wenn sie nicht ausdrücklich im GPA aufgeführt sind. Würde das Gegenteil angenommen, müsste die EU-Richtlinie 2014/24/EU als welthandelsrechtswidrig gelten; diese Rechtsauffassung wird aber in der Lehre nicht vertreten. Die offenen Fragen sollen in einem im Rahmen der GPA-Revision 2012 definierten Arbeitsprogramm vertieft werden.

„Es gibt damit einen gewissen Spielraum für einen ‚gemeinwohlorientierten‘ Wirtschaftlichkeitsbegriff. Diese Auslegung des GPA entspricht auch dem Gedanken, dass hier im Unterschied zu klassischem WTO-Recht mehr Spielräume in Bezug auf die Herstellungsbedingungen angenommen werden können.“ Denn es geht nur – aber immerhin – darum, Regeln für die Konsumentscheide der öffentlichen Hand selbst zu definieren, während die Regelung der privaten Nachfrage (im Unterschied zu einem Importverbot) dem Markt überlassen bleibt.

¹ Berücksichtigt wurden insbesondere das revidierte WTO Government Procurement Agreement (GPA), die neuen EU-Vergaberichtlinien (v.a. Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014) sowie die Entwürfe für eine neue Interkantonale Vereinbarung (IVöB) vom 18. September 2014 und für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 1. April 2015.

² Das Papier ist auf www.igoeb.ch und www.nachhaltige-beschaffung.ch online abrufbar

Produktion im Ausland: Ausschlussgründe bei der Nichteinhaltung sozialer Mindeststandards

„Es ist unstrittig, dass für die Herstellung von Waren im Ausland (z.B. Textilien aus Thailand), welche in die Schweiz geliefert werden, als Leistungsort das Produktionsland gilt.“ Daraus ergibt sich, dass das im jeweiligen Land geltende Recht einzuhalten ist. Unterschreitet das am Leistungsort geltende Recht die Regeln der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), so müssen zumindest diese eingehalten werden, wie bereits im VE BÖB (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 VE BÖB) und im seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB vorgesehen. Die Einhaltung kann zumindest in allen 183 ILO-Mitgliedstaaten eingefordert werden, selbst wenn diese die entsprechende Konvention nicht ratifiziert haben.

Bereits heute bietet das BÖB eine Gesetzesgrundlage, um AnbieterInnen bei Nichteinhaltung der ILO-Konventionen auszuschliessen. Im Sinne einer gesamtheitlichen Sicht auf die Folgen der Globalisierung sowie eines wirksamen Wettbewerbs soll die Statuierung eines Ausschlussgrundes verhindern, dass gewisse AnbieterInnen Wettbewerbsvorteile erlangen, weil sie Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen nicht einhalten und der Staat sich diesen Umstand zunutze macht. Denn damit würde der Bund im Ergebnis seine als Mitglied der ILO eingegangenen Verpflichtungen in Frage stellen. Das Vergaberecht kann den Vergabestellen ein Instrumentarium in die Hand geben, um Reputationsschäden zu vermeiden.

Um einen Ausschlussgrund von AnbieterInnen zuzulassen, die weitergehende "Zusatzanforderungen für menschenwürdige Arbeitsbedingungen" nicht einhalten, bedarf es einer expliziten gesetzlichen Grundlage. Dies gilt einerseits für "gewöhnliche" ILO-Abkommen, die das Produktionsland nicht ratifiziert hat, und andererseits für die sogenannten *Existenzlöhne* ("*living wages*"). Denn einige Staaten setzen ihre Mindestlöhne mit Blick auf den globalen Wettbewerb weit unter dem Existenzminimum an, wodurch sich wiederum Reputationsrisiken für die Vergabestelle ergeben. Um diese zu vermeiden, kann es im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen für bestimmte Produktionsländer (beschränkt auf risikoreiche Sektoren wie etwa die Textilproduktion) zielführend sein, „einen dem ‘realen Existenzminimum’ eher entsprechenden Mindestlohn vorzugeben oder für den gesetzlichen Mindestlohn übersteigende Lohnzahlungen Bewertungsvorteile vorzusehen“. Im Unterschied zu einem generellen Importverbot für Textilien ohne *Existenzlohn*-Garantie, das auch private KonsumentInnen betrifft, lässt das GPA einen weiteren Spielraum offen für die Konsumentenscheide der öffentlichen Hand in Bezug auf *Existenzlohn*-Vorgaben; gegenüber Nicht-GPA-Mitgliedstaaten gilt das ohnehin.

Kontrolle der Einhaltung sozialer Mindeststandards

Auch bezüglich der Kontrolle von Mindeststandards stellen sich rechtliche Fragen: Während der Europäische Gerichtshof EuGH im Rahmen der Vergaberechtskonformitätsprüfung formuliert hat, dass nur Zuschlagskriterien statuiert werden dürfen, die einer Überprüfung und Bewertung zugänglich sind, „können Mindeststandards als Ausschlussgründe wohl politisch, aber nicht rechtlich mit der Begründung in Frage gestellt werden, der Vollzug und die Kontrolle gestalteten sich schwierig“.

