



Die soziale Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen

Wie können Städte und Gemeinden die Ziele der sozialen Nachhaltigkeit und des fairen Handels bei öffentlichen Beschaffungen umsetzen?

Gutachten im Auftrag von Swiss Fair Trade mit Finanzierung der Fair Trade Town Gemeinden Amriswil, Arlesheim, Bülach, Carouge, Delémont, Fribourg, Glarus Nord, Gossau, Köniz, Renens, Wil sowie Fairtrade Max Havelaar, Fastenaktion und Helvetas.

Rika Koch und Lara Biehlⁱ

V.4, 15.01.2025

Berner Fachhochschule

Departement Wirtschaft, Institute Public Sector Transformation

Fachgruppe Public Procurement and Law

ⁱ Die Autorinnen danken Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter und Dozent an der Berner Fachhochschule BFH für die vielen inspirierenden Gespräche sowie die kritische Durchsicht und das Feedback. Dank gebührt auch Safiya Verbruggen und Sarah Hostettler für die Hilfe bei der Schlussredaktion, sowie Prof. Matthias Stürmer (Institutsleiter IPST) und Prof. Jan Bieser (Professor für nachhaltige Digitalisierung) für die Durchsicht des Anhang 2 (Musterweisungen sozial nachhaltige Beschaffung von IKT-Mitteln) und die zahlreichen wertvollen Anregungen.

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	4
1.1 Ausgangslage	4
1.2 Auftrag und Abgrenzung	5
2 Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens	6
2.1 Gesetzliche Grundlagen	6
2.1.1 Internationales Recht	6
2.1.2 Nationale gesetzliche Grundlagen	6
2.2 Geltungsbereich und Schwellenwerte	7
2.3 Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts	8
2.4 Das neue Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 BöB/IVöB	10
2.4.1 Nachhaltiges Beschaffungswesen als Strategisches Instrument	10
2.4.2 Die drei Dimensionen der Nachhaltigkeit	10
2.4.3 Rechtsgehalt und Umsetzung in der Praxis	12
2.5 Zwischenfazit	13
3 Kerngehalt der sozial nachhaltigen Beschaffung	13
3.1 Begriffsdiskussion	13
3.1.1 Der Begriff der sozialen Nachhaltigkeit	13
3.1.2 Zusammenhang mit den Zielen des fairen Handels	14
3.1.3 Weitere Elemente der sozialen Nachhaltigkeit	15
3.1.4 Exkurs: Soziale Nachhaltigkeit und Tierwohl	15
3.2 Obligatorische Teilnahmebedingungen: Zwei Ambitionslevel	16
3.2.1 Level 1: ILO-Kernübereinkommen als Mindeststandards	16
3.2.2 Level 2: «Weitere wesentliche internationale Arbeitsstandards»	18
3.2.3 Kontrolle bzw. Nachweise der obligatorischen Teilnahmebedingungen	19
3.3 Lange Lieferketten	20
3.1 Zwischenfazit	21
4 Kontext im internationalen Recht	22
4.1 Welthandelsorganisation WTO	22
4.1.1 Grundprinzipien des WTO/GPA	23
4.1.2 Spielräume und Spannungsfeld	25
4.1.3 Streitbeilegungsmechanismus der WTO	26
4.2 Europäischen Union (EU)	27
4.2.1 Soziale Nachhaltigkeit in der europäischen Vergabерichtlinie 2014/24/EU	27
4.2.1.1 Marktkonsultationen	28
4.2.1.2 Technische Spezifikationen	28
4.2.1.3 Zuschlagskriterien	29
4.2.1.4 Eignungs- und Ausschlussgründe	30
4.2.1.5 Labels	30
4.2.1.6 (Vertrags-) Bedingungen für die Auftragsausführung	30
4.2.2 Exkurs: Lieferkettengesetz der EU	31
4.3 Zwischenfazit	32
5 Umsetzung	32
5.1 Vor der Ausschreibung	33
5.1.1 Bedarfs- und Marktanalyse	33
5.1.2 Die Rolle von Beschaffungsstrategien und -weisungen	33
5.2 Ausschreibungskriterien und Spezifikationen in der Ausschreibung	34
5.2.1 Eignungskriterien (EK)	35
5.2.2 Technische Spezifikationen (TS)	36

5.2.3 Zuschlagskriterien (ZK)	38
5.2.4 Ausschlussgründe	40
5.3 Der Beschaffungsvertrag	40
5.4 Während und nach der Ausschreibung: Nachweise und Kontrollmöglichkeiten	42
5.4.1 Sorgfaltspflicht und Risikoanalyse	42
5.4.2 Labels, Zertifikate und Audits	44
5.4.2.1 Hilfsmittel zur Überprüfung der Nachhaltigkeitskriterien	44
5.4.2.2 Sozialaudits als Instrument	46
5.4.2.3 Sozialaudits in der Kritik	46
5.4.2.4 Lösungsansätze in der Praxis	48
5.5 Zwischenfazit	50
6 Fazit und Empfehlungen	51
7 Anhang	56
Abkürzungsverzeichnis	56
Quellenverzeichnis	57

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Die öffentliche Hand ist in der Schweiz (wie in allen Volkswirtschaften) die kaufkräftigste Konsumentin: Der Bund, die Kantone und die Gemeinden geben in der Schweiz geschätzt ca. 41 Milliarden CHF pro Jahr¹ für diejenigen Güter, Dienstleistungen und Bauten aus, die sie für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötigen.

Dabei ist bemerkenswert, dass ein Grossteil dieses Volumens auf die Kantone und auf die Gemeinden fällt. Da das öffentliche Beschaffungswesen eine kommunale Kompetenz ist, können die Gemeinden der Schweiz ihre Güter und Dienstleistungen weitgehend autonom einkaufen.² Das gibt den Gemeinden grosse Freiheiten, stellt sie in Bezug auf die Art und Weise, wie sie diese Beschaffungen vornehmen, aber auch vor grosse Herausforderungen: Denn bei öffentlichen Beschaffungen stehen die Gemeinden i.d.R. unter hohem Budgetdruck und auch für die Beschaffungsprozesse selbst stehen ihnen nur wenige finanzielle und personelle Ressourcen zur Verfügung. Dies hat zur Folge, dass viele Beschaffungsverantwortliche bei ihren Beschaffungen nach wie vor auf den günstigsten Anschaffungspreis achten und andere Qualitätsaspekte in den Hintergrund rücken.

Das ist schade, denn die Art und Weise, wie Gemeinden das Geld für Beschaffungen ausgeben, hat einen **grossen Einfluss auf die Wirtschaft, die Umwelt und nicht zuletzt auch auf die Gesellschaft**. Die lang erwartete Revision des Beschaffungsrechts hat dies nun auch anerkannt. Der neue Artikel 2 des öffentlichen Beschaffungsrechts – der «Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen» (IVöB) gleichwohl wie für den Bund das «Bundesgesetz über die Nachhaltige öffentliche Beschaffung» (BöB) – besagt nun:

Dieses Gesetz/diese Vereinbarung bezweckt: a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;

Der neue «Nachhaltigkeitszweck» gilt zurecht als eine der wichtigsten Änderungen der Totalrevision des öffentlichen Beschaffungswesens. Denn das Gesetz zeigt nun deutlich, dass es bei öffentlichen Beschaffungen nicht nur auf den günstigsten Preis ankommt, sondern auch auf den Einfluss, den der Konsum der öffentlichen Hand auf die Umwelt (ökologische Nachhaltigkeit) und die Gesellschaft (soziale Nachhaltigkeit) ausübt.

In die gleiche Richtung deutet die neue Bestimmung zum «Zuschlag» in Art. 41 IVöB: Der Zuschlag ist neu «an das vorteilhafteste Angebot» zu erteilen und nicht mehr an «das wirtschaftlich günstigste». Dies zeugt von einer Stärkung des Qualitätswettbewerbs und einer Abkehr vom Preiswettbewerb.³ Mit anderen Worten: Öffentliche Beschaffungen sollen gemäss Gesetz nicht möglichst billig sein, sondern ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis aufweisen. Dabei sind auch ökologische und soziale Faktoren einzuberechnen. Das Beschaffungsrecht hat es sich zum Ziel erklärt, dass öffentliche Beschaffungen die Gesellschaft und die Umwelt einerseits möglichst wenig belasten und andererseits einen möglichst grossen Mehrwert schaffen sollen.

Auf der sozialen Ebene hat dieses Gesetz ein grosses, aktuell noch weitgehend ungenutztes Potenzial. Dies, weil die soziale Nachhaltigkeit konzeptuell nicht klar abgrenzbar ist und im Vergleich zur ökologischen Nachhaltigkeit sich nicht anhand konkreter Kriterien messen lässt (wie in der Ökologie z.B. der CO2-Ausstoss). Dabei sind soziale Aspekte wie die Gesundheit oder die Arbeitsbedingungen der Menschen, die an der Produktion vieler Güter beteiligt sind, prekärer denn je. Grund dafür sind die

¹ 41 Milliarden ist die Zahl, die seit Jahrzehnten vom Bund genannt wird, siehe z.B. Botschaft BöB, 1854. Genaue Statistiken, die das öffentliche Beschaffungsvolumen der Schweiz, vor allem auch auf Gemeindeebene, berechnen würden, existieren nicht.

² «Autonom» im Rahmen des IVöB bzw. des zusätzlich geltenden kantonalen Rechts. Der Bund hat keine Kompetenz, die Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden zu regulieren.

³ STEINER 2020, S. 9.

fortschreitende Globalisierung und damit einhergehend die immer länger und intransparenter werdenden Lieferketten (siehe dazu auch Kapitel 3.3). Die Auslagerung grosser Teile der Lieferketten in Niedriglohnländer, die in fast allen bedeutenden Branchen (z.B. Textil, IKT) stattfindet, führt zu teilweise ausbeuterischen Arbeitsbedingungen in den Herkunfts- und Produktionsstätten. Die langen Lieferketten führen dazu, dass an der Herstellung eines einzelnen Produkts viele Zulieferer und Fabriken beteiligt sind und es für Einkäufer*innen kaum möglich ist, einzelne Produktionsschritte zurückzuverfolgen. Dies erschwert auch die Sicherstellung der sozialen Nachhaltigkeit.

Trotz dieser Schwierigkeiten ist der Staat, also auch Gemeinden, in einer besonderen Position, Anreize für Veränderungen hin zu mehr Nachhaltigkeit zu schaffen: Einerseits kommt ihnen aufgrund ihres Ausgabevolumens eine starke Hebelwirkung zu, die sie einsetzen können, um ein nachhaltiges Angebot zu fördern. Auch für die Vorbildfunktion des Staates ist es wichtig, diese Hebelwirkung richtig einzusetzen.⁴ Mit dem Engagement für die Überprüfung und Einhaltung von Umwelt- und Sozialstandards senden Gemeinden klare Signale an Wirtschaft und Gesellschaft, dass sie sich aktiv für soziale Standards in diesen Bereichen engagiert. Der Staat kann Konsument*innen und Unternehmen ein ethisches Vorbild sein und Impulse für eine breitere Akzeptanz sozial verantwortlichen Handelns setzen. Es liegt daher im öffentlichen Interesse, dass der Staat diese Vorbildfunktion wahrnimmt und damit einen positiven Einfluss auf die Entwicklung globaler Lieferketten ausübt.

1.2 Auftrag und Abgrenzung

Während Forschung und Praxis der ökologischen Nachhaltigkeit bereits viel Aufmerksamkeit geschenkt haben, ist die soziale Nachhaltigkeitsdimension hierzulande weitgehend unerforscht.⁵ Dies, obwohl die Nachhaltigkeit auch auf der sozialen Dimension ab 2019⁶ explizit als Gesetzesziel im Beschaffungsrecht verankert ist (siehe dazu 2.4). Somit ist die soziale Nachhaltigkeit für Beschaffungsbehörden auf allen föderalen Stufen eigentlich Pflichtprogramm.⁷

Die vorliegende Studie will bei dieser Lücke ansetzen und das Potenzial der sozial nachhaltigen öffentlichen Beschaffung in einem Grundlageteil analysieren und in einem Praxisteil (siehe Anhänge 2-4) näher beleuchten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die folgende Grundsatzfrage als erste Forschungsfrage:

Wie können Beschaffungsbehörden sozial nachhaltig öffentlich beschaffen?

Diese erste Frage soll in einem ersten Schritt beleuchten, inwiefern Beschaffungsbehörden aus dem neuen Nachhaltigkeitszweck (Art. 2 IVöB) die Pflicht auferlegt wird, sozial nachhaltig zu beschaffen und wie sich diese Pflicht in der Praxis konkret ausgestaltet. In einem zweiten Schritt soll aufgezeigt werden, inwiefern darüber hinausgehend Spielräume bestehen, um auf freiwilliger Ebene weitergehende Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit zu berücksichtigen. Die zweite, eigentliche Forschungsfrage lautet:

Wie können Gemeinden die Ziele des fairen Handels bei öffentlichen Beschaffungen im Sinne der sozialen Nachhaltigkeit effektiv und effizient umsetzen?

Dabei ist es ein wichtiges Anliegen des Gutachtens, diese Analyse **praxisnah** durchzuführen. Städte und Gemeinden sind regelmässig einem starken Budgetdruck ausgesetzt und haben für die Planung und Durchführung von Beschaffungsprojekten nur sehr beschränkte Ressourcen zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, den Beschaffungsverantwortlichen möglichst einfache

⁴ Botschaft BöB, S. 1885.

⁵ Eine Ausnahme bildet STEINER 2017 und neust auch HAUSER/PISKÓTY 2023.

⁶ Die Gesetzestexte sowohl des BöB als auch des IVöB sind 2019 verabschiedet worden. In Kraft getreten sind beide Erlasses 2021. Die Verbindlichkeit der IVöB ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich; für den Kanton Zürich wurde die IVöB beispielsweise im Oktober 2023 mit der kantonalen Umsetzung verbindlich.

⁷ Für eine Übersicht über «Pflichten» im Sinne von obligatorischen Mindestanforderungen und die Pflicht, weitergehende Ermessensspielräume zu prüfen siehe Kapitel 3.2.

Handlungsspielräume aufzuzeigen, damit sie soziale Nachhaltigkeit mit den ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen *effizient*, aber eben auch *effektiv* in der Praxis umsetzen können.

Dabei ist im Sinne einer Abgrenzung zu betonen, dass das vorliegende Gutachten die soziale Dimension der Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen beleuchtet, die ihrerseits wieder als multidimensionales Konzept zu verstehen ist (siehe auch Begriffsdiskussion in Kapitel 3.1). Das vorliegende Gutachten befasst sich vorwiegend mit der «Input-Dimension» der sozialen Nachhaltigkeit, also denjenigen Faktoren, die bei der Produktion eines Produkts oder der Ausführung einer Dienstleistung anfallen (z.B. Gesundheit der Arbeiter*innen oder deren Arbeitsschutz). Die Analyse von «Output-Faktoren», also jener Faktoren, die als soziale Auswirkungen der jeweiligen Beschaffung auf die Endnutzer*innen oder die Gesellschaft anfallen (z.B. Gesundheitsauswirkungen von Lebensmitteln oder Ausgestaltung von Gebäuden oder Software auf die Diversität), kann aus Platzgründen, trotz ihrer unbestrittenen Relevanz, nicht berücksichtigt werden.

Das Gutachten richtet sich primär an Verantwortungsträger*innen, Projektleitende und Beschaffungsverantwortliche auf Stufe der Gemeinden. Somit wird als einschlägige Gesetzesgrundlage für die Kantone (und somit auch die Gemeinden) pauschal auf die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) verwiesen.

2 Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Das öffentliche Beschaffungsrecht (auch «Vergaberecht» oder «Submissionsrecht» genannt) wird in der Schweiz durch mehrere Gesetze auf mehreren staatlichen Ebenen geregelt.

2.1.1 Internationales Recht

Das internationale Beschaffungsrecht regelt diejenigen öffentlichen Beschaffungen der Schweiz, die in den sog. «Staatsvertragsbereich» fallen. In den Staatsvertragsbereich fallen diejenigen Beschaffungen, die von einem internationalen Abkommen der Schweiz mit einer anderen Organisation (z.B. der Welthandelsorganisation WTO oder der Europäischen Union EU) oder einem anderen Land (zum Beispiel durch ein Freihandelsabkommen) erfasst sind.

Das wichtigste internationale Abkommen der Schweiz ist das **Government Procurement Agreement (GPA)** der WTO (siehe dazu im Detail 4.1). Das schweizerische Beschaffungsrecht beruht zu weiten Teilen auf dem WTO GPA, das deshalb im weiteren Verlauf dieses Gutachtens im Fokus stehen soll.

Im bilateralen Verhältnis mit der EU gilt das bilaterale Abkommen von 1999 über das öffentliche Beschaffungswesen zwischen der Schweiz und der EU (bilaterales Abkommen).⁸ Auch die Konvention der Europäischen Freihandelsassoziation (European Free Trade Association, EFTA), in dem die Schweiz zusammen mit Norwegen, Island und Liechtenstein Mitglied ist, enthält Regeln zum öffentlichen Beschaffungswesen.⁹ Von diesen Abkommen ist das WTO GPA die international wichtigste Rechtsquelle, auf der auch das nationale Beschaffungsrecht der Schweiz beruht.

2.1.2 Nationale gesetzliche Grundlagen

Auch auf nationaler Ebene wird das öffentliche Beschaffungswesen für den Bund und die Kantone durch verschiedene Rechtsquellen reguliert. Die zwei wichtigsten gesetzlichen Grundlagen das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), das für die öffentlichen Beschaffungen des Bundes gilt, und die Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche

⁸ Für mehr Details zum Bilateralen Abkommen CH-EU siehe FETZ/STEINER, Rz. 18.

⁹ Siehe auch FETZ/STEINER 2020, Rz. 22.

