

Das neue Beschaffungsrecht als Paradigmenwechsel: Chancen und Möglichkeiten fürs Holz

Marc Steiner,
Bundesverwaltungsrichter*

*Der Referent äussert seine persönliche Meinung

20. Mai 2021

Übersicht

- **Warum ist die Entstehungsgeschichte des Waldgesetzes (Art. 34b) so spannend?**
- **Das neue BÖB (inkl. IVöB) als Paradigmenwechsel**
- **Leistungsbestimmungsrecht der Auftraggeberseite / Wahl von Holz als Material für Gebäude usw. (technische Spezifikation)**
- **Auftraggeberseitig zur Verfügung gestelltes Holz als vergaberechtlicher Lösungsansatz**

Sylvicultura oeconomica von Hans Carl von Carlowitz (1645-1714); Nachhaltigkeitsbegriff (vs. Raubbau)

an allerhand Metallen habhaft werden könnte; Aber da der un-
terste Theil der Erden sich an Erzten durch so viel Mühe und Un-
kosten hat offenbahr machen lassen / da will nun Mangel vorfallen
an Holz und Kohlen dieselbe gut zu machen; Wird derhalben die
größte Kunst / Wissenschaft / Fleiß / und Einrichtung hiesiger Lande
darinnen beruhen / wie eine sothane Conservation und Anbau des
Holzes anzustellen / daß es eine continuirliche beständige und nach-
haltende Nutzung gebe / weiln es eine unentberliche Sache ist / ohne
D welche

Art. 34a und Art. 34b Waldgesetz: Abschnittstitel “Holzförderung”

Art. 34b Bauten und Anlagen des Bundes:

¹ Der Bund fördert bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb eigener Bauten und Anlagen soweit geeignet die Verwendung von nachhaltig produziertem Holz.

² Bei der Beschaffung von Holzerzeugnissen berücksichtigt er die nachhaltige und naturnahe Waldbewirtschaftung sowie das Ziel der Reduktion von Treibhausgasemissionen.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 34b Waldgesetz

NZZ vom 16. September 2015:

Die Vertreter der Holzwirtschaft wollten die Förderung auch explizit auf Schweizer Holz ausrichten. ... Trotz den Warnungen insbesondere von Seiten der FDP, der GLP und Bundesrätin Doris Leuthard vor zusätzlichen Belastungen des Bundeshaushalts und Konflikten mit dem internationalen Handelsrecht (WTO) setzten sich die Befürworter einer stärkeren Absatzförderung bei Schweizer Holz durch.

Art. 34a und Art. 34b Waldgesetz: Abschnittstitel “Holzförderung”

Rechtsgutachten Universität Zürich zur Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung (2015):

Die Herausforderung hierbei besteht darin, den neuen Spielraum für Nachhaltigkeitskriterien zur Förderung von umweltverträglichen Produkten, insbesondere auch von nachhaltig produziertem Holz, zu nutzen, ohne dabei protektionistischen Partikularinteressen die Türen zu öffnen und die beschaffungsrechtlichen Grundsätze des Diskriminierungsverbots zu gefährden (S. 5).

Testimonial on legal history from a Swiss perspective (3 archaeological layers)



Bern, May 2018

Gelebte Rechtsgeschichte / drei archäologische Schichten

- Schicht 1: Binnenmarkt Schweiz nicht sehr dynamisch, Marköffnung nicht das Hauptziel, Vetternwirtschaft, Protektionismus und Kartellabsprachen
- Schicht 2: Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz, WTO-Vergaberecht 1994, BöB und IVöB; Marktöffnung, (Preis-)Wettbewerb, Geld
- Schicht 3: GPA 2012 / EU-Richtlinien 2014 / BöB-Entwurf WAK-N: Governance/Korruptionsprävention, Qualitätswettbewerb, Innovation, Nachhaltigkeit

Gelebte Rechtsgeschichte

- **90er Jahre (GPA/BöB; Marktwirtschaftliche Erneuerung / Dogmatik der “vergabefremden Aspekte”)**
- **2002 Urteil “Busse für Helsinki” EuGH**
- **2004 Neue EU-Richtlinien (insb. RL 2004/18/EG)**
- **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**
- **2019 BöB vom 21. Juni und IVöB vom 15. November als Teil der harmonisierenden Revision des Vergaberechts von Bund und Kantonen**
- **2020 Annahmeerkunde für WTO-GPA 2012 am 2. Dezember**

Nachhaltigkeit – Art. 2 BV

1. Titel: Allgemeine Bestimmungen

Art. 2 BV Zweck

¹ [...]

² [Die Schweizerische Eidgenossenschaft] fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

³ [...]

⁴ Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung.

In Artikel 2 Abs. 2 wird der Begriff der Nachhaltigkeit in einem umfassenden, alle drei Dimensionen einschliessenden Sinn verwendet (Luzius Mader, Die Umwelt in neuer Verfassung?, in: URP 2002, S. 105 ff., insb. S. 110).