Ob die Kontrolle funktioniert, hat mit der Art und der Überprüfung des geforderten Nachweises zu tun. Jedenfalls müssen, wenn bestimmte Zertifikate als Nachweis verlangt werden, auch andere gleichwertige Nachweise zulässig sein. Die Empfehlungen der Beschaffungskommission (bzw. heute Beschaffungskonferenz) sehen vor, auch Subunternehmer und Lieferanten in Bezug auf die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen einzubeziehen, wobei die Kontrolle aus verwaltungsökonomischen Gründen auf wichtige Dritte beschränkt werden soll, die einen wesentlichen oder besonders risikoanfälligen Teil des Auftrags erfüllen. Wenn sie die ILO-Kernübereinkommen nicht einhalten, sehen die Empfehlungen auch Sanktionen gegenüber der Hauptanbieterin vor. Die Zielsetzung, auch Subunternehmer und Lieferanten einzubeziehen, wird nach den harmonisierten Entwürfen von IVöB und BÖB ausdrücklich im Gesetz selbst verankert.

„Aus juristischer Sicht nicht problematisch ist der Umstand, dass die Vergabestelle, indem sie etwa Audits in Bangladesch veranlasst, auf die Herstellungsbedingungen im Ausland Einfluss nimmt, weil sie das (im Unterschied etwa zu einem Importverbot) nicht hoheitlich tut im Sinne der extraterritorialen Regulierung von Produktion oder Handel, sondern in ihrer Rolle als Konsumentin.“

Soziale Aspekte und *Fair Trade* als Zuschlagskriterien sind grundsätzlich zulässig ...

Nach GPA erteilt die Beschaffungsstelle den Zuschlag dem Anbieter, der in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und „dessen Angebot entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das wirtschaftlich günstigste (bzw. vorteilhafteste; ‘most advantageous’) beurteilt wird“. Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten die Wahl haben, ob sie auf den billigsten Preis oder das beste Preis-Leistungs-Verhältnis fokussieren. Die Schweiz hat sich klar für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis entschieden. Sowohl aus der kantonalen Gerichtspraxis als auch aus dem Max-Havelaar-Entscheid des EuGH kann der Schluss gezogen werden, dass es das GPA zulässt, dass die Offerten im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots teilweise anhand von vergabefremden Kriterien bewertet werden können.

„Wenn die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung – jedenfalls unter der (hypothetischen) Annahme, dass alle GPA-Mitgliedstaaten ein vergleichbares Bildungssystem haben – bei hinreichender gesetzlicher Grundlage GPA-konform ist, was nach der hier vertretenen Ansicht zutrifft, dann gilt das unter denselben Bedingungen auch für die Belohnung eines Anbieters für die Erfüllung von sozialen Aspekten, unter anderem *Fair Trade*-Anforderungen, im Rahmen der Offertenbewertung.“ Dass die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten, die sich nicht direkt auf das Produkt, sondern global positiv auf die Umwelt auswirken, zulässig ist, spricht ebenfalls dafür, dass soziale Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden können. Dabei ist selbstverständlich darauf zu achten, dass transparent gemacht wird, welche Anforderungen zu erfüllen sind, um den Bewertungsvorteil zu erhalten. Allenfalls ergeben sich gewisse rechtliche Schranken bei der Gewichtung derartiger Kriterien.

... aber im aktuellen Gesetz nicht abgedeckt

Leistungsfremde Bewertungskriterien wie die Lehrlingsausbildung, die seit 1. April 2015 im BÖB verankert ist, können laut der Gerichtspraxis, auf die sich Steiner stützt, im Beschaffungsprozess indes nur eingesetzt werden, sofern für diese eine formell-gesetzliche Grundlage besteht.

Spielraum für *Fair Trade*-Aspekte bietet insbesondere die Kategorie der Zuschlagskriterien. Nach Steiner ist es, gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage, GPA-konform, beispielsweise bei der Beschaffung von marktgängigen Fruchtsäften, deren Fruchtanteil aus Entwicklungsländern importiert wird, derjenige Anbieter mit einem Bewertungsvorteil belohnt wird, der *Fair Trade*-Bedingungen einhält. „Das gilt aus rechtsvergleichender Sicht erst recht nach Ergehen des Max Havelaar-Urteils des EuGH vom 10. Mai 2012 und mit Blick auf Art. 67 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU, wonach zu den Zuschlagskriterien namentlich ‘soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften’ gehören können.“

Doch ist nach heute geltendem Beschaffungsrecht des Bundes die Besserbewertung von sogenannten *Fair Trade*-Produkten ebenso wenig zulässig wie entsprechende "Bedingungen für die Auftragsausführung". Daran ändert gemäss Steiner auch die Verankerung des Zuschlagskriteriums *Nachhaltigkeit* in Art. 27 Abs. 2 VöB nichts, stellt dies doch primär ein politisches Bekenntnis der Regierung zur nachhaltigen Beschaffung dar, bietet aber aus rechtsdogmatischer Sicht keine neuen Grundlagen – rechtlich wird also nichts ermöglicht, was nicht bisher schon gestützt auf Art. 21 BÖB möglich war.