Beschaffungswesen (IVöB), das den Rahmen für die kantonalen Gesetze vorgibt.¹⁰ Diese zwei Gesetze sind mit der Totalrevision des öffentlichen Beschaffungswesens harmonisiert worden und nun bis auf wenige Unterschiede vom Gesetzestext her deckungsgleich.¹¹ Das BöB und das IVöB setzen die Verpflichtungen, die sich für die Schweiz aus dem WTO/GPA ergeben, in nationales Recht um. Wenn eine Beschaffungsstelle die Verpflichtungen aus dem BöB oder dem IVöB einhalten, kann sie damit rechnen, auch die Verpflichtungen des WTO/GPA zu erfüllen.

Das BöB wird durch die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) spezifiziert. Sie setzen die Verpflichtungen des WTO GPA für die Beschaffungsstellen des Bundes um.

Zur IVöB gibt es keine Verordnung, da diese durch die Kantone individuell umgesetzt wird. Da das revidierte IVöB nun detaillierte Regeln enthält, ist es für die Kantone direkt anwendbar. Kantonale Gesetze enthalten i.d.R. nur noch wenige Ausführungsbestimmungen (siehe beispielsweise Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens [OÖBV] oder Submissionsverordnung [SVO] des Kantons Zürich). Diese kommen ergänzend zum IVöB zur Anwendung. So haben einige Kantone weitergehende Bestimmungen zur Nachhaltigkeit in ihren kantonalen Gesetzen eingeführt (zum Beispiel der Kanton Bern in Art. 6a OÖBV oder §7 der Einführungsverordnung zur IVöB [EV IVöB] des Kantons Basel-Stadt).

Das vielschichtige Geflecht an Gesetzen auf verschiedenen Staatsebenen mag unübersichtlich erscheinen. Für Praktiker*innen ist jedoch in erster Linie wichtig zu wissen, ob sie dem BöB oder dem IVöB unterstellt sind. Falls letzteres der Fall ist, ist abzuklären, ob kantonale Ausführungsbestimmungen einschlägig werden. Zudem muss in jedem Fall abgeklärt werden, ob eine öffentliche Beschaffung dem sogenannten Staatsvertragsbereich (also primär dem WTO/GPA oder sekundär dem EU-Recht) unterstellt ist. Dies kann je nach Schwellenwert oder Beschaffungsgegenstand unterschiedlich sein, wie das folgende Kapitel (2.2) aufzeigen wird.

2.2 Geltungsbereich und Schwellenwerte

Der Begriff «öffentliches Beschaffungswesen» umfasst alle Güter, Bauten oder Dienstleistungen, die i) *öffentliche Auftraggeberinnen* gegen Entgelt kaufen¹², um ii) ihre *öffentlichen Aufgaben* zu erfüllen:¹³

- Wer alles «**öffentliche Auftraggeberin**» ist, ist im Gesetz in Art. 4 IVöB definiert. Städte und Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften fallen immer unter das öffentliche Beschaffungsrecht.
- Was genau zur **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe** dient, ist im Gesetz nicht weiter spezifiziert. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der Begriff breit zu verstehen: Er umfasst alles, was direkt oder indirekt zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, und keine privatwirtschaftliche Aufgabe darstellt.¹⁴ Bei Gemeinden sind die öffentlichen Aufgaben typischerweise im entsprechenden Gemeindegesetz bzw. der Gemeindeordnung geregelt.

Städte und Gemeinden sind also generell dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt und können ihren Lieferanten oder Produzenten (Anbieter) nicht frei bestimmen. Ab einem gewissen Auftragswert

¹⁰ Zum jetzigen Zeitpunkt sind fast alle Kantone dem IVöB beigetreten oder befinden sich im Beitrittsprozess. Der neuste Stand kann auf der Webseite der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) unter «IVöB» eingesehen werden: <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>.

¹¹ Die Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Ebene Bund und der Kantone wird zurecht als eine der grössten Errungenschaften des öffentlichen Beschaffungsrechts genannt: Während sich schweizweit tätige Anbieter früher mit 27 verschiedenen Gesetzen (26 Kantonale und eines für den Bund) auskennen mussten, gelten heute einheitliche Regeln für die ganze Schweiz, mit nur wenigen kantonalen Unterschieden. Siehe dazu STEINER 2020, S. 8.

¹² Gegen Entgelt (siehe Art. 8 Abs. 1 IVöB), wobei hier der Auftragswert entscheidend ist. Aufträge unter einer Schwelle von typischerweise 250'000 CHF können auch direkt, also ohne öffentliche Ausschreibung, vergeben werden.

¹³ ARROWSMITH, S. 2 f.

¹⁴ So befand das Bundesgericht, die Bereitstellung von Leihvelos («Publibike») diene der Verlagerung der Mobilität weg vom motorisierten Verkehr, was als staatliche Aufgabe anzusehen und somit dem Beschaffungsrecht zu unterstellen sei, siehe BGE 135 II 49 E. 5.2.2.

(i.d.R. über 250'000 CHF, gerechnet in einem Zeitraum von fünf Jahren)¹⁵ müssen sie eine *offene Ausschreibung* durchführen (in der IVöB ist das in Art. 18 geregelt). Dies bedeutet, dass sie den Auftrag im Pflichtenheft umschreiben und auf simap.ch öffentlich publizieren müssen. Auf diese Ausschreibung können sich grundsätzlich alle interessierten Anbieter im freien Wettbewerb bewerben.

Liegt der Auftragswert zwischen 150'000 CHF und 250'000 CHF, müssen Gemeinden keine offene Ausschreibung, sondern ein sogenanntes *Einladungsverfahren* (gem. Art. 20 IVöB) durchführen, bei dem sie zwischen drei eingeladenen Anbietern auswählen.

Aufträge unter 150'000 CHF können sie direkt an den Anbieter ihrer Wahl im *freihändigen Verfahren* vergeben (gem. Art. 21 IVöB). Über dem Schwellenwert von 150'000 CHF können Aufträge ausnahmsweise ebenfalls freihändig vergeben werden, wenn zum Beispiel technische Besonderheiten dies erfordern oder ein anderer Ausnahmeteststand gem. Art. 21. Abs. 2 IVöB gegeben ist.¹⁶ Auch diejenigen Aufträge, die generell vom Beschaffungswesen ausgenommen sind, zum Beispiel aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, können freihändig vergeben werden. Diese sind in Art. 10 Abs. 3 IVöB aufgezählt.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist zudem die im vorherigen Kapitel angetönte Unterscheidung zwischen dem sog. «Staatsvertragsbereich» und dem «Nicht-Staatsvertragsbereich»:

- Eine Beschaffung liegt im Staatsvertragsbereich, wenn sie im Geltungsbereich eines internationalen Abkommens liegt, typischerweise der WTO oder der EU (Art. 3 lit. c IVöB). Liegt der Wert eines Produktes oder einer Dienstleistung über dem Schwellenwert von i.d.R. 350'000 CHF, muss der Auftrag i.d.R. international ausgeschrieben werden, damit auch Anbieterfirmen aus den WTO/GPA Mitgliedstaaten oder der EU mitwerben können. Zudem gelten internationale Rechtsprinzipien (die zwar ähnlich, aber vereinzelt strenger sind als die des Schweizer Beschaffungsrechts, siehe Kapitel 4.1.1).
- Eine Beschaffung liegt NICHT im Staatsvertragsbereich, wenn sie wegen des Schwellenwerts nicht in den Geltungsbereich der WTO (oder der EU-Bilateralen oder eines Freihandelsabkommens) fällt oder sie explizit von diesem ausgenommen worden ist.¹⁷ In diesem Bereich sind die Beschaffungsstellen nicht an das WTO/GPA gebunden: So dürfen beispielsweise das Sozialkriterium der «Lehrlingsausbildung» in der Ausschreibung aufnehmen, auch wenn das im WTO/GPA-Bereich diskriminierend ist.¹⁸

Gegen Ausschreibungen und Zuschläge (sowie gegen Ausschlüsse i.S.v. Art. 44 IVöB oder gegen einen Abbruch i.S.v. Art. 43 IVöB) können Anbieter beim Gericht Beschwerde einreichen.¹⁹ Dies allerdings nur, wenn sie «beschwerdelegitimiert» sind, also vom jeweiligen Entscheid besonders berührt sind oder ein schutzwürdiges Interesse daran haben (Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren [VwVG]). Dies sind sie i.d.R., wenn sie selbst reelle Chancen auf den Zuschlag gehabt hätten.

2.3 Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts

Öffentliche Beschaffungen müssen sich an den vier Grundprinzipien des Beschaffungsrechts orientieren, die im Zweckartikel Art. 2 IVöB verankert sind.

¹⁵ Siehe Schwellenwerte gem. Anhang 2 IVöB. Dabei ist wichtig zu beachten, dass diese je nach Beschaffungsbehörde variieren können.

¹⁶ Zum Beispiel wenn der Auftrag gem. Art. 10 IVöB Abs. 1 lit. e an eine Wohltätigkeitsorganisation geht oder wenn ein Wechsel der Anbieterin gem. Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB aus technischen Gründen nicht möglich ist.

¹⁷ So enthält das WTO/GPA einen länderspezifischen Anhang (Annex 1 – Annex 7), in dem die WTO-Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Geltungsbereich aufführen können Annex .

¹⁸ Diskriminierend ist dieses Kriterium, weil es Anbieter aus Ländern ausschliesst, die kein duales Bildungssystem mit Lehrlingsausbildung kennen. Siehe auch STEINER 2017, S. 30 ff.

¹⁹ Für eine vollständige Aufzählung siehe Art. 53 IVöB.

1. **Nachhaltigkeit** (Art. 2 lit. a): Die Nachhaltigkeit auf der wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Ebene²⁰ hat erst mit der letzten Gesetzesrevision Eingang in das öffentliche Beschaffungsrecht gefunden. Was das neue Nachhaltigkeitsziel beinhaltet, wird im Laufe dieses Gutachtens beleuchtet (siehe 2.4), insbesondere in Bezug auf die Dimension der sozialen Nachhaltigkeit (siehe 3).
2. **Transparenz** (Art. 2 lit. b i.V.m. Art. 11 lit. a IVöB): Das öffentliche Beschaffungswesen soll nicht «hinter verschlossenen Türen» stattfinden.²¹ Transparenz ist eine Grundvoraussetzung für Gleichbehandlung und Wettbewerb im Beschaffungswesen und *Good Governance*. Zu einem transparenten Beschaffungsprozess gehört, dass Aufträge grundsätzlich öffentlich ausgeschrieben (Art. 18 IVöB) und die relevanten Ausschreibungsdokumente veröffentlicht werden (Art. 35 und Art. 36 IVöB) sowie dass die Angebote nach einem vordefinierten Prozess geöffnet und dies entsprechend protokolliert wird (Art. 37 IVöB) und der Zuschlag begründet und veröffentlicht wird (Art. 51 IVöB).
3. **Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot** (Art. 2 lit. c i.V.m. Art. 11 lit. c IVöB): Das Gleichbehandlungsgebot/Diskriminierungsverbot besagt, dass die Auftraggeberin alle Anbieterinnen gleich behandeln muss. Das bedeutet auch, dass die Kriterien in der Ausschreibung nicht so gestaltet werden können, dass sie auf einen konkreten Anbieter zugeschnitten sind. Da die Schweiz das WTO/GPA unterzeichnet hat, ist sie zudem verpflichtet, ausländische Anbieter gleich zu behandeln wie einheimische (Art. 6 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. IV GPA, siehe Kapitel 4.1).
4. **Wettbewerb und Korruptionsprävention** (Art. 2 lit. d IVöB): Staatliches Handeln darf den Wettbewerb nicht verfälschen (Prinzip der Wettbewerbsneutralität, Art. 94 der Bundesverfassung [BV]). Das Beschaffungsrecht geht noch einen Schritt weiter und verlangt die «Förderung» des wirksamen und fairen Wettbewerbs. Fair und wirksam ist der Wettbewerb bei Beschaffungen, wenn eine Ausschreibung stattfindet, wenn die Beschaffungsbehörden unparteiisch sind und die Ausschreibungskriterien so definieren, dass keine Anbieterinnen bevorzugt werden (siehe ebenfalls obige Ausführungen zum Gleichbehandlungsgebot).²² Ebenfalls kann ein fairer und wirksamer Wettbewerb nur stattfinden, wenn sich die Anbieter nicht im Vorfeld über Preise abgesprochen haben. (Sogenannte «Wettbewerbsabreden», auch «Submissionsabsprachen» genannt, sind eine schwerwiegende Form der Korruption, wie im Fall des Bündner Submissionskartells 2018 medienwirksam aufgedeckt wurde).²³ Neu verankert das Beschaffungsrecht somit die Pflicht für öffentliche Auftraggeber, Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption zu treffen (Art. 11 IVöB i.V.m. Art. IV:4a GPA).²⁴

Die verschiedenen Grundprinzipien des Beschaffungsrechts sind eng miteinander verbunden: ohne Transparenz keine Gleichbehandlung und ohne Gleichbehandlung kein Wettbewerb. Sie können aber auch in einem Zielkonflikt zueinanderstehen: So können beispielsweise hohe Nachhaltigkeitsanforderungen zu einem Wettbewerbsnachteil für bestimmte Anbieter führen.²⁵ Dieses Spannungsverhältnis muss bei einzelnen Ausschreibungen durch eine individuelle Güterabwägung ausbalanciert werden.²⁶

²⁰ Die parlamentarische Debatte hat zusätzlich den Begriff der «volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit» als vierte Dimension eingeführt, motiviert vom Wunsch einiger Parlamentarier*innen, die «konjunkturpolitischen» Folgen einer öffentlichen Beschaffung berücksichtigen zu können (TRÜEB, Artikel 2, Rz. 13). Dieser Begriff gehört nicht zu den traditionellen drei Dimensionen der Nachhaltigkeit, die 1987 im sog. Brundtland Report definiert und sich seither in der Wissenschaft etabliert haben. Da er bislang nicht näher umschrieben wurde und auch in der Praxis wenig Relevanz entwickelt hat, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die klassischen drei Nachhaltigkeitsdimensionen.

²¹ TRÜEB 2020, Artikel 2, Rz. 23.

²² *Ibid.*, Rz. 46a.

²³ Siehe Berichterstattung der «Republik» vom 24. April 2018, <https://www.republik.ch/2018/04/24/das-kartell-teil-1-der-aussteiger>.

²⁴ Auf Bundesebenen konkretisiert Art. 3 VöB die Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption; siehe auch LANG/STEINER.

²⁵ Siehe z.B. FETZ/STEINER, Rz. 48 mit weiteren Beispielen, KOCH 2023, S. 19.

²⁶ *Ibid.*

2.4 Das neue Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 BöB/IVöB

2.4.1 Nachhaltiges Beschaffungswesen als Strategisches Instrument

Was und wie die öffentliche Hand mit Steuergeldern einkauft, hat unweigerlich Auswirkungen auf die Wirtschaft, die Umwelt und die Gesellschaft. Dies einerseits wegen dem schieren Einkaufsvolumen: Geschätzt 41 Mia. Franken geben der Bund, die Kantone und schliesslich auch die Städte und Gemeinden pro Jahr für die Güter, Dienstleistungen und Bauten aus, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben brauchen. Bemerkenswert dabei ist, dass rund 80% dieses Volumens den Kantonen und ihren Gemeinden zugerechnet werden kann.²⁷ Dies bedeutet, dass Kantone, Städte und Gemeinden in der Schweiz gesamthaft die kaufkräftigsten Konsumenten der Volkswirtschaft darstellen.

Somit kommt Städten und Gemeinden in ihrem Kaufverhalten auch eine Vorbildrolle zu: Einerseits, weil sie ihre Beschaffungen mit Steuergeldern bezahlen und somit der Politik, aber auch den Bürger*innen rechenschaftspflichtig werden. Damit lässt sich auch erklären, dass öffentliche Beschaffungen oft von der Presse medial beleuchtet werden und negative Beschaffungsbeispiele oder gar -skandale hohe Wellen werfen. Andererseits können Städte und Gemeinden aufgrund ihres Auftragsvolumens Einfluss auf die Nachfrage- und das Angebot auf dem Markt nehmen: Durch gezielt Beschaffungen können sie die Nachfrage nach umweltfreundlicheren und sozial nachhaltigeren Produkten und Dienstleistungen auch auf dem Markt steigern. Sie setzen so Marktmpulse für Unternehmen, in nachhaltige Entwicklungen zu investieren. Dies kann sich wiederum steigernd auf das Angebot auswirken, beispielsweise da durch Skaleneffekte eine günstigere Produktion ermöglicht wird.²⁸

Insofern ist es wichtig, dass sich Städte und Gemeinden ihrer Signalwirkung und ihrem realwirtschaftlichen Gewicht bei öffentlichen Beschaffungen bewusst werden. So können sie öffentliche Beschaffungen gezielt als strategisches Instrument einsetzen und nachhaltige Beschaffungskriterien festlegen. Sie demonstrieren damit nicht nur ihr Engagement für Umweltschutz und soziale Gerechtigkeit, sondern tragen zur Schaffung eines Marktes für nachhaltige Produkte und Dienstleistungen bei. Somit wird dem Beschaffungswesen auch im Rahmen der «Sustainable Development Goals» (SDGs) der UNO eine wichtige Rolle zugeschrieben.²⁹

In diesem Sinne ist die öffentliche Beschaffung ein wichtiges marktbasieretes Instrument, um politische Ziele wie Nachhaltigkeit zu fördern. Während die EU dieses Potenzial des öffentlichen Beschaffungswesens als sog. «strategisches Instrument» bereits vor einigen Jahren erkannt hat,³⁰ ist die Schweiz 2021 nachgezogen: Mit der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts 2021 hat sie die Nachhaltigkeit auf allen Ebenen zum Gesetzesziel erklärt und bekennt sich seither klar dazu, dass das öffentliche Beschaffungswesen nicht lediglich ein Mittel zum Beschaffungszweck ist, sondern sein Nachhaltigkeitspotenzial ausschöpfen soll.

2.4.2 Die drei Dimensionen der Nachhaltigkeit

Das neue Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 BöB/IVöB beauftragt Beschaffungsbehörden, die ihnen für Beschaffungen zur Verfügung gestellten öffentlichen Mittel wirtschaftlich, volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltig einzusetzen.

