Spotlights
Beschaffungsrecht

Das öffentliche Beschaffungsrecht wurde jüngst um eine wichtige Bestimmung ergänzt. Zudem rückt eine problematische Bestimmung in den Fokus.

Kreislaufwirtschaft

Am 1. Januar 2025 trat ein neuer Absatz 4 des Art. 30 BöB über die Technischen Spezifikationen in Kraft. Der Absatz lautet:

«Die Auftraggeberin sieht dort, wo diese geeignet sind, technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vor.»

Die neue Bestimmung geht auf die Parlamentarische Initiative «Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken» zurück. Aufgrund dieser Initiative wurden Rechtsgrundlagen geschaffen mit dem Ziel, die Kreislaufwirtschaft zu unterstützen, die natürlichen Ressourcen zu schonen und die Umweltbelastung zu reduzieren sowie die Leistungsfähigkeit und Versorgungssicherheit der Schweizer Wirtschaft zu stärken. Der Schwerpunkt der neuen Regulierung liegt im Umweltschutzgesetz (USG). Dort wurden Rahmbedingungen festgelegt, um

- die Wiederverwendung von Produkten und Produktteilen sowie das Recycling von Wertstoffen zu fördern (Stoffkreisläufe schliessen);
- eine Verlängerung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten zu erreichen (langlebige Designs, Wartung, Reparatur, Vorbereitung zur Wiederverwendung, Aufbereitung sowie Kaskadennutzung); und
- eine effiziente Nutzung von Ressourcen zu erreichen, indem Produkte mit möglichst wenig Material und Energie hergestellt, genutzt und entsorgt werden und dabei möglichst wenig Umweltbelastung verursachen.

«Jede Beschaffungsstelle muss sich fortan eingehend damit befassen, **wie die Merkmale der Kreislaufwirtschaft in die Vorgaben der Ausschreibung integriert werden können.** Nur in Ausnahmefällen kann man davon absehen.»

In programmatischer Hinsicht hält der neue Art. 10h Abs. 1 USG fest:

«Der Bund und, im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die Kantone sorgen für die Schonung der natürlichen Ressourcen. Sie setzen sich insbesondere für die Reduktion der Umweltbelastung während des gesamten Lebenszyklus von Produkten und Bauwerken, die Schliessung von Materialkreisläufen und die Verbesserung der Ressourceneffizienz ein. Dabei wird die im Ausland verursachte Umweltbelastung berücksichtigt.»

Nebst den diversen neuen Regelungen im USG wurde der oben erwähnte neue Absatz in Art. 30 BöB eingefügt. Art. 30 BöB befasst sich mit «technischen Spezifikationen», also den technischen Vorgaben, welche die Auftraggeberin in der Ausschreibung vorzugeben hat. Diese Vorgaben betreffen insbesondere Merkmale der Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit, Abmessung oder des Produktionsverfahrens des Beschaffungsgegenstandes (Art. 30 Abs. 1 BöB). Der unscheinbar daherkommende neue Absatz 4 hat weitreichende Folgen: Vorgeschrieben wird, dass die Auftraggeberin immer auch «technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt» vorzusehen hat. Der Grundsatz wird nur aufgehoben, wenn solche Spezifikationen «nicht geeignet» wären. Mit dieser Bestimmung unterstreicht der Gesetzgeber die Vorbildfunktion des Bundes als Bauherr (die explizit in Art. 35j Abs. 2 USG verankert wird), indem bei öffentlichen Beschaffungen, Merkmale der Kreislauffähigkeit und Ressourcenschonung einzufordern sind. Damit soll sichergestellt werden, dass aus öffentlichen Mitteln vermehrt ökologisch hochwertige Produkte beschafft werden.

Mit dieser neuen Bestimmung wird der Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen weiter gestärkt. Das Beschaffungsrecht bezweckt den nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel: Die Nachhaltigkeit steht im Zentrum des öffentlichen Einkaufs. Nun soll diese auch durch klare Vorgaben in den technischen Spezifikationen unterstrichen werden.

Fazit: Jede Beschaffungsstelle muss sich fortan eingehend damit befassen, wie die Merkmale der Kreislaufwirtschaft in die Vorgaben der Ausschreibung integriert werden können. Nur in Ausnahmefällen kann man davon absehen.

Ausschluss vom Verfahren aufgrund schlechter Erfahrungen

Nicht neu, aber bisher kaum beachtet sind einzelne Gründe, die zum Ausschluss eines Anbieters aus dem Verfahren oder zum Widerruf des Zuschlags führen können.

Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB erlaubt solche Massnahmen u.a. bei folgendem Sachverhalt:

«Sie [die Anbieterinnen] haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein.»

Art. 44 Abs. 2 lit. d BöB sieht gleiches vor bei folgendem Sachverhalt:

«Sie [die Anbieterinnen] haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen.»

Die beiden Bestimmungen sind reichlich absurd und lassen rechtsstaatliche Bedenken aufkommen. Sanktionen bedürfen grundsätzlich einer ausreichend klaren gesetzlichen Grundlage. Eine solche liegt vorliegend nicht vor, vielmehr kann man sich eine vernünftige Anwendung der beiden Ausschlussgründe gar nicht richtig vorstellen.

Gemäss Laura Locher, Autorin im führenden, von Prof. Hans Rudolf Trüeb herausgegebenen *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht* (Zürich 2020), sind die Tatbestände jedenfalls nur bei «schwerwiegenden» Verstössen erfüllt, zum Beispiel im Sinne eines «langen Fehlverhaltens». Man kann sich eigentlich fast nur absichtliches Fehlverhalten vorstellen, also extreme Ausnahmefälle, welche wir im Alltag von Ingenieurprojekten zum Glück nicht oder höchstens sehr selten erleben. Zuweilen wird in diesen Klauseln eine Möglichkeit gesehen, «schwarze Schafe» (z.B. notorische «Preisdumper» oder «Nachtragssteller») zu sanktionieren. In der Praxis dürfte sich dies als schwierig erweisen, denn die Vergabebehörde müsste in einem Beschwerdeverfahren schon sehr gute und stichhaltige Beweise für derartig gravierendes Fehlverhalten vorlegen können. Hinzu kommt, dass die beschriebenen Sachverhalte höchst unbestimmt sind: Was genau sind die «anerkannten Berufsregeln» der Ingenieurinnen und Ingenieure?

Klarer scheint die Sache bei Art. 44 Abs. 2 lit. c BöB zu sein: Hier kann ein Ausschluss erfolgen, wenn die Anbieterin «ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein[reicht], ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden».

Dieser Ausschlussgrund bezieht sich auf Art. 38 Abs. 3 BöB, welcher die Vergabebehörde auffordert, «zweckdienliche Erkundigungen» einzuholen, wenn ein Angebot vorliegt, «dessen Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint». Dieses Prozedere ist klar: Ungewöhnlich niedrig ist ein Angebot, das mind. 20–30% unter dem Mittelwert der übrigen Angebote liegt. Bei solchen Angeboten muss die Vergabebehörde nachfragen. Wenn der Anbieter nicht plausible machen kann, dass er zu diesem Preis die geforderte Leistung erbringen kann, ist er aus dem Verfahren auszuschliessen.

Die Praxis wird zeigen, wie die Gerichte diese Ausschlussgründe anwenden werden.

●

Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt, Geschäftsführer suisse.ing