In Bezug auf das geltende interkantonale Recht ist interessant, dass in Art. 23 der im Jahre 2001 revidierten Vergaberichtlinien (VRÖB) nicht mehr die *Umweltverträglichkeit*, sondern die *Nachhaltigkeit* als Zuschlagskriterium genannt wird. Das deutet eine Ausweitung der Perspektive in Richtung der sozialen Aspekte an, kann aber auch als nur eine "anpreisende" Umbenennung verstanden werden ohne inhaltliche Neuorientierung; der Entwurf für die neue IVöB ist diesbezüglich sehr zurückhaltend. Wer soziale Aspekte im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigt wissen will, muss eine Rechtsgrundlage dafür in der IVöB schaffen. Dasselbe gilt für das BÖB. Wo das Gesetz (wie durch die nicht näher umschriebene Verwendung des Begriffs "Nachhaltigkeit") nicht selbst Klarheit schafft, müssen zumindest die Gesetzgebungsmaterialien klar sein.

Einschätzung des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Die Nachhaltigkeit wird im neuen Gesetzesvorschlag als Teil des Wirtschaftlichkeitszwecks definiert und soll damit künftig zu den Zielen des Vergaberechts gehören. „Was soziale Mindeststandards betrifft, sind die Beschaffungsstellen des Bundes bereits gestützt auf das geltende Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB betreffend Arbeitsbedingungen in Verbindung mit dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB) befugt, die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund zu definieren.“ Im neuen Gesetzesvorschlag soll dieser Mindeststandard im Sinne einer Harmonisierung gestützt auf Art. 13 Abs. 1 E-IVöB auch für die Kantone gelten. „Neu wird auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene vorgegeben, was bisher bereits aufgrund der Empfehlungen die ausgegebene Losung war, nämlich dass die Anbieter ihre Subunternehmer verpflichten müssen, diese Anforderungen ebenfalls einzuhalten. Für das bisher nur in einigen Kantonen verankerte Zuschlagskriterium ‘Lehrlingsausbildung’ (...) ist nun – in Kraft per 1. April 2015 – durch eine Neuformulierung von Art. 21 Abs. 1 BÖB eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen worden, auch die IVöB wird im Sinne einer Harmonisierung in Art. 31 Abs. 2 E-IVöB entsprechend angepasst.“

In Bezug auf andere soziale Kriterien, namentlich soziale und *Fair Trade*-Aspekte, führt jedoch auch das seit dem 1. Januar 2010 für den Bund auf Verordnungsebene vorgesehene Zuschlagskriterium *Nachhaltigkeit* laut Steiner nicht dazu, dass soziale Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots mit Bewertungsvorteilen belohnt werden dürfen. Demgegenüber steht nach „der Logik des Max-Havelaar-Urteils bzw. dem neuen EU-Richtlinienrecht entsprechend der Berücksichtigung von *Fair Trade*-Aspekten als Zuschlagskriterium nichts entgegen“. Der Trend geht gerade in der EU in Richtung nachhaltige Beschaffung, die den nachhaltigen Verbrauch initiieren, aber auch Öko-Innovationen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft fördern soll.

Der Spielraum zur Berücksichtigung sozialer Aspekte wird nicht genutzt

Als Fazit seiner Ausführungen hält Steiner fest, dass der Bundesgesetzgeber einerseits den (harmonisierten) status quo beibehalten kann, wonach keine über die ILO-Kernarbeitsnormen und die Lehrlingsausbildung hinausgehenden sozialen Kriterien integriert werden.

Er führt aber andererseits aus, dass es dem Bundesgesetzgeber im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts rein rechtlich möglich wäre, soziale (sogenannt vergabefremde) Aspekte im Sinne der Rechtsprechung des EuGH beziehungsweise der Richtlinie 2014/24/EU als Zuschlagskriterium zu integrieren, sowie diese nach dem Muster von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU mit Ausführungsbedingungen zu kombinieren und gesetzlich zu verankern.

Die vorliegenden Entwürfe zur IVöB und zum BÖB sehen das eher nicht vor, wobei der Entwurf BÖB weniger zurückhaltend ist als derjenige zur IVöB. Das passt zur bundesrätlichen Strategie, wonach jetzt im Rahmen der Vernehmlassung die Akzeptanz getestet und dann entschieden werden soll, inwieweit man sich insbesondere durch die neuen EU-Vergaberichtlinien inspirieren lassen will³.

³ Vgl. dazu die Antwort von Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf vom 17. März 2014 auf die Frage Tiana Angelina Moser (14.5148) vom 12. März 2014