Dabei bezieht sich das Gesetz auf die drei geläufigen Dimensionen der Nachhaltigkeit, die soziale, ökologische und wirtschaftliche Nachhaltigkeit. Diese wurden bereits 1987 im Brundtland-Bericht der Vereinten Nationen (United Nations Organization, UNO) als die drei Säulen der Nachhaltigkeit etabliert und sind seither in der Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannt.³¹ Zusätzlich bezieht sich das Gesetz auf die volkswirtschaftliche Nachhaltigkeit, die im Rahmen der parlamentarischen Debatte im

²⁷ BöB Botschaft, 1854.

²⁸ KOCH 2020c, S. 85-S.86.

²⁹ Siehe dazu generell, CARANTA 2021.

³⁰ Siehe beispielsweise Europäische Kommission, COM/2017/572 final, S. 2: «Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist ein strategisches Werkzeug, das jeder Mitgliedstaat

in seinem wirtschaftspolitischen Instrumentarium hat.»

³¹ Siehe UNO 1987, Brundtland-Report.

Gesetzeswortlaut Einzug gefunden hat. Da diese Dimension in der Praxis bislang wenig relevant ist, wird auf diese Dimension nicht weiter eingegangen.

Diese drei Dimensionen sollen im Folgenden kurz umschrieben werden, um den relevanten Kontext zu liefern. Für eine ausführlichere Begriffsdefinition der sozialen Nachhaltigkeitsdimension wird auf das Kapitel 3 verwiesen.

1. **Wirtschaftliche Nachhaltigkeit:** Dass die öffentlichen Mittel bei Beschaffungen «wirtschaftlich» eingesetzt werden sollen, ist seit Langem anerkannt.³² Schliesslich sind Steuermittel begrenzt und sollten nicht verschwendet werden. «Wirtschaftlich nachhaltig» kann nicht mit «günstig» oder «billig» gleichgesetzt werden.³³ Vielmehr bezieht sich der Begriff auf **das beste Preis-Leistungsverhältnis**: Mit den eingesetzten Mitteln soll die öffentliche Hand (und indirekt auch wieder die Steuerzahler*innen) die bestmögliche Qualität erhalten. Dabei bemisst sich die **Qualität** je nach Beschaffungsgegenstand unterschiedlich- ökologische und soziale Kriterien sollten aber in jedem Fall zur Bemessung der Qualität mitberücksichtigt werden. So kann es sich durchaus rechtfertigen, für «fair» gehandelte oder produzierte Produkte einen höheren Anschaffungspreis zu bezahlen, da durch die faire Produktion/den fairen Handel die Qualität als höherwertig eingestuft wird.³⁴ Der Preis darf aber nichtsdestotrotz auch unter dem revidierten Beschaffungsrecht nicht vernachlässigt werden. Nach wie vor muss der Preis im Rahmen der Zuschlagskriterien (siehe dazu 5.2.2) mindestens zu 20% gewichtet werden.³⁵ Dabei überlässt es das revidierte Beschaffungsrecht neu den Beschaffungsbehörden, ob sie nur auf den Anschaffungspreis oder auch auf den Lebenszykluskostenpreis abstellen wollen.³⁶ Auch wenn letzterer schwieriger messbar ist, empfiehlt es sich sowohl aus wirtschaftlicher als auch ökologischer Sicht, die Lebenszykluskosten mitzuberücksichtigen.³⁷
2. **Ökologische Nachhaltigkeit:** Ökologisch nachhaltige öffentliche Beschaffungen, oft auch als *Green Public Procurement* bezeichnet, hat die EU bereits 2008 definiert als «Prozess, bei dem die Beschaffungsbehörden Güter, Dienstleistungen oder Bauten beschaffen, die über ihren Lebenszyklus hinweg einen möglichst geringen ökologischen Fussabdruck hinterlassen»³⁸. Ökologisch ist eine öffentliche Beschaffung zum Beispiel, wenn Beschaffungsbehörden Güter oder Bauten aus umweltschonenden bzw. erneuerbaren Ressourcen beschaffen (z.B. Bauten aus Holz statt Beton),³⁹ auf die Reduktion von Treibhausgasen in der Produktion, im Handel oder allenfalls auch im Transport achten und wiederverwendbare Komponenten fordern. Auch die Rezyklierbarkeit oder Reparierbarkeit von Produkten kann bei öffentlichen Beschaffungen zur Reduktion des ökologischen Fussabdrucks beitragen. Anders als die soziale Dimension der nachhaltigen Beschaffung hat die ökologische Dimension mittlerweile in der internationalen Forschung zum öffentlichen Beschaffungswesen grosse Aufmerksamkeit erfahren, was u.a. damit zusammenhängt, dass der ökologische «Impact» einer Beschaffung einiges einfacher messbar ist als der soziale.
3. **Die soziale Nachhaltigkeit** reiht sich als dritter Punkt in diese Aufzählung ein. Im Gegensatz zur wirtschaftlichen und ökologischen Nachhaltigkeit wurde diese Dimension der Nachhaltigkeit in der Literatur und Praxis bislang noch wenig beleuchtet und ist deshalb nach wie vor mit Unsicherheiten behaftet.⁴⁰ Unbestritten ist, dass der Begriff der «sozialen Nachhaltigkeit» in erster Linie mit **Arbeitsschutzbestimmungen** in Verbindung gebracht wird, insbesondere mit den Arbeitsbedingungen derjenigen Menschen, die in der Produktion oder im Handel des Beschaffungsgegenstandes als Arbeiter*innen involviert sind. Hier müssen Firmen bzw. ihre Güter oder Dienstleistungen gewisse Mindeststandard erfüllen, um öffentliche Beschaffungsaufträge zu

³² Siehe dazu auch KOCH 2020b, S. 3 oder STEINER 2006, S. 78 ff.

³³ Botschaft BöB, 1884, ausführlich bereits STEINER 2006, S. 79 f.

³⁴ STEINER 2006, S. 78.

³⁵ BGE 129 I 313 7.1, GALLI/MOSER/LANG/STEINER 2013, Rz. 854.

³⁶ So erlaubt es Art- 29 BöB/IVÖB («Zuschlagskriterien») neu explizit, auf die Lebenszykluskosten, also die

³⁷ Siehe dazu im Detail HAUSER/PISKÓTY 2021, N. 38 ff.; KOCH, WTO-Law, S. 11 mit Referenz auf SCHNEIDER-HEUSI 2018, S.331 und STEINER 2013, S. 76 f.

³⁸ EU-Kommission, COM (2008) 400, S. 4. Eigene Übersetzung.

³⁹ Siehe generell z.B. KAUFMANN/WEBER 2015.

⁴⁰ So sagt z.B. CARANTA, 2022 auf S. 150 pointiert: «Social aspects (...) seem to have taken a backseat, as if they were the children of a lesser god».

erhalten. Dies ist in Art. 12 IVÖB gesetzlich verankert (siehe 3.2). Weiter ist klar, dass auch gesundheitliche Aspekte unter den Begriff der sozialen Nachhaltigkeit fallen: So dürfen öffentliche Beschaffungen einerseits die Gesundheit der in der Herstellung involvierten Arbeiter*innen und andererseits derjenigen Bevölkerungsgruppe, die den Beschaffungsgegenstand, die Dienstleistung oder das Bauwerk nutzen, nicht gefährden. Somit ist es folgerichtig, dass die Botschaft des Bundesrates explizit darauf hinweist, dass fair gehandelte Produkte («Fair-Trade-Produkte») bevorzugt behandelt werden dürfen.⁴¹ In den letzten Jahren hat sich vermehrt die Ansicht verfestigt, dass auch darüber hinausgehende Kriterien wie Diversität oder Gleichbehandlung der Geschlechter sowie der Nachteilsausgleich für Menschen mit Behinderung unter den Aspekt der «sozialen Nachhaltigkeit» fallen. Da im Rahmen des Auftrags vor allem Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit von Interesse sind (die Frage, wie Fair Trade Towns «fair» beschaffen können, bezieht sich auf die soziale Dimension), soll der Begriff und das Konzept der sozial nachhaltigen öffentlichen Beschaffung im Folgenden näher analysiert und differenziert diskutiert werden.

2.4.3 Rechtsgehalt und Umsetzung in der Praxis

Das neue Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 IVÖB wird zurecht als eine bedeutende Errungenschaft der Beschaffungsrechtsrevision und als Schritt in Richtung Nachhaltigkeit auf allen drei Dimensionen betrachtet. Es stellt klar, dass Nachhaltigkeitskriterien nicht mehr per se «vergabefremd» sind. Dies bezeugt Mit Art. 41 IVÖB, der die Zuschlagserteilung an «das vorteilhafteste Angebot» vorsieht und nicht mehr an «das wirtschaftlich günstigste Angebot» (so noch das alte Recht in Art. 21 aBÖB), läutet sie einen Kulturwandel im Beschaffungswesen ein.⁴² Dies zeugt insgesamt von einem Umdenken weg vom reinen Preiswettbewerb hin zu einem effektiven Qualitätswettbewerb.⁴³

Nichtsdestotrotz: Der Nachhaltigkeitszweck in Art. 2 IVÖB dient als Orientierungs- und Auslegungshilfe und ist nicht direkt «justizierbar».⁴⁴ In anderen Worten heisst das: Auch wenn Art. 2 IVÖB den nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel als obligatorisch erklärt, besteht kein konkreter Anspruch (der Steuerzahlenden oder der Anbieter) auf die Implementierung von Nachhaltigkeitskriterien in Ausschreibungen. Fehlen diese, ist es nicht möglich, dies vor Gericht einzuklagen.

In der Umsetzung beschränkt sich das Gesetz auf eine Reihe von fakultativen Nachhaltigkeitsinstrumenten (sog. «Kann-Bestimmungen»), deren Implementierung im freien Ermessen der Beschaffungsbehörden liegen.⁴⁵ Mit anderen Worten: Beschaffungsbehörden können Nachhaltigkeit freiwillig in ihren Ausschreibungen aufnehmen (bzw. bei den Anbietern auf dem Beschaffungsmarkt nachfragen). Das Nachhaltigkeitsziel kann also nur durch freiwillige Handlungen von Beschaffungsbehörden umgesetzt bzw. mit Leben gefüllt werden. Vor Gericht ist ein solches nachhaltigkeitsorientiertes Handeln nicht einklagbar. Vorstellbar ist aber, dass Beschaffungsbehörden, die die Nachhaltigkeit vernachlässigen bzw. nicht von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch machen, bei einem Beschaffungscontrollings erklärungspflichtig werden.⁴⁶

Um dem neuen Nachhaltigkeitsgebot gerecht zu werden, sollen sich Beschaffungsbehörden und Projektleitende bei jeder Beschaffung bereits in der Planungsphase Gedanken zu allen drei Dimensionen machen. Wichtig ist dabei in einem ersten Schritt die Überlegung, welche ökologischen und sozialen Kriterien bei der jeweiligen Beschaffung sinnvoll sind. Bei der Beschaffung von Laptops oder anderer IT-Hardware könnten dies z.B. Kriterien in Bezug auf die Energieeffizienz sein (ökologische Nachhaltigkeit) oder die Forderung von Zertifikaten in Bezug auf den Arbeitsschutz in den Produktionsstätten der Laptops (soziale Nachhaltigkeit). In einem zweiten Schritt ist die Überlegung anzustellen, wie wichtig diese Kriterien sind. Anhand dessen entscheidet sich, wie die Kriterien zu gewichten sind. Ökologische

⁴¹ Botschaft BöB, S. 1943.

⁴² *Ibid.*

⁴³ ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER 2023, S. 243.

⁴⁴ BVGer, Urteil B-5897/2022 vom 5. April 2023, E. 11.3. So auch TRÜEB, Artikel 2, Rz. 11.

⁴⁵ Obligatorisch sind einzig die in Art. 12 IVÖB enthaltenen «Teilnahmebedingungen», siehe dazu im Detail 3.2. Andere Bestimmungen wie Art. 29 IVÖB (Zuschlagskriterien) oder Art. 30 IVÖB (technische Spezifikationen) enthalten fakultativ die Möglichkeit, Nachhaltigkeitskriterien zu berücksichtigen.

⁴⁶ So besagt die Beschaffungsstrategie des Bundes, dass das Beschaffungscontrolling des Bundes dazu dient, die Ziele der Strategie zu überprüfen und umzusetzen, so auch die Nachhaltigkeit; siehe BBL, Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung 2021, S. 15. Siehe für das Monitoring der nachhaltigen Beschaffungen auf Bundesebene auf allen drei Dimensionen EFK 2023, Beschaffungscontrolling 2022, S. 51 ff.

oder soziale Kriterien werden hier zwischen 5% und 20% gewichtet oder unter dem Kriterium der «Qualität» zusammengefasst und manchmal sogar zwischen 40% und 60% gewichtet. Wird ihnen grosse Wichtigkeit bemessen, können sie auch als obligatorische Eignungskriterien oder technische Spezifikationen eingefordert werden. Wie Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit und den fairen Handel konkret in Ausschreibungen verankert werden können wird Kapitel 5.2 nochmals näher beleuchtet und in den Anhängen 2-4 anhand sektorspezifischen Beispielen veranschaulicht.

2.5 Zwischenfazit

Städte und Gemeinden unterstehen dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Sie sind **grundsätzlich ausschreibungspflichtig** und müssen Aufträge über einem Wert von i.d.R. 250'000 CHF auf simap.ch ausschreiben, damit alle Anbieter sich darauf bewerben können. Ab 150'000 CHF ist ein Einladungsverfahren durchzuführen. (Wichtig dabei ist zu beachten, dass sich das Auftragsvolumen nicht pro Jahr, sondern i.d.R. pro fünf Jahren berechnet.) Dem unterliegt erstens der Gedanke, dass nur ein transparenter und offener Wettbewerb gerecht ist und so den Markt nicht verfälscht. Zweitens soll ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erreicht werden, weil nur durch Transparenz und Wettbewerb Kosten-, Qualitäts- und Innovationsdruck entsteht und den Steuerzahlenden maximale Qualität garantiert.

Das neue Beschaffungsrecht verankert diesen **Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb** an verschiedenen Stellen: So bekennt sich Art. 2 IVöB klar zur Nachhaltigkeit auf allen drei Ebenen als Gesetzesziel. Art. 41 IVöB besagt neu, dass der Zuschlag an das «vorteilhafteste» Angebot zu ergehen habe (und nicht mehr wie im alten Gesetz an das «wirtschaftlich günstigste»). Dies zeugt von einem Umdenken weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb. Es zeigt, dass «Qualität» nach neuem Recht auch Nachhaltigkeitsaspekte umfasst. So kann ein Beschaffungsgegenstand nicht als qualitativ hochwertig eingestuft werden, wenn er umweltschädlich ist oder beispielsweise durch Kinderarbeit oder unter ausbeuterischen Arbeitsbedingungen hergestellt wurde.

Um das neue Nachhaltigkeitsziel in der Praxis umzusetzen, sollen Beschaffungsbehörden und Projekteleitende die Nachhaltigkeit in Ausschreibungen berücksichtigen: Sie sollen sich vor jeder Ausschreibung überlegen, welche **Kriterien der sozialen und/oder ökologischen Nachhaltigkeit an den Beschaffungsgegenstand** gestellt werden können. Bei Zuschlagskriterien hat zudem die Überlegung zu erfolgen, welche Gewichtung ihnen im Vergleich zum Preis zukommen soll. Mit diesen Überlegungen können Städte und Gemeinden dem Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 IVöB gerecht werden und die Vorbildfunktion des Staates ausüben.

3 Kerngehalt der sozial nachhaltigen Beschaffung

3.1 Begriffsdiskussion

3.1.1 Der Begriff der sozialen Nachhaltigkeit

Wie bereits im Kapitel 2.4.2 angedeutet, ist die soziale Dimension der Nachhaltigkeit in der Literatur und Praxis zum öffentlichen Beschaffungswesen bislang wenig beleuchtet worden.⁴⁷ Das Gesetz selbst enthält keine Definition, doch der Bundesrat äusserte sich in der Botschaft zum BöB wie folgt:

Der Bund nimmt bei seinem Konsumverhalten eine Vorbildfunktion ein, indem er bei seiner Beschaffungstätigkeit Produkte nachfragt und Bauwerke realisiert, die (...) gesundheitsverträglich sind und die sozial verantwortungsvoll produziert werden.»⁴⁸

⁴⁷ So sagt z.B. CARANTA, 2022 auf S. 150 pointiert: «Social aspects (...) seem to have taken a backseat, as if they were the children of a lesser god».

⁴⁸ Botschaft BöB, 1885.

Diese Aussage zeugt einerseits von einem klaren Bekenntnis zur Vorbildfunktion des Staates im öffentlichen Beschaffungswesen, andererseits nennt sie die Gesundheitsverträglichkeit und die «sozial verantwortungsvolle Produktion» als Kernelemente der sozial nachhaltigen Beschaffung.

Konkret zu Art. 2 IVÖB besagt die Botschaft Folgendes:

*Der «sozialen Nachhaltigkeit» wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass Aufträge in der Schweiz nur an Anbieterinnen vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über **Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten**. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, müssen mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden.*

Diese Äusserung des Bundesrats bezieht sich auf die konkreten Kernelemente der sozialen Nachhaltigkeit, namentlich i) «Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen» und ii) Lohngleichheit.