WTO und Welthandelsvergaberecht



GOVERNMENT PROCUREMENT: SYMPOSIUM – GENEVA 22 FEBRUARY 2017

Symposium on sustainable procurement

Work programme on sustainable procurement of the committee on government procurement⁽¹⁾

Centre William Rappard (WTO Headquarters), Room W

Geneva, 22 February 2017

Kanada und Europa gehen einen Schritt weiter
Richtung Nachhaltigkeit.

USA können klassisch liberalen Ansatz der 90er
“Marktöffnung, Wettbewerb und Geld” als alleinige
Regulierungsthemen nicht verteidigen, weil Präsident
Trump auf Protektionismus macht.

WTO / Schweiz ratifiziert das GPA 2012

GOVERNMENT PROCUREMENT

2 DECEMBER 2020

UK and Switzerland confirm participation in revised government procurement pact

Switzerland and the United Kingdom have completed the final step for making their respective participation in the revised Government Procurement Agreement (GPA) effective. As of 1 January 2021, the revised GPA will be in force for Switzerland, and the UK will be a party to the accord in its own right.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

"The new criteria will put an end to
the dictatorship of the lowest price
and once again make quality the
central issue,"
Mr. Tarabella explained.

(Pressemitteilung vom 15. Januar 2014 betreffend die
Zustimmung des Europäischen Parlaments zu den neuen
EU-Vergaberichtlinien)

Der Paradigmenwechsel



„Wir möchten [mit dem vorteilhaftesten Angebot] den Paradigmenwechsel konkretisieren, den wir im ganzen Gesetz vorgenommen haben.“

Bundesrat Ueli Maurer im Ständerat, 5.6.19

BöB: Wichtige Player, deren Position das Ergebnis nachvollziehbar macht



Die Ziele des Vergaberechts gemäss BöB und IVöB 2019

Art. 2 E-BöB [fett = neu]:

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen **und den volkswirtschaft-lich, ökologisch und sozial nachhaltigen** Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung / Nichtdiskriminierung
- d. die Förderung des wirksamen, **fairen** Wettbewerbs [inkl. **Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und₆Korruption**]

Nachhaltigkeit und Qualitätswettbewerb

Art. 56 Abs 3 BÖB:

Die Angemessenheit einer Verfügung kann [gerichtlich] nicht überprüft werden. -> Vergabekultur

Art. 29 Abs. 1 BÖB:

Bedeutung qualitativer Zuschlagskriterien hervorgehoben.

Art. 41 Abs. 1 BÖB:

Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 12 Abs. 2 BÖB:

Dumping durch Missachtung sozialer Mindeststandards im In- und Ausland

Art. 38 Abs. 3

BÖB:
Preisdumping im In- und Ausland

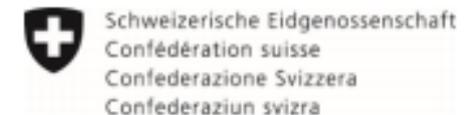
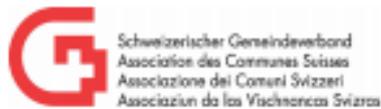
Art. 12 Abs. 3 BÖB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 VöB:

Dumping durch Missachtung ökologischer Mindeststandards im In- und Ausland

Faktenblatt zur neuen Vergabekultur vom 25. September 2020

«Aufgrund der expliziten Erwähnung der Nachhaltigkeit im Zweckartikel kann die Nachhaltigkeit nicht nur bei den Zuschlagskriterien, sondern auch bei den technischen Spezifikationen, den zwingenden Teilnahmebedingungen und bei den Eignungskriterien berücksichtigt werden. In den Umsetzungsphasen ist sicherzustellen, dass die Anforderungen über die gesamte Lieferkette bzw. Leistungskette der Beschaffung, d.h. auch von Subunternehmen und Zulieferbetrieben, umgesetzt werden.»

TRIAS / Harmonisierung im Gesetzesvollzug



Adressaten:

Gemäss Adressatenliste

Bern, 30. April 2021

**Gemeinsamer Beschaffungsleitfaden TRIAS: Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zu den
Faktenblättern**

Vergabekultur und Organisationsentwicklung

Qualitätswettbewerb heisst nicht nur, dass die Auftraggeberin bereit ist, für eine qualitativ ansprechende Leistung einen höheren Preis zu bezahlen, sondern auch auftraggeberseitig qualitativ und quantitativ die Ressourcen bereitstellt, die für die Auftragsdefinition und die Evaluation notwendig sind. -> Richtige Personalpolitik, richtige Betriebskultur sowie Professionalisierungs- und Ausbildungsoffensive

Leistungsbeschreibung / technische Spezifikationen

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (...). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen").