Die erste Kategorie, die Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen (im Folgenden Zusammengefasst **Arbeitsschutzbestimmungen** genannt), sind oft die erste Assoziation, die mit der sozialen Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen in Verbindung gebracht wird. Dabei ist zwischen zwei Szenarien zu unterscheiden:

- Wenn die Beschaffungsleistung *in der Schweiz* erbracht wird, wie dies typischerweise bei Dienstleistungen und Bauten der Fall ist, betrifft das die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen der Schweiz (siehe auch Art. 12 Abs. 1 IVÖB)
- Viele der Produkte, die Städte und Gemeinden öffentlich beschaffen, werden aber *aus dem Ausland importiert*. In diesem Fall kann nicht verlangt werden, dass die Arbeiter*innen in den Produktionsländern – oft Entwicklungsländern oder Least Developed Countries (LDC), die Arbeitsschutzbestimmungen der Schweiz einhalten. Allerdings ist es nichtsdestotrotz wichtig, dass bestimmte Mindeststandards in der Produktion und im Anbau der importierten Produkte eingehalten werden müssen. Deshalb bezieht sich das IVÖB in Art. 12 Abs. 2 auf die Kernübereinkommen der International Labor Organization (ILO), die im Sinne eines Mindeststandards zwingend eingehalten werden müssen. Mit anderen Worten: Wenn ein Anbieter gegen eine der 8 ILO-Kernübereinkommen verstösst, sei es, weil er (oder seine Sublieferanten) Minderjährige oder Zwangsarbeiter*innen beschäftigt, kann er keine öffentlichen Aufträge erhalten. Dies ist der Kerngehalt der sozialen Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen. Dabei ist die Einhaltung dieses Mindeststandards in der Praxis oft sehr schwierig zu gewährleisten, wie im Kapitel 5 weiter ausgeführt werden wird.

3.1.2 Zusammenhang mit den Zielen des fairen Handels

Somit zeigt sich, dass die soziale Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen eng verknüpft ist mit den Zielen des fairen Handels. Diese werden von der UNO und von der aus zahlreichen zivilen und öffentlichen Akteuren sowie aus Non-Profit-Organisationen bestehenden fairen Handel Bewegung verfolgt.⁴⁹ Diese streben nach mehr Transparenz, wollen exzessive Arbeitszeiten sowie Zwangarbeit verhindern und setzen sich für eine sichere sowie formelle Arbeitsbeziehung mit fairen Löhnen ohne Zwangarbeit oder sexuelle Belästigung ein. Dabei ist das erklärte Ziel, den internationalen Handel «fair» zu gestalten, also auf Produktions- und Handelsweisen zu setzen, die durch Transparenz und gerechte Entlohnung dafür sorgen, dass die in der Produktion und im Handel involvierten Arbeiter*innen unter menschenwürdigen Bedingungen leben und arbeiten können. Gleichzeitig bewirkt der Faire Handel, dass durch direktere und transparentere Produktionswege ein grösserer Anteil der Margen an die Produzent*innen geht, was zur Ermächtigung von Kleinproduzent*innen führt und die Lebensstandards in Entwicklungsländern anheben soll. Dies ermöglicht es den Kleinproduzent*innen vor Ort, auf gesundheitsschädliche Chemikalien zu verzichten, was wiederum einen umweltschützenden Effekt hat. Somit nutzt der faire Handel den Welthandel als Hebel, um die Arbeitsbedingungen und

⁴⁹ Siehe International Fair Trade Charta, S. 4 oder für den Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens ANDHOV/KANIA/MIKULIC, S.89 mit Referenzen.

Lebensstandards von Arbeiterinnen und Produzentinnen in Entwicklungsländern zu verbessern, anstatt sie – wie es im Zuge der Globalisierung oft geschieht – zu verschlechtern.

Die Botschaft zum BöB nimmt denn auch explizit auf Fair Trade Bezug. In den Erläuterungen zu Art. 29 BöB sagt sie:

«Die Dimension Soziales ermöglicht es beispielsweise, Fair-Trade-Produkte zu beschaffen, die Beschäftigung von Personen mit einer gesundheitlichen Einschränkung oder die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen mitzuberücksichtigen oder Vorgaben hinsichtlich Arbeitssicherheit aufzustellen.»⁵⁰

Dies verdeutlicht, dass «fair gehandelte» Produktion unmissverständlich zur «sozialen Nachhaltigkeit» gezählt wird und auch im Rahmen der Zuschlagskriterien breit eingefordert werden kann (dazu mehr weiter unten in Kapitel 4.2.1.3). Das vorliegende Gutachten wird den Fokus im Folgenden auf diejenigen sozialen Aspekte legen, die mit dem fairen Handel in Zusammenhang stehen und deshalb für Fair Trade Towns in der Schweiz von besonderem Interesse sind.

3.1.3 Weitere Elemente der sozialen Nachhaltigkeit

Den Beschaffungsstellen steht es frei, über Art. 12 IVöB hinausgehende Kriterien anzuwenden, um das Ziel der sozialen Nachhaltigkeit in der Praxis umzusetzen; sei es in Form von weitergehenden obligatorischen Teilnahmebedingungen, von Kriterien in Bezug auf die Eignung (oder technischen Spezifikationen) oder freiwilligen Zuschlagskriterien. Thematisch ist der Kreis von Themenfeldern breit, aus dem sich in Vergabeverfahren zu berücksichtigende soziale Aspekte generieren lassen. Gemäss ZIEKOW ist dieser «weder definitorisch noch durch eine Aufzählung abschließend zu erfassen». Unter die sozialen Aspekte im Beschaffungswesen würden alle Kriterien fallen, «die die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen sichern oder verbessern sollen». ⁵¹

Beispielsweise können die Beschaffungsbehörden folgende soziale Kriterien berücksichtigen: Die Förderung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, die Eingliederung Behindter in das Arbeitsleben, die Förderung der Ausbildung von Lehrlingen, die Zahlung von Tarif- oder Mindestlöhnen, die Einhaltung bestimmter über das Minimum hinausgehender Arbeitsschutzstandards, Geschlechtergleichheit generell, die Verbesserung der Beschäftigungs- und Aufstiegschancen von Frauen im spezifischen oder auch familienfreundliche Unternehmenskonzepte. ⁵²

3.1.4 Exkurs: Soziale Nachhaltigkeit und Tierwohl

Soziale Nachhaltigkeit wird im aktuellen Diskurs häufig ausschliesslich als die gerechte Gestaltung der Arbeits- und Lebensbedingungen der Menschen verstanden. Diese Definition greift jedoch zu kurz. Viele nicht-menschliche Tiere⁵³ erfüllen die gleichen physiologischen und psychologischen Voraussetzungen für Empfindungsfähigkeit, Intentionalität und Interessenorientierung wie Menschen. Die Globalisierung hat den Handel und die kommerzielle Nutzung nicht-menschlicher Tiere ausgeweitet und intensiviert, sodass mehr nicht-menschliche Tiere als je zuvor direkt oder indirekt von menschlichen kooperativen Systemen betroffen sind – und vor allem darunter leiden. Diese Systeme, die vorwiegend auf menschlichen Interessen und wirtschaftlichen Zielen basieren, vernachlässigen die Interessen von nicht-menschlichen Tieren oft: Zahlreiche Tiere werden als Produkte gehandelt (z.B. ihr Fleisch als

⁵⁰ Botschaft BöB, 1943.

⁵¹ ZIEKOW, so auch SEMPLE 2017, S. 1.

⁵² Im Detail zu Fragen der Geschlechtergleichheit im Beschaffungswesen siehe EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE).

⁵³ In der akademischen Debatte wird der Begriff «nicht-menschliche Tiere» verwendet, um eine Unterscheidung zwischen Menschen und anderen Tieren zu treffen, ohne dabei implizit den Menschen von der Kategorie «Tiere» auszuschliessen. Aus biologischer Sicht sind Menschen Teil des Tierreichs. Der Begriff «nicht-menschliche Tiere» betont diese Zugehörigkeit und stellt klar, dass der Mensch selbst ein Tier ist, während andere Arten als «nicht-menschlich» bezeichnet werden. Somit vermeidet der Begriff eine künstliche Trennung, die nahelegt, dass Menschen keine Tiere seien.

Nahrungsmittel und ihre Haut, Federn oder Fell als Textilien), als Arbeitskräfte eingesetzt und ihre Lebensräume durch Umweltzerstörung und -verschmutzung beeinträchtigt.

Um dem Tierleid entgegenzuwirken, sollten Lebensräume und Wirtschaftssektoren nicht nur für Menschen, sondern auch für nicht-menschliche Tiere sozial nachhaltiger gestaltet werden. In diesem Sinne sollte auch der Begriff der sozialen Nachhaltigkeit auf andere Wesen ausgeweitet werden. Solche Versuche wurden bereits für den allgemeinen Begriff der Nachhaltigkeit unternommen und die Nachhaltigkeit als «the possibility that humans and other life will flourish on the earth forever»⁵⁴ definiert. Diese umfassendere Definition zielt auf ein nachhaltiges Zusammenleben verschiedener Spezies ab, das auch zukünftigen Generationen von Menschen und nicht-menschlichen Tieren ein Zusammenleben ermöglicht.

3.2 Obligatorische Teilnahmebedingungen: Zwei Ambitionslevel

Die vorhergehenden Ausführungen zeigen, dass die soziale Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen auf vielen Ebenen implementiert werden kann. Das Gesetz verfolgt hier einen mehrschichtigen Ansatz, der eine obligatorische Komponente mit viel Ermessensspielraum kombiniert:

Als **Mindestanforderung** (Ambitionslevel 1) an jede öffentliche Beschaffung, unabhängig vom Beschaffungsgegenstand, sieht Art. 12 IVöB die Pflicht vor, dass alle Anbieter die **obligatorischen Teilnahmebedingungen** erfüllen. Diese beziehen sich, wie oben angedeutet, für in der Schweiz erbrachte Leistungen auf die Schweizer Gesetze, die in Art. 12 Abs. 1 IVöB aufgeführt sind. Für im Ausland erbrachte Leistungen sind das die ILO-Kernübereinkommen wie in Art. 12 Abs 2 IVöB aufgeführt. Die Beschaffungsbehörden sind verpflichtet, die Einhaltung dieser Mindestanforderungen bei Ausschreibungen einzufordern und können entsprechende Nachweise verlangen. Wichtig ist, dass sich die Pflicht der Einhaltung nicht nur auf Hauptlieferantinnen erstreckt, sondern gem. Art. 12 Abs. 4 IVöB auch Sublieferantinnen umfasst.

Die Projektleitenden und Beschaffungsbehörden müssen sich im Rahmen der obligatorischen Teilnahmebedingungen für im Ausland erbrachte Leistungen aber keineswegs auf die Erforderung der ILO-Kernübereinkommen beschränken. Sie können die Einhaltung **darüber hinausgehender «wesentlicher internationale Standards»** als obligatorische Teilnahmebedingungen fordern (Art. 12 Abs. 2, letzter Satz). Dies ist Ambitionslevel 2.

Ebenfalls steht es den Beschaffungsbehörden frei, obligatorische oder freiwillige soziale Kriterien in Form von Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder technischen Spezifikationen einzufordern. Dies wird es in Kapitel 5 im Detail beleuchtet. In diesem Kapitel werden im Folgenden die Obligatorischen Teilnahmebedingungen i.S. von Art. 12 IVöB genauer unter die Lupe genommen.

3.2.1 Level 1: ILO-Kernübereinkommen als Mindeststandards

Art. 12 IVöB regelt die obligatorischen Teilnahmebedingungen. Obligatorische Teilnahmebedingungen sind allgemeine vergaberechtliche Grundvoraussetzungen, die Anbieter erfüllen müssen, um am Beschaffungsverfahren teilnehmen zu dürfen.⁵⁵ Anbieter, welche diese als Mindestnormen konzipierten Teilnahmebedingungen nicht erfüllen, kommen für den Zuschlag nicht in Frage – unabhängig von dem zu beschaffenden Produkt oder der Dienstleistung.⁵⁶ Im Gegensatz zu den Eignungskriterien beziehen sich die Teilnahmebedingungen daher nicht auf fachliche Fähigkeiten oder Qualifikationen, sondern auf die allgemeine Befähigung des Anbieters zur Teilnahme am Wettbewerb.⁵⁷

Artikel 12 IVöB legt also die generellen Voraussetzungen fest, die Anbieter im Hinblick auf soziale und ökologische Aspekte erfüllen müssen. Dabei wird, wie bereits oben angetont (3.1), zwischen

⁵⁴ EHRENFELD JOHN R., & HOFFMAN ANDREW J., Flourishing - A Frank conversation about sustainability, Sheffield, 2013, S. 7.

⁵⁵ Handkommentar BöB-KUNZ-NOTTER 2020, Art. 12, Rz. 2.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, so schon für das alte Recht das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 5.1.5.1 f und unter neuem Recht mit Urteil B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 11.8.

Mindestanforderungen an Anbieter mit Leistungsort in der Schweiz (Abs. 1) und solchen mit Leistungsort im Ausland (Abs. 2) unterschieden:

- Wird die Leistung in der Schweiz erbracht, sind Anbieter verpflichtet, die am Ort der Leistungserbringung massgebenden Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Arbeitsbedingungen einzuhalten. Dazu gehören beispielsweise die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit sowie die Einhaltung der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann.
- Für ausländische Anbieter sind mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labor Organization) verbindlich (Art. 12 Abs. 2 IVÖB), die in Anhang 3 des IVÖB aufgelistet sind. Diese fordern unter anderem die Beseitigung von Zwangs- und Kinderarbeit sowie den Schutz des Vereinigungsrechtes.

Die ILO-Übereinkommen sind internationale Verträge, die grundlegende Prinzipien und Rechte im Bereich der Arbeit festhalten. Mit der Ratifizierung von ILO-Übereinkommen verpflichtet sich ein Staat, geeignete rechtliche und praktische Schritte zu ergreifen und regelmässig über die Fortschritte bei der Umsetzung zu berichten.⁵⁸

Die Schweiz hat 62 Arbeitsübereinkommen der ILO ratifiziert, darunter die folgenden acht Kernübereinkommen (inzwischen gibt es 10 ILO-Kernübereinkommen, wobei noch unklar ist, wie die zwei neuen Abkommen Eingang ins Gesetzes- oder Verordnungsrecht finden):⁵⁹

Übersicht der acht ILO-Kernübereinkommen
Vereinigungsfreiheit und effektive Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen:
1. Fundamentales Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrecht
2. Fundamentales Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen
Abschaffung gewisser Formen der Zwangs- oder Pflichtarbeit:
3. Fundamentales Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- und Pflichtarbeit
4. Fundamentales Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit
Beseitigung von Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf:
5. Fundamentales Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit
6. Fundamentales Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf
Abschaffung der Kinderarbeit:
7. Fundamentales Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung
8. Fundamentales Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit ⁶⁰

Insofern ist der Kerngehalt der sozial nachhaltigen Beschaffung deckungsgleich mit dem Kerngehalt der Fair Trade Ziele: Die ILO-Kernübereinkommen dienen dazu, grundlegende Arbeitsrechte zu schützen und bessere Arbeitsbedingungen zu fördern. Somit stellt das Beschaffungswesen, konkret Art. 12 Abs. 1 IVÖB, einen wichtigen Hebel dar, die Ziele des fairen Handels umzusetzen.

⁵⁸ International Labour Organization o.D.

⁵⁹ SECO o.D., International Labour Organization 2024.

⁶⁰ SECO 2015.

Wenn eine Leistung im Ausland erbracht wird, müssen die Einhaltung der 8 ILO-Kernübereinkommen zwingend eingehalten werden. Den Beschaffungsbehörden steht es nicht frei, von der Einhaltung abzusehen. Dies wäre ein Verstoss gegen das öffentliche Beschaffungsrecht.

Mit dieser Einforderungspflicht geht die Frage einher, wie die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen kontrolliert werden kann. Diese zentrale Frage wird in Kapitel 3.2.3 eingehend behandelt.

3.2.2 Level 2: «Weitere wesentliche internationale Arbeitsstandards»

Abgesehen von den obligatorischen Teilnahmebedingungen in Bezug auf die ILO-Kernübereinkommen, gibt Art. 12 Abs. 2 IVöB im letzten Satz den Beschaffungsstellen die Möglichkeit, zusätzliche obligatorische Teilnahmebedingungen vorzusehen:

«Der Auftraggeber kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationale Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.»

Dies gibt den Beschaffungsbehörden ein neues, explizites Ermessen weitere «wesentliche internationale Arbeitsstandards» bei den obligatorischen Teilnahmebedingungen einzufordern. Mit anderen Worten: Während Beschaffungsbehörden *verpflichtet* sind, die ILO-Kernübereinkommen im Rahmen der obligatorischen Teilnahmebedingungen einzufordern (Level 1), sind sie zusätzlich dazu *ermächtigt*, auf freiwilliger Basis weitere obligatorische Teilnahmebedingungen vorzusehen, solange diese als «wesentliche internationale Arbeitsstandards» gelten (Level 2).

Welche internationalen Arbeitsstandards als «wesentlich» betrachtet werden können, ist weitgehend ungeklärt und deshalb mit Rechtsunsicherheit behaftet. Klar ist, dass die 62 ILO-Übereinkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, im Rahmen der Level 2 Teilnahmebedingungen berücksichtigt werden dürfen. Diese betreffen grundlegende Arbeitsschutzbestimmungen wie die Arbeitsinspektion, die Verhinderung von Nachtarbeit bei Minderjährigen oder Mindestlöhne.⁶¹ Beschaffungsbehörden können also ohne Bedenken die Einhaltung eines oder mehrerer dieser 62 ILO-Übereinkommen als obligatorische Teilnahmebedingungen festlegen.

Doch inwiefern können Beschaffungsbehörden auch diejenigen ILO-Übereinkommen im Rahmen der «Level 2 Teilnahmebedingungen» einfordern, welche die Schweiz nicht ratifiziert hat? Auf Bundesebene legt die Verordnung zum BöB hier klare Grenzen fest. So statuiert Art. 4 VöB, dass nur diejenigen ILO-Übereinkommen als obligatorische Teilnahmebedingungen eingefordert werden können, welche die Schweiz ratifiziert hat.⁶²

Diesbezogen stellt sich die Frage, ob es legitim ist, eine so einschneidende Beschränkung des Gesetzestextes (Art. 12 Abs.2 letzter Satz bezieht auf «wesentliche internationale Arbeitsstandards» und nicht «von der Schweiz ratifizierte Arbeitsstandards») auf Verordnungsebene einzuführen. So wird das Gesetz «durch die Hintertür» eingeschränkt, was in Hinblick auf das Legalitätsprinzip – und die Relevanz der Menschenrechte – höchst problematisch ist. Dies umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Schweiz wichtige Übereinkommen, wie beispielsweise das Übereinkommen 190 über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung am Arbeitsplatz, nicht ratifiziert hat.

Art. 4 VöB gilt juristisch gesehen nur für die Auftraggeberinnen des Bundes (diese sind in Art. 4 BöB aufgelistet). Kantonale oder kommunale Beschaffungsbehörden sind somit grundsätzlich frei, die wesentlichen internationalen Arbeitsstandards selbst zu bestimmen (vorausgesetzt das kantonale Gesetz kennt keine analoge Bestimmung zu Art. 4 VöB). Somit können sie auch diejenigen ILO-

⁶¹ Siehe zum Beispiel Übereinkommen 81 über die Arbeitsaufsicht in Gewerbe und Handel oder Übereinkommen, oder Übereinkommen 6 über die Nachtarbeit der Jugendlichen im Gewerbe sowie Übereinkommen 26 über die Einrichtung von Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen. Die ganze Liste der von der Schweiz ratifizierten ILO-Übereinkommen kann auf der Webseite der ILO eingesehen werden:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102861

⁶² Der Wortlaut von Art. 4 VöB lautet: «Als wesentliche internationale Arbeitsstandards kann die Auftraggeberin neben den Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gemäss Anhang 6 BöB die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der ILO verlangen, soweit die Schweiz sie ratifiziert hat.»

Übereinkommen als obligatorische Teilnahmebedingungen einfordern, welche die Schweiz nicht ratifiziert hat – vorausgesetzt diese sind im jeweiligen Bereich als «wesentliche internationale Arbeitsstandards» i.S. des Wortlauts von Art 12 IVöB zu qualifizieren.⁶³ Dabei sind sie mit der Rechtsunsicherheit konfrontiert, dass kein Gericht bisher entschieden hat, welche internationalen Arbeitsstandards als «wesentlich» zu betrachten sind. Gemäss Marc Steiner ist es entscheidend, dass die entsprechenden Standards erstens auch in der nationalen Gesetzgebung der Schweiz verankert sind und geprüft werden (in der politischen Debatte «Observanz» genannt) und zweitens in Bezug auf die relevanten Produkte in der globalen Lieferkette üblich sind (in der politischen Debatte «Lieferketten-Usanz» genannt).⁶⁴

Grundsätzlich kann eine Einforderung von weiteren ILO-Übereinkommen (unabhängig vom Ratifizierungsstatus durch die Schweiz) dann angebracht sein, wenn das entsprechende Übereinkommen für die Beschaffungen als wesentlich betrachtet wird. Ein Beispiel ist das ILO-Übereinkommen 190 über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, das bei der Beschaffung in vielen Produktkategorien grosse Relevanz entfaltet. Dies, weil vor allem geschlechterspezifische Gewalt am Arbeitsplatz nach wie vor präsent ist (siehe zum Beispiel in der Einleitung zum Anhang 3, sozial nachhaltige Beschaffung von Textilien). Mit der Forderung dieses Übereinkommens als Level 2 Teilnahmebedingung können Beschaffungsstellen den Schutzstandard erhöhen und ein wichtiges Zeichen an den Markt setzen.⁶⁵

3.2.3 Kontrolle bzw. Nachweise der obligatorischen Teilnahmebedingungen

Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass der Anbieter obligatorische Teilnahmebedingungen (Level 1 oder Level 2) nicht einhält, bietet das revidierte Gesetz eine Grundlage, um den Anbieter vom Wettbewerb auszuschliessen (Art. 12 IVöB, siehe auch «Ausschlussgründe» 5.2.4).

Es ist wichtig zu beachten, dass sich die Einhaltung der obligatorischen Teilnahmebedingungen nicht nur für direkte Lieferanten gilt: Art. 12 Abs. 3 regelt die Bestimmungen für Subunternehmer. Darunter sind Unternehmen zu verstehen, die einen «relevanten» Anteil an der Ausführung des Auftrages oder der Dienstleistung haben.⁶⁶ Die Möglichkeit, auch Subunternehmer zu überprüfen, ist von besonderer Bedeutung, da die Produktion und Herstellung bestimmter Produkte (z.B. im IKT- oder Textilbereich) in besonderem Masse von Subunternehmern getragen wird (siehe sogleich, 3.3).

Art. 12 Abs. 5 regelt die Kontrolle der Teilnahmevervoraussetzungen. Darin wird geregelt, dass der Auftraggeber die Anforderungen gemäss Abs. 1 bis 3 überprüfen kann. Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten vor, wie öffentliche Auftraggeber Nachhaltigkeitsnachweise einfordern können. Die gängigste Methode ist die «Selbstdeklaration», bei der der Anbieter auf Verlangen der Beschaffungsstelle ein Formular ausfüllt und bestätigt, dass die Vergabevoraussetzungen nach Art. 12 erfüllt sind. Unterzeichnet der Anbieter die Selbstdeklaration, obwohl die Anforderungen nicht erfüllt sind, können Sanktionen bis zum Ausschluss vom Vergabeverfahren oder zum Widerruf des Zuschlags verhängt werden (Art. 44 Abs. 2 Bst. f IVöB).

⁶³ Eine dynamische Übersicht dazu findet sich auf der Webseite der ILO:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102861 O.

⁶⁴ So auch das Votum von Nationalrat Stefan Engeler in der Debatte des Ständerats vom 26 September 2022 zur Motion 22.3020: «Dabei kommt es, entgegen der Auffassung des Bundesrates, nicht darauf an, ob die entsprechenden Standards aus ILO-Abkommen stammen, die auch in der Schweiz ratifiziert sind. Entscheidend ist vielmehr, dass die infrage stehenden Standards sowohl im schweizerischen nationalen Recht verankert sind als auch in der Branche üblicherweise verlangt werden.» Die Autorinnen danken Herrn Marc Steiner für den Hinweis auf die beiden Kriterien «Observanz» und «Lieferketten-Usanz», den Hinweis zur parlamentarischen Debatte sowie für die vielen angeregten Diskussionen rund um dieses Thema.

⁶⁵ Der Schutz der körperlichen Integrität ist in der Schweiz ein verfassungsmässiges Grundrecht, das auch entlang der Lieferkette in den Ursprungsländern grundsätzlich anerkannt ist. Es scheint deshalb nicht übermäßig markteinschränkend, eine solche Praxis auch von den ausländischen Lieferanten zu fordern.

⁶⁶ Handkommentar BöB-KUNZ-NOTTER 2020, Art. 12, Rz. 17., so schon für das alte Recht das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 5.1.5.1 f.

Es besteht auch die Möglichkeit, soziale Anforderungen über die Selbstdeklaration hinaus durch anerkannte Zertifizierungssysteme (z.B. Labels, Zertifikate, Standards etc.) zu überprüfen. Dies kann in Form von obligatorischen Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder teilweise gar durch technische Spezifikationen erfolgen (siehe dazu ausführlich 5.2 und 5.4.2). Wichtig ist auch, dass eine solche Anforderung nach Zuschlagserteilung im Beschaffungsvertrag verankert und so vertraglich durchgesetzt werden kann (siehe dazu 5.3).⁶⁷ Eine weitergehende, sprich über die Selbstdeklaration hinausgehende Überprüfung ist insbesondere dann sinnvoll, wenn ein erhöhtes Risiko besteht, dass in der Lieferkette gegen ILO-Übereinkommen verstossen wird oder wenn der Verdacht besteht, dass der Lieferant in der Selbstdeklaration falsche Angaben macht (siehe 5.4.1).⁶⁸

3.3 Lange Lieferketten

Die Globalisierung hat die Produktion weltweit diversifiziert und die Lieferketten von Produkten komplexer, ausgelagerter und undurchsichtiger gemacht. Dieser Trend wurde mit der Digitalisierung weiter verstärkt und hat auch im Dienstleistungssektor Einzug gehalten – so werden vor allem IT-Dienstleistungen vermehrt auch online von ausländischen «Service-Providern» erbracht. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, dass sich Beschaffungsverantwortliche der Risiken entlang der ganzen Lieferkette, also bereits bei der Rohstoffgewinnung ganz am Anfang, bewusst werden. Diese Risiken sollen erstens durch ein entsprechendes Ausschreibungsdesign in der Ausschreibung reflektiert werden (siehe Kapitel zu der Ausschreibung, 5.2). Zweitens soll der Hauptlieferant je nach Risiko entlang der Lieferkette die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen nachweisen und vertraglich zur Haftung verpflichtet werden (siehe Kapitel zu den Nachweisen, 5.4).

Die Sensibilisierung für potenzielle soziale Risiken in der Lieferkette stellt einen wesentlichen Aspekt im Rahmen einer sozial nachhaltigen Beschaffung dar, da in bestimmten Regionen oder Branchen ein signifikant erhöhtes Risiko für die Verletzung von Arbeits- und Menschenrechten besteht. Die Gründe dafür können von Region zu Region unterschiedlich sein. Zum einen gibt es unterschiedliche lokale Regelungen wie Arbeitsschutzgesetze. Zum anderen sind strukturelle Entwicklungen im internationalen Handel für soziale Missstände verantwortlich: In einigen Ländern oder Branchen zeichnet sich ein *race to the bottom* ab.⁶⁹ Um die Produktionskosten zu senken, lagern Markenfirmen die Herstellung ihrer Produkte in Niedriglohnländer (meist des globalen Südens) aus, in denen niedrigere Sozial- und Umweltstandards gelten. In sozialer Hinsicht handelt es sich dabei meist um laxe Arbeitsschutzgesetze oder um die unzureichende Ahndung von Gesetzesverstößen.⁷⁰ Die Fabriken und Unternehmen in Niedriglohnländern sind wiederum häufig auf standardisierte und ausführende Arbeitsprozesse spezialisiert (z.B. Montage von Komponenten für technische Geräte oder Nähen von Kleidung). Da diese Unternehmen selbst kein Know-how in der Konzeption, Gestaltung oder Vermarktung von Produkten haben (z.B. keine Designerfahrung), sind sie für Markenunternehmen leicht ersetzbar. Um im Preiswettbewerb mithalten zu können, werden daher häufig soziale Standards wie Löhne gesenkt oder Umweltstandards weiter vernachlässigt.⁷¹

Diese Problematik lässt sich besonders gut an den Lieferketten der Textil- und der IKT-Branche veranschaulichen. Beide Sektoren haben stark globalisierte Lieferketten, in die eine Vielzahl von

⁶⁷ Die Lohngleichheit zwischen Frau und Mann kann beispielsweise über die Selbstdeklaration hinaus durch Dritte überprüft werden. In der Schweiz kann dies z.B. durch das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung zwischen Frau und Mann (EBG) auf Bundesebene oder durch die kantonalen Gleichstellungsbüros auf kantonaler Ebene sowie durch das Instrument LOGIB geschehen, Siehe Webseite des Eidgenössischen Büros für Gleichstellung (EGB): <https://www.ebg.admin.ch/de/lohnungleichheit-analysieren-mit-logib>. Im Ausland ist einer Überprüfung durch anerkannte Kontrollstellen möglich.

⁶⁸ Botschaft BöB, S. 1940.

⁶⁹ Auf Deutsch auch «Unterbietungswettlauf», siehe z.B. in Bezug auf die ökologische Nachhaltigkeit KOCH, 2020a, S. 39 mit Referenz auf KAUFMANN/WEBER, 2011.

⁷⁰ BRAUN/DIETSCH 2008, S.5f., so auch CHAN 2003 und KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019, S. 5.

⁷¹ BRAUN/DIETSCH 2008, S.5f.

Händlern und Subunternehmern eingebunden sind. Grob umfassen Lieferketten folgende drei Etappen:⁷²

1. Ausgangspunkt der Wertschöpfungsketten ist die **Gewinnung von Rohmaterialien**. Vor allem im IKT-Bereich ist die Rohstoffgewinnung mit humanitären Problemen verbunden. Kämpfe um rohstoffreiche Gebiete in der Demokratischen Republik (DR) Congo sind Ursache für Zwangsumsiedlungen und anhaltende Kriege, denen auch die Zivilbevölkerung zum Opfer fällt. Die Förderung sogenannter Konfliktmineralien wie Zinn, Tantal, Wolfram und Gold (3TG), Kobalt und Coltan geht in der Regel mit Menschenrechtsverletzungen einher – besonders ausgeprägt sind Zwangs- und Kinderarbeit.⁷³
2. Ein zweiter Schritt umfasst die **Verarbeitung und Vorproduktion**. Gewonnene Mineralien werden zu Materialien für die weitere Herstellung der Produkte verarbeitet (im IKT-Bereich z.B. die Schmelzung von Materialien, im Textilbereich die Verarbeitung von Baumwollfasern zu Ballen). Anschliessend werden die verarbeiteten Materialien an Fabriken zur Herstellung von Unterkomponenten.⁷⁴
3. Die **Endfertigung** umfasst den letzten Schritt im Herstellungsprozess, bei dem die Rohstoffe oder Einzelteile zu einem fertigen Produkt zusammengefügt werden. Auch die Endfertigung findet zum Grossteil in Niedriglohnländern des globalen Südens statt.⁷⁵

Ein Problem, das sich aus der starken Verflechtung der Lieferketten ergibt, ist die schwierige Nachverfolgbarkeit der einzelnen Produktionsritte. Viele Markenunternehmen, die als direkte Zulieferer für Konsument*innen und den öffentlichen Sektor auftreten, lagern einen Grossteil ihrer Produktionskette aus. Sie besitzen keine eigenen Fabriken mehr, sondern beauftragen externe Unternehmen mit dem Einkauf von Rohstoffen und der Organisation der ganzen Produktionsprozesse.⁷⁶ Im IKT-Bereich gibt es zum Beispiel sogenannte «Kontraktfertiger», d.h. multinationale Konzerne, die sich auf die Beschaffung von Materialien und die Koordination komplexer Arbeitsprozesse spezialisiert haben. Die Tatsache, dass Kontraktfertiger als Sublieferanten fast alle Produktions- und Arbeitsflüsse von der Rohstoffgewinnung bis zur Montage und Verpackung kontrollieren und dabei eine Vielzahl von Sub-Sub-Lieferanten einbeziehen, erschwert die Rückverfolgbarkeit einzelner Produktkomponenten.⁷⁷

Der Bund ist sich dieser Problematik bewusst. Gemäss den *Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes* sind sogenannte «wichtige Dritte», also diejenigen Sublieferanten, die einen erheblichen Bestandteil des Produkts herstellen/ eine erhebliche Teilleistung erbringen in den Beschaffungsprozess miteinzubeziehen.⁷⁸ Beschaffer*innen sind dazu angehalten, nicht nur den direkten Lieferanten zu überprüfen, sondern auch die relevanten Sublieferanten. Konkret bedeutet dies, dass der Hauptlieferant die Verantwortung für Dritte übernehmen muss, die eine wichtige Rolle bei der Vertragserfüllung spielen. Der Lieferant muss somit seine Lieferkette kennen und sicherstellen, dass auch die wichtigen Sublieferanten die Teilnahmevoraussetzungen erfüllen.⁷⁹

3.1 Zwischenfazit

Der Kern der sozialen Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen ist die Einhaltung von Mindeststandards in Bezug auf **menschenwürdige und «faire» Arbeitsbedingungen im Produktionsland**. Somit verfolgt das neue Nachhaltigkeitsziel im Beschaffungsrecht dieselben Ziele wie die Fair Trade Bewegung.

⁷² Je nach Produktekategorie können sich diese Etappen auch unterscheiden. Im IT-Bereich unterscheidet man zwischen mehr Verarbeitungsschritten als zum Beispiel bei Textilien der Fall ist.

⁷³ OSBURG 2015, S. 209f, BARUME/NAEHER/RUPPEN/SCHÜTTE 2016, S. 9ff.

⁷⁴ VERBRUGGE 2020, S. 4.

⁷⁵ Siehe MERK 2021, S. 67 für den IKT-Bereich und KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019 für den Textilbereich.

⁷⁶ Siehe z.B. PETER 2022, S. 6; PUN/SHEN/Guo/ HUILIN/CHAN/ SELDEN 2016, S. 168f.

⁷⁷ MERK 2021, S. 43ff.

⁷⁸ BESCHAFFUNGSKONFERENZ DES BUNDES BKB 2021, S. 12-13.

⁷⁹ *Ibid.*, S. 12.

Um diese Mindestanforderungen zu erreichen, sieht das Schweizer Beschaffungsrecht in Art. 12 Abs. 2 IVöB vor, dass die acht ILO-Kernübereinkommen als sogenannte «obligatorische Teilnahmebedingungen» zwingend einzuhalten sind (Level 1).⁸⁰ Zudem steht es den Beschaffungsbehörden frei, die **Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards** einzufordern, und die als obligatorische Teilnahmebedingungen zu definieren (im Rahmen dieses Gutachtens nennen wir diese Kategorie «**Level 2»-Teilnahmebedingungen**». Die Frage, *was* genau als «wesentliche internationalen Arbeitsstandards» gewählt werden kann, ist noch nicht abschliessend geklärt und ist im Einzelfall beschaffungsspezifisch zu betrachten: Während für die Bundesbehörden die Einschränkungen gem. Art. 4 VöB gelten, sind Behörden in Kantonen, Städten und Gemeinden freier. Sie können auch darüber hinausgehende ILO-Übereinkommen als einschlägige Level-2 Teilnahmebedingungen bestimmen, solange ihre kantonalen Gesetze keine Einschränkungen kennen.

Um den Kerngehalt der sozialen Nachhaltigkeit wahrnehmen zu können, ist es wichtig, dass die Beschaffungsbehörden die Einhaltung der acht ILO-Kernübereinkommen in der Ausschreibung aufnehmen. Da es sich dabei nur um einen minimalen Schutzstandard handelt, **wird zudem empfohlen, weitere ILO-Übereinkommen als Level-2 Teilnahmebedingungen zu definieren** und in Ausschreibungen einzufordern.