Ermessensspielraum bei der Festsetzung technischer Spezifikationen

Botschaft zu Art. 30 Abs. 4 des BÖB-Entwurfs vom
15. Februar 2017:

Bei der Festlegung und Überprüfung von Umwelt-
und ressourcenrelevanten technischen
Spezifikationen kann die Auftraggeberin auf
international anerkannte Zertifizierungssysteme
abstellen, muss jedoch den Nachweis der Einhaltung
gleichwertiger Anforderungen immer zulassen
(BBI 2017 1946). Beispiel: FSC “oder gleichwertig”.

Materialwahl Holz im Rahmen der Leistungsbeschreibung

Aus der Rechtsprechung der Gerichte (also nicht nur derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts) ergibt sich klar, dass die Auftraggeberin die Baumaterialien innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen (von Statik bis Brandschutz) frei wählen kann. Es gibt entgegen einem gelegentlich kolportierten Missverständnis keinen Rechtsanspruch auf «materialoffene Ausschreibung». Wenn materialoffen ausgeschrieben wird passiert das nicht wegen beschaffungsrechtlicher Vorgaben, sondern als Ergebnis eines «policy choice» bzw. der gelebten Vergabekultur.

Holzempfehlung (könnte bundesverwaltungsintern auch als Weisung ausgestaltet sein)

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bundesamt für Umwelt BAFU
Aktionsplan Holz
Office fédéral de l'environnement OFEV
Plan d'action bois



Holzwirtschaft Schweiz
Economie suisse du bois

EMPFEHLUNG • RECOMMANDATION • EMPFEHLUNG • RECOMMANDATION • EMPFEHLUNG • RECOMMANDATION • EMPFEHLUNG
Nachhaltiges Bauen • Construction Durable • Nachhaltiges Bauen • Construction Durable • Nachhaltiges Bauen • Construction Durable • Nachhaltiges Bauen

Nachhaltiges Bauen mit Holz

2020 / 1

Frage, ob das Holz vom Anbieter bestellt oder auftraggeberseitig zur Verfügung gestellt wird

An der Swissbau Januar 2018 hat zum Beispiel die Gemeinde Nesslau ihr Projekt vorgestellt. Sie hat eigenes Holz verwendet, um ein neues Gemeindehaus zu bauen. In Arlesheim BL läuft ein Projekt "Unser Saal mit unserer Buche". Das ist vergaberichtlich unbedenklich, weil nicht "Schweizer Holz" verlangt wird beim Einkaufen, sondern die Auftraggeberin selbst das Holz aus eigenem Wald beisteuert und vom Anbieter lediglich verlangt, dass er dieses gemeindeeigene Holz als Baumaterial einsetzt.

Exkurs I: Holzdeklaration

Weiterhin Verbesserungspotenzial bei der Holzdeklaration

Bern, 27.04.2021 - Die Anzahl der Unternehmen, die Holz und Holzprodukte korrekt deklarieren, ist im Jahr 2020 stabil geblieben. Dies zeigen die Kontrollen durch das Eidgenössische Büro für Konsumentenfragen (BFK). Zum ersten Mal wurden verwaltungsstrafrechtliche Verfahren wegen Verletzung der Holzdeklarationspflicht eröffnet.

Exkurs II: Holzhandelsverordnung

Holzhandelsverordnung: Neue Pflichten für Erstinverkehrbringer und Händler

Der Bundesrat hat das revidierte Umweltschutzgesetz zum Verbot des Handels von illegal geschlagenem Holz und den daraus gefertigten Produkten auf den 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt. Das revidierte Gesetz wurde 2019 vom Parlament angenommen und bildet die gesetzliche Grundlage für die neue Holzhandelsverordnung (HHV), die ebenfalls am 1. Januar 2022 in Kraft treten wird. Mit der HHV schafft die Schweiz im Auftrag des Parlaments eine gleichwertige Regelung zu derjenigen in der Europäischen Union (EU; EUTR 995/2010). Kern der Verordnung ist eine neue Sorgfaltspflicht für jene, die Holz und Holzzeugnisse erstmals in Verkehr bringen: Sie müssen nachweisen können, dass sie Risiken im Zusammenhang mit der Illegalität systematisch bewertet und, wo vorhanden, auf ein vernachlässigbares Mass reduziert haben. Händler müssen die

Fazit

Holz hat als Baustoff unbedingt Zukunft. Jetzt muss flächendeckend die Botschaft vermittelt werden, dass mit Holz heute viel mehr möglich ist als früher. Die öffentliche Hand ist beim “Füllen ihres Einkaufskorbes” besonders in der Pflicht; Bund, Kantone und Gemeinden haben eine Vorbildfunktion. Das wird mit dem neuen Vergaberecht des Bundes (BöB), welches früher oder später auch die kantonale Ebene erreicht (IVöB), noch klarer. Jetzt stellt sich die Frage, ob nicht auch die Kantone flächendeckend Gesetzesbestimmungen wollen, welche Art. 34b des Waldgesetzes des Bundes entsprechen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Marc Steiner

Bundesverwaltungsgericht

Abteilung II

9023 St. Gallen

Tel. 058 465 25 74

marc.steiner@bvger.admin.ch