Weiter ist die soziale Nachhaltigkeit ein breiter Begriff, der neben dem Kerngehalt der Arbeitsbedingungen auch weitere gesellschaftliche Aspekte des fairen Handels oder auch der Diversität oder Inklusion beinhaltet. Auf einzelne dieser Aspekte wird in Kapitel 5.2 weiter eingegangen.

4 Kontext im internationalen Recht

Das GPA der WTO ist die Basis des Schweizer Beschaffungsrechts und seine wichtigste Rechtsquelle. Gesetzgeber*innen und Beschaffungsbehörden in der Schweiz sind somit zurecht bedacht darauf, in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung rund um das öffentliche Beschaffungswesen den internationalen Vorgaben der WTO, spezifischer des GPA, gerecht zu werden. In Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit ist dies nicht einfach; der Gesetzeswortlaut des GPA nimmt nicht auf soziale Aspekte Bezug und somit ist auf den ersten Blick nicht klar, ob oder in welchem Umfang soziale Kriterien im Staatsvertragsbereich rechtmässig sind.

Diese Frage wurde seit der GPA-Revision im Jahre 2012 in der Literatur vermehrt diskutiert und es besteht generell Konsens, dass soziale Aspekte im Rahmen der Grundprinzipien des WTO/GPA legitim sein müssen. Um diesen Rahmen bzw. dieses Spektrum zu definieren und abzustecken, soll das erste Unterkapitel (4.1) einen kurzen Überblick über die Systematik und Logik des WTO-Rechts gewähren, insbesondere in Bezug auf die Regulierung des Beschaffungswesens durch das GPA. Das zweite Unterkapitel (4.2) ergänzt diese Aussenperspektive mit einem kurzen Überblick über den Regulierungsansatz der Vergaberichtlinie der EU. So soll aufgezeigt werden, wie die EU als GPA-Unterzeichnerin soziale Aspekte umsetzt. Dies lässt Aufschlüsse über das unter dem WTO/GPA mögliche Spektrum zu, die auch für die soziale Nachhaltigkeit in der Schweizer Beschaffungspraxis Erkenntnisse bringen können.

4.1 Welthandelsorganisation WTO

Die WTO ist eine 1994 gegründete internationale Organisation,⁸¹ die für ihre 166 Mitgliedstaaten⁸² verbindliche Regeln für den grenzüberschreitenden Handel (Welthandel) aufstellt. Im Bereich des

⁸⁰ Wie die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen verbindlich in der Lieferkette umgesetzt und vertraglich geregelt werden können, wird in Kapitel 5.4.2 erläutert.

⁸¹ Davor hatte sich die internationale Staatengemeinschaft an zwei 1947 in Kraft getretenen Übereinkommen zum im Welthandel, das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) und das General Agreement on Trade in Services (GATS), orientiert. Diese hatten aber lediglich (aber immerhin) der Rechtscharakter von internationalen Verträgen und waren noch nicht institutionalisiert. Diesbezüglich war die Gründung der WTO ein grosser Durchbruch:

⁸² Mit der Mitgliedschaft von Osttimor und den Komoren im Februar 2024 umfasst die WTO nun 166 Mitgliedstaaten.

öffentlichen Beschaffungswesens stellt das GPA diese Regeln auf, die allerdings nicht für alle WTO-Mitgliedstaaten verbindlich sind (einen sog. «plurilateralen» Charakter haben gem. Art. II:3 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation [WTO-Abkommen]), sondern nur für diejenigen, die das GPA unterzeichnet haben (so beispielsweise die Schweiz). Aktuell umfasst das GPA-Staaten,⁸³ wobei die EU mit ihren 27 Mitgliedstaaten einzeln zählt.

4.1.1 Grundprinzipien des WTO/GPA

Die Regeln des WTO-Rechts (des allgemeinen Rechts sowie des GPA)⁸⁴ basieren auf zwei Grundprinzipien, dem Transparenzgebot und dem Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot.

Das **Transparenzgebot** besagt, dass WTO-Mitgliedstaaten z.B. ihre Gesetze und generell Massnahmen, die den internationalen Handel betreffen, veröffentlichen müssen. Dies geschieht in Form von Notifikationen, also Benachrichtigung, an die anderen WTO-Mitgliedstaaten. Diese haben dann Gelegenheit, die notifizierten Gesetze oder Massnahmen in den verschiedenen Komitees zu diskutieren und allenfalls zu kritisieren. Was das öffentliche Beschaffungsrecht anbelangt, besagt das GPA in Bezug auf die Transparenz, dass sich GPA-Staaten gegenseitig über ihre öffentlichen Beschaffungsgesetze, administrative Massnahmen sowie Gerichtsentscheide zu informieren haben (Art. VI GPA). Zudem beinhaltet das GPA-Transparenzregeln in Bezug auf die Publikation von Ausschreibungsdokumenten und deren Inhalt (Art. VII GPA), die so auf nationaler Ebene für die Schweiz in Art. 48 IVöB wiedergegeben werden.

Wie STEINER 2024 treffend bemerkt, kommt dem Transparenzgebot im GPA, doppelte Bedeutung zu: Einerseits dient es *ex ante* als Offenlegung «der Spielregeln» und gewährt so i.S. der Fairness gleich lange Spiesse für alle Anbieterfirmen.⁸⁵ Andererseits dient sie *ex post* dem Verständnis von Zuschlagsentscheiden und damit in einem grösseren Sinne auch der *good governance* der öffentlichen Hand.⁸⁶

Das **Diskriminierungsverbot bzw. das Gleichbehandlungsgebot** ist ein vielschichtiges Prinzip: Die Frage, ob eine Ungleichbehandlung stattfindet oder nicht hängt von verschiedenen Faktoren ab und der Graubereich diesbezüglich ist oft schwer einzugrenzen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz besagt einerseits, dass ausländische Produkte oder Dienstleistungen nicht schlechter gestellt (=diskriminiert) werden dürfen als gleichartige einheimische Produkte oder Dienstleistungen. Dieser erste Grundsatz wird Inländergleichbehandlung (*national treatment*) genannt.⁸⁷ Andererseits besagt das Gleichbehandlungsprinzip ebenfalls, dass ausländische Produkte oder Dienstleistungen eines WTO-Mitgliedstaates nicht schlechter gestellt (=diskriminiert) werden dürfen als vergleichbare Produkte oder Dienstleistungen eines anderen WTO-Mitgliedstaates. Dieser zweite Grundsatz wird Meistbegünstigungsprinzip genannt (*most favored nation principle*).⁸⁸ Juristisch gesehen muss für einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot immer geprüft werden, ob i) eine Diskriminierung in Form einer Schlechterbehandlung (*treatment less favorable*) vorliegt und ii) ob sich diese gegen «gleiche oder substituierbare» (*like or substitutable*)⁸⁹ Produkte oder Dienstleistungen richtet.

Ein spezifisches, auf das Beschaffungsrecht zugeschnittenes Diskriminierungsverbot findet sich im GPA als Grundsatzartikel in Art. IV GPA («Allgemeine Grundsätze»). Art IV GPA untersagt es einem GPA Vertragsstaat, «Waren und Dienstleistungen sowie die Anbieter einer anderen Vertragspartei» schlechter zu stellen als i) inländische Waren, Dienstleistungen und Anbieter (Art. IV.1.a GPA; Inländergleichbehandlungsprinzip) und als ii) Waren, Dienstleistungen und Anbieter aus anderen

⁸³ Sie Webseite der WTO unter https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (Stand Februar 2024).

⁸⁴ Mit «allgemeines WTO-Recht» sind die sog. multilateralen WTO-Übereinkommen gem. Annex 1A des WTO-Übereinkommens gemeint, wobei die prominentesten davon das GATT und das GATS sind (siehe Fn 81).

⁸⁵ STEINER 202, Rz. 19.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Siehe z.B. Art. III:2 oder Art. III:4 GATT.

⁸⁸ Siehe z.B. Art. I:1 GATT.

⁸⁹ Hier muss der Vollständigkeit halber angemerkt werden, dass sich die «Gleichheit» der Produkte/Dienstleistungen unter den verschiedenen Bestimmungen des WTO-Rechts unterschiedlich streng bemisst; während das Gleichbehandlungsgebot unter Art. III:2 GATT «gleiche oder substituierbare» Produkte schützt, ist das Gleichbehandlungsgebot unter Art. III:4 GATT enger gefasst und schützt nur «gleiche» Produkte.

Vertragsstaaten Art. IV.1.b GPA (Meistbegünstigungsprinzip). Dabei ist zu bemerken, dass das Diskriminierungsverbot im GPA strenger ist als das Diskriminierungsverbot im generellen WTO-Recht, das eine strenge Prüfung der Gleichartigkeit der ausländischen und inländischen Produkte bedingt.

Das Diskriminierungsverbot des GPA wird an vielen Stellen im Gesetz konkretisiert: So besagt zum Beispiel Art. X:1 GPA in Bezug auf die technischen Spezifikationen, dass sich diese nicht als «unnötige Hemmnisse im internationalen Handel» (*unnecessary barriers to trade*) auswirken dürfen.⁹⁰

Die beiden Grundprinzipien Transparenz und Diskriminierungsverbot sind nicht voneinander abgrenzbar und verstärken sich gegenseitig: In Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen besagt zum Beispiel Art. X:3 GPA, dass diese eine Zusammenfassung in einer WTO-Sprache beinhalten müssen, was gleichzeitig auch als Folge des Transparenzgebotes anzusehen ist.

Produktionsprozesse und -verfahren (Process and Production Methods, PPM)

Eine Besonderheit des WTO/GPAs ist die besondere Regelung der Herstellungsmethode, im Englischen *Process and Productionmethods* (PPM) genannt. PPM werden in der WTO kontrovers diskutiert. Die genauso zentrale wie umstrittene Frage dabei ist: Inwiefern können Staaten zwischen Produkten basierend auf ihren Herstellungsmethoden unterscheiden und allenfalls diskriminieren?⁹¹

Eine Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung von zwei Produktkategorien ist nur dann möglich, wenn diese nicht als gleichwertig angesehen werden. Wenn sie gleichwertig sind («like products»), dann dürfen sie nicht mit höheren Steuern oder Tarifen belegt werden. Diesbezüglich stellen sich Befürworter*innen der Nachhaltigkeit auf den Standpunkt, dass zum Beispiel biologisch angebaute Produkte oder eben «fair» gehandelte Produkte nicht gleichgestellt werden dürfen wie Produkte, die diese herstellungsbezogene Eigenschaft *nicht* erfüllen – auch wenn diese Produkte rein optisch nicht unterscheidbar sind. So ist es aus Gründen der Nachhaltigkeit gerechtfertigt, umweltschädliche oder sozial schädliche Produkte mit Importverboten zu belegen oder höher zu besteuern.

Das WTO-Recht hingegen ist hier aber nach wie vor eher streng. Grundsätzlich herrscht die Ansicht vor, dass eine Unterscheidung dann möglich ist, wenn sich die Produktionsmethode im Endprodukt materiell manifestiert.

Das ist darauf zurückzuführen, dass in der WTO i.d.R. zwei Arten von Produktionsmethoden (PPM) unterschieden werden:

1. PPM, die sich in der Beschaffenheit des Endproduktes widerspiegeln. Diese Kategorie wird *product-related PPM* genannt. Ein Beispiel dafür sind Textilien, die in Handarbeit hergestellt werden im Vergleich zu Textilien, die maschinell gewoben werden: Auch wenn hier der Verwendungszweck und die Zollnummer identisch sind, so ist in der Beschaffenheit des Endproduktes doch i.d.R. erkennbar, welches der beiden Produkte mit welcher jeweiligen Herstellungsmethode hergestellt wurde.
2. PPM, die sich im Endprodukt nicht widerspiegeln. Diese zweite Kategorie wird *non-product-related PPM (npr-PPM)* genannt. Ein Beispiel dafür Eier aus Freilaufhaltung: Im Vergleich mit Eiern aus Bodenhaltung lässt sich im Endprodukt kein Unterschied ausmachen und auch die Zolltarifnummer sowie der Verwendungszweck ist derselbe.

Gemäss WTO-Praxis ist es im generellen WTO-Recht nicht erlaubt, *npr-PPM* als Unterscheidungskriterium bei der Prüfung der Gleichartigkeit zu berücksichtigen.⁹² So dürfte ein WTO-Mitgliedstaat den Import von Eiern aus Bodenhaltung nicht zugunsten von Eiern aus Freilaufhaltung verbieten. Auch dürfte ein WTO-Mitgliedstaat den Import von fair gehandelten Produkten nicht steuerlich begünstigen, da sich die «faire» Herstellungsmethode nicht im Endprodukt widerspiegelt. Nur *product-related PPM* können auch unter dem generellen WTO-Recht als Basis für eine

⁹⁰ Für mehr Details dazu siehe Koch 2020, WTO-Recht, S. 81 ff.

⁹¹ Ad memoriam: Unter dem WTO-Recht wird eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes generell angenommen, wenn i) eine Schlechterbehandlung (Diskriminierung) vorliegt und ii) die diskriminierten Produkte als «gleich» oder «substituierbar» angesehen werden (siehe soeben 4.1.1).

⁹² So dürfte ein WTO-Mitgliedstaaten den Import von Eiern aus Bodenhaltung nicht zugunsten von Eiern aus Freilaufhaltung verbieten. Auch dürfte ein WTO-Mitgliedstaat den Import von Fairtrade Produkten nicht steuerlich begünstigen, da sich die «faire» Herstellungsmethode nicht im Endprodukt widerspiegelt.

Ungleichbehandlung berücksichtigt werden.⁹³ Ausnahmen von diesem Grundsatz (basierend auf Art. XX GATT) sind dann möglich, wenn es sich durch eine starke Konsument*innenpräferenz oder aus gesundheitlichen Gründen rechtfertigen lässt.⁹⁴

Das GPA führt diesbezüglich eine Spezialregelung ein: Im Gegensatz zum allgemeinen WTO-Recht können unter dem WTO/GPA alle Produktionsmethoden – also auch *npr-PPM* – berücksichtigt werden.⁹⁵ So besagt Art. 1.u. GPA, explizit, dass sich technische Spezifikationen auf alle PPM, also auch auf *npr-PPM* beziehen können.⁹⁶ Anders als unter generellem WTO-Recht darf also unter dem WTO/GPA aufgrund der Produktions- bzw. Herstellungsmethoden unterschieden werden.

Von dieser Flexibilität können Beschaffungsbehörden für mehr soziale Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen Gebrauch machen: So können sie (im Rahmen der Eignungs- oder Zuschlagskriterien, aber auch der technischen Spezifikationen) eine soziale Produktion fordern, sei dies durch die Einforderung von Gesundheitsstandards oder von Arbeitsschutzbestimmungen. Dies, obwohl dies «konventionelle» Produkte diskriminiert. Voraussetzung für die Berücksichtigung von PPM (generell und in Bezug auf soziale PPM auch) ist immer, dass sich diese nicht unnötig handelshemmend auswirken und generell nicht zwischen verschiedenen Marktakteur*innen diskriminieren. Eine solche Überprüfung ist immer im Einzelfall vorzunehmen.

4.1.2 Spielräume und Spannungsfeld

Die WTO bezweckt, den Weltmarkt zu liberalisieren und den Welthandel anzukurbeln. Dies soll aber keineswegs Selbstzweck sein, sondern Mittel zur «Erhöhung des Lebensstandards» und zur «optimalen Erschließung der Ressourcen der Welt im Einklang mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung». So steht es in der Präambel des WTO-Abkommens, das per se nicht rechtsverbindlich ist, aber doch eine starke Symbolwirkung hat. Weiter betont die Präambel, dass es wichtig sei, Entwicklungsländern «einen Anteil am Wachstum des internationalen Handels» zu gewähren.

Nichtsdestotrotz sieht sich die WTO regelmäßig mit dem Vorwurf konfrontiert, dass sie die Nachhaltigkeit vernachlässige und diese der Globalisierung unterordne.⁹⁷ Das Spannungsfeld zwischen Nachhaltigkeitszielen und dem WTO-Recht manifestiert sich auch im Bereich des Beschaffungsrechts. Während die Literatur im Bereich der ökologischen Nachhaltigkeit dieses Spannungsfeld bereits vielfach beleuchtet hat,⁹⁸ wurde die soziale Nachhaltigkeit unter dem WTO/GPA noch wenig erforscht. Dazu kommt erschwerend hinzu, dass das WTO/GPA im Gesetz selbst die soziale Nachhaltigkeit mit keinem Wort erwähnt, weil die WTO/GPA-Staaten sich bei der Revision 2012 nicht darüber einigen konnten, diese im Gesetzestext aufzunehmen (im Gegensatz zur ökologischen Nachhaltigkeit, die in Art. X:6 GPA nun explizit genannt wird).⁹⁹

In der Praxis hat dies zur Folge, dass soziale Nachhaltigkeitskriterien wie früher ökologische unter einem «Generalverdacht» stehen, mit dem WTO/GPA unvereinbar zu sein.¹⁰⁰ Das ist insofern verständlich, als sich soziale Aspekte im Beschaffungswesen durchaus handelshemmend auswirken können. Als Beispiel nennt LINARELLI die in einigen Ländern etablierte Praxis, Aufträge an Geschäfte zu

⁹³ Textilien aus Handarbeit könnten also steuerlich begünstigt werden im Vergleich zu maschinell hergestellten Textilien.

⁹⁴ So hat der WTO Appellate Body im Fall *EC-Asbestos* bereits 2001 befunden, dass ein Importverbot für gesundheitsschädliche Asbest-Produkte aus gesundheitlichen Gründen gerechtfertigt sein muss. Überraschender hat das Gericht im Fall *EC - Seals* 2014 zudem befunden, dass ein Importverbot für gewisse Robbenfell-Produkte aus «moralischen Gründen» ebenfalls gerechtfertigt ist.

⁹⁵ STEINER 2024, Rz. 28.

⁹⁶ Anders zum Beispiel das Technical Agreement on Barriers to Trade (TBT), das sich in Art. 2.2 spezifisch und explizit auf «related processing technologies» bezieht (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹⁷ Besonders eindrücklich zeigte sich die Kritik der Zivilgesellschaft an der dritten Minister-Konferenz der WTO in Seattle 1999, wo es zu massiven Ausschreitungen zwischen Demonstrierenden und der Polizei kam. Geschätzt 100'000 Demonstrierenden forderten damals die Auflösung der WTO, da diese die Globalisierung ohne Rücksicht auf soziale Standards und Umweltauswirkungen durchsetzen wolle (siehe statt vieler ECONOMIST, 1999).

⁹⁸ Siehe statt vieler ARROWSMITH/KUNZLIK, TOSONI, STEINER 2006, 2013 oder 2015 oder KOCH 2020a, zuletzt ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER 2023 oder STEINER 2024.

⁹⁹ KAUFMANN/WEBER 2015, S. 34, STEINER 2024.

¹⁰⁰ Steiner 2024, Fn. 9, mit Referenz auf Hauser/Piskóty 2021, S. 777.

vergeben, die von ethnischen Minoritäten geführt werden, was unweigerlich zu einer Bevorzugung von lokalen Bevölkerungsgruppen führt.¹⁰¹ Gleichzusetzen damit ist die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs in der Schweiz etablierte Praxis, Ausbildungsplätze für Lernende bei Ausschreibungen einzufordern.

Dies zeigt, dass soziale Kriterien sorgfältig ausgewählt und definiert werden müssen, damit sie mit dem Diskriminierungsverbot (und auch dem Transparenzgebot) der WTO nicht im Widerspruch stehen. Dies gelingt, wenn die Massnahmen sich nicht als «unnötige Handelshemmnisse» auswirken (*unnecessary barrier to trade*, siehe Art X:1 GPA). Wann ein Handelshemmnis unnötig ist, bemisst sich im Einzelfall anhand einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Demgemäß hat die Beschaffungsbehörde (oder im Streitfall das urteilende Gericht) im Einzelfall zu beurteilen, ob das jeweilige Nachhaltigkeitskriterium den Handel «unnötig» einschränkt und sich diskriminierend auswirkt.¹⁰² Bei besonders effektiven Massnahmen (z.B. bei der Zustimmung zu Audits oder bei anerkannten und effektiven Zertifikaten wie TCO-certified oder dem blauen Engel im IT-Bereich) ist ein Handelshemmnis eher zu akzeptieren als bei einem Kriterium, dass nur bedingt zur sozialen Nachhaltigkeit beiträgt.¹⁰³

Generell ist aber anzumerken, dass das GPA nicht nur ein Marktöffnungsinstrument ist, sondern Raum für weitere Politikziele im Ermessen seiner Mitgliedstaaten lässt. Wie STEINER hervorhebt, zeigt sich das im Fall des GPA auch in der Präambel, die sich zielgebend zwar einerseits zu «Marktöffnung», andererseits aber auch zu *good governance* bekennt (siehe Präambel GPA). Dies zeugt von einem Paradigmenwechsel und hat zur Folge, dass sich der «Generalverdacht eines unzulässigen Handelshemmisse» nicht mehr rechtfertigt.¹⁰⁴ Vielmehr ist gem. STEINER vor dem Hintergrund des durch die Gesetzesrevision des WTO/GPA herbeigeführten «Paradigmenwechsels» in Richtung Nachhaltigkeit und *good governance* die Beweislast umzukehren und zumindest bei der Einforderung von Nachweisen in Bezug auf die ILO-Kernübereinkommen oder den Gesundheits- und Arbeitsschutzzvorgaben im Zweifel davon auszugehen, dass diese nicht im Widerspruch zu WTO/GPA stehen.¹⁰⁵

4.1.3 Streitbeilegungsmechanismus der WTO

Verstösse gegen WTO-Recht, so auch gegen das WTO/GPA, können vor den WTO-Streitbeilegungsbehörden (*Dispute Settlement Body, DSB*), dem «WTO-Gericht» einklagt werden.¹⁰⁶ Ist ein WTO/GPA-Staat der Meinung, eine Gesetzesbestimmung oder eine Beschaffungspraxis der Schweiz in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit wäre mit dem WTO/GPA nicht vereinbar, könnte er das vor dem WTO DSB einklagen. Würde das klagende Land Recht bekommen, würde die Schweiz angewiesen werden, die entsprechende Praxis oder das Gesetz anzupassen und in Rechtskonformität mit dem WTO/GPA zu bringen, wie es im WTO-Fachjargon heißt. Dies bedeutet, die Schweiz müsste das Gesetz/die Praxis so anpassen, dass sie sich weniger diskriminierend auswirkt.

In der Praxis sind Streitfälle in Sachen öffentliches Beschaffungsrecht vor dem WTO/DSB selten und diejenigen Präzedenzfälle, die es gibt, liegen auch schon einige Zeit zurück.¹⁰⁷ Gründe dafür könnten sein, dass die WTO/GPA-Mitgliedstaaten, als kleine Untergruppe der WTO-Streitigkeiten wohl eher auf dem bilateralen Weg lösen, als sich auf einen langwierigen Streitbeilegungsprozess mit ungewissem Ausgang einzulassen (der WTO/DSB kann kein Schadensersatz sprechen).

Die Streitschlichtungsbehörden setzen sich in erster Instanz aus einem *ad-hoc* Gremium bestehend aus Expert*innen zusammen. Deren Beschluss, *Panel Report* genannt, ist verbindlich, solange er nicht in zweiter Instanz vor dem sog. *Appellate Body* aufgehoben wird. Dieses Gremium besteht aus sieben Richter*innen, die jeweils auf sieben Jahre berufen werden. Das «WTO-Gericht» wurde in der Vergangenheit oft als «Kronjuwelen» der WTO bezeichnet,¹⁰⁸ da es den WTO-Regeln eine Verbindlichkeit gab, die im internationalen Kontext einmalig ist. So erlaubt es der Streitbeilegungsmechanismus, dass

¹⁰¹ LINARELLI, sagt auf S. 446 «Social Justice does not travel well beyond borders».

¹⁰² FETZ/STEINER 2020, Rz. 48.

¹⁰³ Zur Verhältnismässigkeitsprüfung im WTO-Recht siehe KOCH 2020a, 81 f.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Rz. 9 mit Referenz auf HAUSER/PISKÓTY 2021, S. 770.

¹⁰⁵ STEINER 2024, Rz.19 ff., insbesondere Rz. 20.

¹⁰⁶ Gemäss den prozessualen Regeln des *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

¹⁰⁷ Siehe für einen Überblick MATSUSHITA.

¹⁰⁸ OESCH/BURGHARTZ/KOCH 2019, S. 389.

kleinere Mitgliedstaaten Regelverstösse auch gegen grosse Handelsmächte wie die USA oder die EU einklagen und gewinnen können, was das realpolitische Machtgefälle zumindest ansatzweise abfedert.¹⁰⁹

Allerdings befindet sich das WTO-Gericht aktuell in einer fundamentalen Krise: Der *Appellate Body* ist nämlich seit 2019 ausser Stand, Urteile zu fällen, da die USA die Neuberufung von Richter*innen verweigert.¹¹⁰ Dies hat zur Folge, dass Regelverstösse nur auf erster Instanz vor einem Panel eingeklagt werden können. Panel Reports sind nur dann verbindlich, wenn beide Parteien des Disputs diese akzeptieren, also nicht innert 30 Tage Berufung dagegen einlegen. Wenn die unterlegene Partei nun aber Berufung gegen den Panel Report einlegt, ist dieser nicht verbindlich.¹¹¹ Wie lange dieser Zustand der Rechtsunsicherheit noch anhält, ist unklar und hängt vom politischen «Goodwill» der USA ab.¹¹²

4.2 Europäischen Union (EU)

In der EU wird das öffentliche Beschaffungsrecht auf Unionsebene für alle 27 Mitgliedstaaten geregelt. Dabei ist die zentrale gesetzliche Grundlage die Richtlinie (RL) 2014/24/EU, auch «Vergaberichtlinie» genannt.¹¹³ Die EU-Mitgliedstaaten erlassen ihre nationalen Beschaffungsgesetze im Rahmen und auf Basis des EU-Beschaffungsrechts: Diese dürfen dabei weitergehende Bestimmungen enthalten, den EU-Vergaberichtlinien aber nicht widersprechen.¹¹⁴ Besteht der Verdacht, dass ein nationales Beschaffungsrecht nicht mit den EU-Richtlinien vereinbar ist, kann die EU-Kommission dies vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) überprüfen lassen.

Die Schweiz ist als Nicht-EU-Mitglied nicht an das Beschaffungsrecht der EU gebunden ist. Auch lässt sich das Beschaffungsrecht der EU nicht direkt mit demjenigen der Schweiz vergleichen, da es ein supranationales Gesetz ist. Allerdings ist für die Schweiz ein Blick über den Tellerrand spannend, weil die EU ihrerseits ebenfalls Mitglied des vorherig beschriebenen WTO/GPAs ist. Insofern ist die EU, wie die Schweiz, im gleichen Spannungsverhältnis zwischen dem internationalen Diskriminierungsverbot der WTO durch das GPA und dem Bestreben, ökologische und soziale Nachhaltigkeit umzusetzen. Auch andere Problemlagen und beschaffungsrechtliche Herausforderungen sind vergleichbar.¹¹⁵ Somit kann eine rechtsvergleichende Perspektive auf das EU-Beschaffungsrecht durchaus lohnenswert sein für die Schweizer Rechtsprechung und -anwendung.¹¹⁶

Auch wenn im Rahmen dieses Gutachtens keine umfassende Analyse möglich ist,¹¹⁷ so soll in der gebotenen Kürze auf die Regelungen der EU zur sozialen nachhaltigen Beschaffung in der RL 2014/24/EU und darüber hinaus eingegangen werden.

4.2.1 Soziale Nachhaltigkeit in der europäischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU

Die soziale Nachhaltigkeit wurde in der EU bereits bei der Gründung zum Ziel erklärt. Art. 3 Abs. 3 EUV besagt: «Die Union (...) wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß

¹⁰⁹ So gelang es zum Beispiel Costa Rica im Disput *United States — Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear* vom 10. April 1997 gegen die USA durchzusetzen.

¹¹⁰ Siehe beispielsweise OESCH/BURGHARTZ/KOCH 2020 oder NZZ vom 10.12.2019.

¹¹¹ Da kein zweitinstanzlich vor dem Appellate Body möglich ist, führt die Berufung der Panel reports momentan zu einer Berufung «ins Leere» (*appeal into the void*).

¹¹² BURGHARTZ/KOCH 2022, S. 530. Um gegen den Zustand der Rechtsunsicherheit vorzugehen, haben sich eine Gruppe von WTO-Mitgliedstaaten zusammengetan und das sog. *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA) verabschiedet. Mehr dazu auf der Webseite des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco): https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/internationale_organisationen/WTO/schweiz_streitbeilegungssystem.html.

¹¹³ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

¹¹⁴ Siehe auch KOCH 2020a, S. 111.

¹¹⁵ HAUSER/PISKÓTY 2023, Rz. 8 ff.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Dafür wird pauschal verwiesen auf KOCH 2020a und vor allem auch auf HAUSER/PISKÓTY 2023.

an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin.» Auch Art. 9 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der in der EU sozusagen Verfassungsrang hat, besagt dass die EU bei der Festlegung und der Durchführung ihrer Gesetze Praktiken: «den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungs niveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes» Rechnung zu tragen hat.

Dies spiegelt sich auch in der Gesetzgebung zum Beschaffungsrecht wider: Die Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU besagt in der Präambel in Erwägungsgrund (EG) 37:

Im Hinblick auf eine angemessene Einbeziehung umweltbezogener, sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist es besonders wichtig, dass Mitgliedstaaten und öffentliche Auftraggeber geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung der am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen geltenden Anforderungen auf dem Gebiet (...) Sozial- und Arbeitsrechts zu gewährleisten (...).

In den weiteren Erwägungsgründen geht die EU-Vergaberichtlinie detailliert auf die soziale Nachhaltigkeit ein. Dabei wird ersichtlich, dass die EU von einem breiten Begriffsverständnis ausgeht und soziale Aspekte, Gesundheits- und Arbeitsschutzbedingungen aber auch Inklusion, «Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben» oder gar «die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben». Ganz klar dazu gehören laut EU-Vergaberichtlinie auch soziale Aspekte in Bezug auf den fairen Handel, wie in EG 97 ersichtlich wird:

Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gehören dazu auch Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung, die sich auf die Lieferung oder die Verwendung von fair gehandelten Waren während der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen. Kriterien und Bedingungen bezüglich des Handels und der damit verbundenen Bedingungen können sich beispielsweise darauf beziehen, dass die betreffende Ware aus dem fairen Handel stammt, was auch das Erfordernis einschließen kann, Erzeugern einen Mindestpreis und einen Preisaufschlag zu zahlen.

Das Vielfache Bekenntnis zur sozialen Nachhaltigkeit und konkret zu Kriterien des fairen Handels zeugen von einer breiten Legitimation bzw. von grossen Spielräumen in den EU-Vergaberichtlinie. Dies widerspiegelt auch der Gesetzestext der Richtlinien in Bezug auf die einzelnen Phasen des Beschaffungsrechts bzw. die einzelnen Vergabeinstrumente.¹¹⁸

4.2.1.1 Marktkonsultationen

Die soziale Nachhaltigkeit bei öffentlichen Ausschreibungen beginnt bereits **vor der eigentlichen Ausschreibung (pre-procurement phase)**, siehe dazu auch 5.1). Diesbezüglich sieht das EU-Recht, anders als das Schweizer-Recht, explizit die Möglichkeit von «Marktkonsultationen» vor (Art. 40 RL 2014/24/EU). Diese Konsultationen sind ein in der Praxis rege genutztes Instrument, das dazu dient, die Markakteure über bevorstehende Beschaffungspläne zu informieren und ihre sachliche Expertise einzuholen.¹¹⁹ Solche Marktkonsultationen können und sollen aktiv genutzt werden, um abzuklären, wie soziale Nachhaltigkeit bei Ausschreibungen implementiert werden kann und welche dieser Anforderungen einem realistischen Ambitionslevel entsprechen. Dabei ist es wichtig, Marktkonsultation so durchzuführen, dass sie keine Markakteure diskriminieren. Die Anforderungen, um eine diskriminierungsfreie Marktkonsultation durchzuführen, sind in Art. 41 RL 2014/24/EU aufgeführt.

4.2.1.2 Technische Spezifikationen

In einem nächsten Schritt ist es entscheidend, soziale Aspekte in der Ausschreibung selbst zu implementieren. Dabei setzt das EU-Vergaberecht bei den technischen Spezifikationen an (für Details zu den technischen Spezifikationen siehe 5.2.2): Art. 42 statuiert in Abs. 1 zuerst den definitorischen

¹¹⁸ Für einen kurze Übersicht in tabellarischer Form siehe SEMPLE 2017, S. 6.

¹¹⁹ SEMPLE 2017, S. 5, EU-Leitfaden, S. 46.

Grundsatz, dass sich technische Spezifikationen auf Herstellungs- und Produktionsmethoden beziehen können, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind.

Als Grenzen des Erlaubten bei technischen Spezifikationen führt Abs. 1 weiter aus, dass technische Spezifikationen «in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen¹²⁰ und zu dessen Wert und Ziel verhältnismässig sind». Art. 42 Abs. 1 nimmt schliesslich im letzten Abschnitt Bezug zu sozialen Aspekten und besagt, dass:

«Bei jeglicher Beschaffung, die zur Nutzung durch natürliche Personen — ganz gleich, ob durch die Allgemeinheit oder das Personal des öffentlichen Auftraggebers — vorgesehen ist, die technischen Spezifikationen — außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen — so erstellt, dass die Zugänglichkeitskriterien für Personen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer berücksichtigt werden.»

Dies zeigt, dass das EU-Recht in der Vergaberichtlinie ein obligatorisches Erfordernis zur sozialen Nachhaltigkeit auf der «Output-Dimension» enthält, namentlich das der Barrierefreiheit und der Inklusivität in Bezug auf die Nutzung des Beschaffungsobjekts. Über die Implementation von darüberhinausgehenden Aspekten der sozialen Nachhaltigkeit wie beispielsweise Spezifikationen zum fairen Handel, nimmt Art. 42 RL 2014/24/EU nicht explizit Bezug. Die europäische Literatur mahnt diesbezüglich zur Vorsicht und rät eher von der Verwendung von über die Barrierefreiheit hinausgehenden sozialen Aspekten ab.¹²¹ Dafür scheinen eher die Instrumente der Zuschlagskriterien, der Eignungskriterien oder der Arbeitsausführungsbestimmungen geeignet zu sein. In Bezug auf rein produktionsbezogene Kriterien im Sinne des fairen Handel, zum Beispiel Anbaumethoden von Gemüse ohne schädliche Pestizide oder ohne Inanspruchnahme von Kinderarbeit, besteht aber durchaus auch im Rahmen von technischen Spezifikationen Spielraum.¹²²

4.2.1.3 Zuschlagskriterien

Ähnlich sieht es auch die Bestimmung zu den Zuschlagskriterien, die in ihrer Gesamtheit die Qualität der Beschaffung ausmachen und gemäss denen das beste Preis-Leistungsverhältnis und das wirtschaftlich günstigste Angebot gem. Art. 76 Abs. 5 RL 2014/24/EU evaluiert werden kann (siehe dazu auch 5.2.3.¹²³ Auch wenn das EU-Recht, anders als das Schweizer Recht, vom «wirtschaftlich günstigsten» Angebot spricht, das den Zuschlag zu bekommen hat, und nicht wie die Schweiz vom «vorteilhaftesten Angebot», bekennen sich die Vergaberichtlinien doch klar zum Qualitätswettbewerb:

EG 90 der Präambel zur EU-Vergaberichtlinie hält fest, dass sich das beste «Preis-Leistungsverhältnis» unter Miteinbezug von Qualitätskriterien bemisst. Soziale Aspekte können i.S. einer «sozialen Qualität» ebenfalls Teil dieses Qualitätsverständnisses sein. Beschaffungsbehörden werden demgemäß aufgefordert, die Wahl ihrer Zuschlagskriterien so zu treffen, dass sie «qualitativ hochwertige», also auch sozial nachhaltige Beschaffungen erhalten können. Dies widerspiegelt sich auch in Art. 67 RL 2014/24/EU: Abs. 2 lit. A, der klar besagt, dass unter «Qualität» auch Aspekte wie «Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen» zu verstehen sind.

Grundsätzlich haben Beschaffungsbehörden in der EU gem. Art. 67 ein breites Ermessen, soziale Aspekte zu berücksichtigen. Voraussetzung dafür ist auch hier, dass diese in einem sachlichen Zusammenhang zur Auftragsvergabe stehen (analog zu der vorher beschriebenen Regelung der technischen Spezifikationen, siehe 4.2.1.2) und nicht zur Folge haben, dass den Behörden eine «uneingeschränkte Wahlfreiheit» zukommt (Art. 67 Abs. 4 RL 2014/24/EU).

¹²⁰ Was das Kriterium der «Verbindung» oder des «sachlichen Zusammenhangs» mit dem Auftragsgegenstand bedeutet, ist im EU-Recht nicht weiter umschrieben und bemisst sich im Einzelfall, siehe Koch 2020a, S. 147 mit Referenz auf SEMPLE 2016.

¹²¹ Siehe STEINER 2012 unter Bezugnahme auf das Max Havelaar Urteil oder RISVIK HAMER/ANDHOV.

¹²² Hauser/Piskóty 2023, Rz. 400 mit Verweis auf LAMPERT im BeckOscher Vergaberechtskommentar 2017, RZ. 67 f.

¹²³ Siehe zur Zuschlagsregel nach EU-Recht im Detail HAUSER/PISKÓTY 2023, S. 144 ff.

4.2.1.4 Eignungs- und Ausschlussgründe

Auch im Rahmen der anbieterbezogenen Eignungsprüfung (für einen Beschrieb der Instrumente Eignungskriterien und Ausschlussgründe siehe 5.2.1) ist eine Berücksichtigung sozialer Aspekte möglich: Der einschlägige Art 58 Abs. 4 RL 2014/24/EU besagt, dass Beschaffungsbehörden Anforderungen stellen können, um sicher zu stellen, dass die Anbieter den Auftrag in angemessener Qualität ausführen können. Wenn nun soziale Nachhaltigkeit i.S. der sozialen Qualität als Qualitätskriterium definiert wird, ist es möglich, in Form von Eignungskriterien Anforderungen an ihre diesbezügliche Eignung zu stellen, z.B. in Form von Zertifikaten oder der Forderung eines Sozialkonzepts, aber auch in Form von Referenzen oder einer bestimmten Ausbildung (siehe dazu detaillierter im Schweizer Kontext 5.2). SEMPLE weist darauf hin, dass in diesem Kontext auch Anforderungen an die Lieferkettentransparenz gestellt werden können.¹²⁴

Wichtig ist es aber im Sinne des Transparenzgebotes, Nachhaltigkeitskriterien genau zu umschreiben: Im Max-Havelaar Fall statuierte der EuGH, dass es wichtig sei, dass die Anbieterfirmen erkennen können, auf welche Weise sie die Kriterien in Bezug auf den Kaffeemarkt und die -produktionen erfüllen können und inwiefern das zum angestrebten sozialen Ziel beitragen soll.¹²⁵ Ein pauschaler Verweis auf ein Zertifikat würde dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot nicht genügen.

Auf der anderen Seite stehen den Beschaffungsbehörden auch die Ausschlussgründe als Instrument zur Verfügung. Anders als das Schweizer Recht unterscheidet das EU-Recht zwischen obligatorischen und fakultativen Ausschlussgründen. Zu den Gründen, in den ein Ausschluss zwingend vorgegeben ist, gehört Kinderarbeit und Sklavenarbeit (Art. 58 Abs. 1 lit. d RL 2014/24/EU).¹²⁶ Bei Nicht-Einhaltung weiterer ILO-Konventionen steht es der Beschaffungsbehörde frei, einen Ausschluss zu verlangen (Art. 58 Abs. 4 lit. a i.V.m. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Voraussetzung dafür ist, dass sie «in geeigneter Weise» nachweisen können, dass eine Verletzung stattgefunden hat.

4.2.1.5 Labels

Im Zusammenhang mit beschaffungsbezogenen Kriterien beinhaltet das Beschaffungsgesetz der EU zudem einen spezifischen Artikel zu Labels. Art. 43 Abs. 1 besagt, dass sich sowohl technische Spezifikationen als auch Zuschlagskriterien klar auf Labels (in der deutschen Version von RL 2014/24/EU auch «Gütezeichen» genannt) beziehen können, solange diese i) im sachlichen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen und ii) auf objektiv nachvollziehbaren, überprüfbar Kriterien basieren und iii) allen Betroffenen zugänglich sind.

Diese Bestimmung ist wichtig in Bezug auf den fairen Handel, da sich in diesem Bereich eine Vielzahl an öffentlich zugänglichen Labels etabliert hat (z.B. Fairtrade Max Havelaar, World Fair Trade Organisation oder Fair Wear). Im Interesse der sozialen Nachhaltigkeit bei Ausschreibungen können Beschaffungsbehörden auf diese Labels Bezug nehmen, um sie bei der Identifikation und der Durchsetzung von sozialen Nachhaltigkeitskriterien zu unterstützen, vorausgesetzt, sie erlauben den Nachweis von gleichwertigen Angeboten in der Ausschreibung.

4.2.1.6 (Vertrags-) Bedingungen für die Auftragsausführung

Die EU kennt zudem eine Bestimmung zu den sog. Bedingungen für die Auftragsausführung in Art. 70 RL 2014/24/EU. Die Schweiz kennt kein analoges Instrument, am ehesten sind, was die Mindestanforderung anbelangt, die obligatorischen Teilnahmebedingungen gem. Art. 12 IVöB oder die technischen Spezifikationen damit vergleichbar.¹²⁷ Was die darüber hinausgehenden sozialen Anforderungen anbelangt wie Gleichstellung der Geschlechter ist auch auf die grosse Ähnlichkeit zu den Zuschlagskriterien zu verweisen.¹²⁸ Umgesetzt werden Auftragsausführungsbedingungen als Vertragsbestimmungen (deshalb ist im Englischen auch von *contract performance conditions* die Rede).

Die Bedingungen für die Auftragsausführung können sich auch auf wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange beziehen,

¹²⁴ SEMPLE 2017, S. 8, siehe für ein konkretes Beispiel aus der belgischen Stadt Ghent EU-Leitfaden, S. 52.

¹²⁵ HAUSER/PISKÓTY 2023, Rz. 263 mit Verweis auf EuGH Urteil Max Havelaar, Rz. 109 ff., so auch EU-Leitfaden, S. 61.

¹²⁶ SEMPLE 2017, S. 7.

¹²⁷ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug auf letzteres siehe HAUSER/PISKÓTY 2023, Rz. 398.

¹²⁸ *Ibid*, Rz. 412.

wobei auch hier das Kriterium des «genügend sachlichen Bezug zur beschafften Leistung» als Voraussetzung gilt (Art. 70). Das heisst auch Bedingungen zur Auftragsausführung haben sich immer auf den Beschaffungsgegenstand zu beziehen. Sie können sich aber auch auf arbeitsrechtliche Anforderungen und die Einhaltung von Tarifverträgen beziehen (EG 39) oder gar auf die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter (EG 98). Weitere Aspekte sind auch hier der Umwelt- und der Tierschutz und die Erfüllung der ILO-Kernübereinkommen (EG 98).

4.2.2 Exkurs: Lieferkettengesetz der EU¹²⁹

In der EU ist das Beschaffungsrecht in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit nur ein Puzzle-Teil der Bestrebung, Nachhaltigkeit im öffentlichen sowie privaten Sektor umfassend zu regulieren. Ein weiteres wichtiges Puzzle-Teil dazu wurde im Juni 2023 vom EU-Parlament verabschiedet und wird aktuell von EU-Rat beraten: Der «Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit»¹³⁰, kurz auch als «Lieferkettenrichtlinie» oder «Sorgfaltspflichtrichtlinie» bezeichnet.

Gemäss Kommission bezweckt der Vorschlag «nachhaltiges und verantwortungsvolles Unternehmensverhalten zu fördern und Menschenrechts- sowie Umweltüberlegungen in den Betriebsabläufen und der Unternehmensführung von Firmen zu verankern».¹³¹ Das Ziel der Richtlinie ist es sicherzustellen, «dass Unternehmen die negativen Auswirkungen ihrer Handlungen adressieren, einschließlich in ihren Wertschöpfungsketten innerhalb und ausserhalb Europas».

Die Regulierung der ganzen Wertschöpfungs- bzw. Lieferkette ist ein neuer Ansatz, der durch umfassende Berichterstattungspflichten, für die vom breiten Geltungsbereich der Richtlinie umfassten Firmen gewährleistet werden soll. So sollen Unternehmen verpflichtet werden, die Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte (und die Umwelt) entlang der ganzen Lieferkette zu ermitteln und zu kommunizieren. Dabei geht der Entwurf der Lieferkettenrichtlinie insofern einen Schritt weiter als die bisherigen Berichterstattungspflichten, als sie die Unternehmen nicht nur verpflichtet, Risiken zu identifizieren, sondern auch Strategien zur Risikominderung vorzuweisen. Auch sollen sie einen Jahresbericht erstellen, der die Bemühungen und Ziele im Bereich der sozialen und ökologischen Sorgfaltspflichten nachweist.

In diesem Zusammenhang stellt sich in Bezug auf das öffentliche Beschaffungsrecht in der EU und darüber hinaus (also auch für die Schweiz) die Frage, inwiefern das Lieferkettengesetz den öffentlichen Beschaffungsbehörden ermöglicht, im Rahmen ihrer Ausschreibungen mehr Lieferkettentransparenz einzufordern. Durch die gestiegenen Anforderungen an private Unternehmen, ihre Lieferketten enger zu verfolgen, zu erfassen und zu dokumentieren, wird es auch für öffentliche Beschaffungsbehörden in Zukunft voraussichtlich einfacher werden, auf konkrete Evidenzen wie Monitoring-Berichte zurückzugreifen und Lieferkettentransparenz bzw. soziale Nachhaltigkeit über die Lieferketten hinweg zu beobachten, Nachweise dazu einzufordern und zu beurteilen.

Wie STEINER ausführt, kann davon ausgegangen werden, dass diese privatrechtliche Regulierung den öffentlichen Sektor auch über die EU hinaus unter Druck setzen könnte: Öffentlichen Unternehmen kommt ethisch und rechtlich gesehen eine Vorbildfunktion zu.¹³² Diese würde im öffentlichen Beschaffungswesen die Bestrebung bedingen, dem privaten Sektor in Bezug auf Lieferkettentransparenz bei den zu beschaffenden Produkten einen Schritt voraus zu sein und ein hohes Ambitionslevel, das über den Geltungsbereich der EU-Lieferkettenrichtlinie hinaus geht, an den Tag zu legen.¹³³

¹²⁹ Die Autorinnen danken Herrn Marc Steiner für die vielen Gespräche zum Thema Lieferkettengesetz und zu der Frage, inwiefern eine entsprechende Gesetzgebung für die Privatwirtschaft auch den öffentlichen Sektor positiv beeinflussen kann.

¹³⁰ COM/2022/71 final.

¹³¹ Siehe Webseite der Europäischen Kommission: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en

¹³² STEINER 2024, Rz. 33.

¹³³ *Ibid.*

4.3 Zwischenfazit

Das WTO-Recht, genauer das WTO/GPA, stellt für die Schweiz die **wichtigste internationale Rechtsquelle** dar. Die Frage, inwiefern soziale Aspekte unter dem WTO/GPA erlaubt sind, ist nicht einfach zu beantworten, denn das WTO/GPA erwähnt die soziale Nachhaltigkeit mit keinem Wort. Allerdings ist seit der Revision des WTO/GPA im Jahr 2012 zumindest die ökologische Nachhaltigkeit fest im Gesetz verankert und erlaubt den Beschaffungsbehörden einiges an Spielraum – immer unter dem Vorbehalt, dass sie sich dabei an die Grundsätze des Diskriminierungsverbotes und der Transparenz halten. So besagt das WTO/GPA konkret im Grundsatz in Art. IV, dass Beschaffungsgesetze oder -praktiken ausländische Anbieterfirmen, Produkte oder Dienstleistungen nicht diskriminieren dürfen und keine «unnötigen Handelshemmisse» darstellen dürfen.¹³⁴

Dies lässt für Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit den Analogieschluss zu, dass auch diese **grundsätzlich erlaubt** sind, solange sie sich nicht unverhältnismässig diskriminierend auswirken, also **keine unnötigen Handelshemmisse darstellen** und/oder protektionistisch motiviert sind. Um Diskriminierungen zu vermeiden, ist wichtig, dass je nach Beschaffungsgegenstand das richtige Instrument zur Implementierung gewählt wird. So ist bei Zuschlagskriterien weniger Zurückhaltung geboten als bei technischen Spezifikationen. Doch auch im Rahmen der technischen Spezifikationen können Kriterien im Sinne des fairen Handels grundsätzlich legitim sein. Dies zeigt die Analyse von Art. 1.u GPA. Die erhöhte Flexibilität im GPA im Unterschied zum multilateralen WTO-Recht lässt sich damit erklären, dass der Staat bei öffentlichen Beschaffungen nicht als Regulator auftritt, sondern lediglich die Regeln für sein eigenes Kaufverhalten festlegt.¹³⁵

Dies zeigt auch rechtsvergleichend das Beispiel der Vergabерichtlinien der EU: Die EU ist wie die Schweiz WTO/GPA-Staat und somit an die gleichen Regeln gebunden. Sie hat aber bereits seit ihrer letzten grossen Gesetzesrevision im Jahr 2014 die soziale Nachhaltigkeit umfassend im Gesetz geregelt. Die Vergaberechtlinien 2014 gibt den EU-Beschaffungsbehörden im Bereich der Zuschlagskriterien, Eignungskriterien und Arbeitsausführungsbedingungen **ein breites Spektrum an Möglichkeiten**, um Kriterien im Sinne des fairen Handels zu stellen und Lieferkettentransparenz einzufordern. Für die Schweiz ist das Beispiel der EU insofern wichtig, als die EU mit der gleichen Ausgangslage konfrontiert ist und – wie die Schweiz – die Balance zwischen Umsetzung der sozialen Nachhaltigkeit bei gleichzeitiger Einhaltung des Diskriminierungsverbotes gewährleisten muss.

Sieht sich ein WTO/GPA-Staat durch nationale Gesetze (oder Massnahmen) in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit in seinen Rechten bedroht, kann er das vor dem WTO-Streitbeilegungsmechanismus einklagen. Streitigkeiten in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind aber selten und liegen bereits einige Jahrzehnte zurück. Die aktuelle Blockade des Streitbeilegungsmechanismus und die Aushebelung des Appellate Bodys dürfte dazu führen, dass Streitigkeiten abnehmen bzw. zumindest nicht durch ein verbindliches zweitinstanzliches Urteil gelöst werden können. Somit ist das Risiko einer Rüge in Bezug auf sozial motivierte Beschaffungspraktiken als gering einzuschätzen.¹³⁶

5 Umsetzung

Das neue Nachhaltigkeitsziel im Schweizer Beschaffungsrecht erfordert von Beschaffungsbehörden konkrete Massnahmen vor der Ausschreibung, während der Ausschreibung und auch nach der Ausschreibung, um Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit in der Praxis umzusetzen.

Dabei ist wichtig zu beachten, dass eine öffentliche Beschaffung mehr als nur eine Ausschreibung ist. Der Beschaffungsprozess beginnt bei der Bedarfserkennung, die zu einer Planungsphase und erst dann zu einer Ausschreibung führt. Beendet ist die öffentliche Beschaffung mit Ablauf bzw. Erfüllung des Beschaffungsvertrags (i.d.R. nach fünf Jahren). Dass öffentliche Beschaffungen ein Prozess sind (und nicht nur eine Ausschreibung) wird oft vernachlässigt – oft richten Beschaffungsverantwortliche und Jurist*innen ihr Hauptaugenmerk auf die Ausschreibung. Doch nur unter Mitberücksichtigung der

¹³⁴ Siehe dazu im Detail KOCH 2020a, S. 93 ff.

¹³⁵ STEINER 2017, S. 45 – 46.

¹³⁶ Die Schweiz ist sehr selten bei WTO-Streitigkeiten involviert und wenn, dann als Klagepartei wie zuletzt im Fall *United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products (US – Steel)*, Streitsache DS556).

Planungs- und Vertragserfüllungsphase kann das einer öffentlichen Beschaffung innewohnende Nachhaltigkeitspotenzial entfaltet und ausgeschöpft werden.¹³⁷

Wenn die Planungsphase das Nachhaltigkeitspotenzial gründlich analysiert, können in der Folge in der Ausschreibung selbst geeignete Kriterien definiert werden. In Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit, konkret auch auf die Menschenrechte und Fair Trade, hat das neue Beschaffungsgesetz Spielräume geöffnet, die es im Folgenden zu analysieren gilt.

Je nachdem wie «risikobehaftet» ein Produkt ist, kann es für eine Beschaffungsbehörde aber auch geboten sein, Überprüfungsmechanismen zu implementieren, die konkrete Risiken in Bezug auf die Menschenrechte bzw. die ILO-Kernübereinkommen aufdecken.

5.1 Vor der Ausschreibung

5.1.1 Bedarfs- und Marktanalyse

Vor der eigentlichen Ausschreibung müssen sich Projektverantwortliche als erstes mit der Frage auseinandersetzen, welche Leistung überhaupt beschafft werden soll. Diese Phase umfasst die Planungsphase, die mit der Bedarfsermittlung beginnt. Dafür schätzen Projektverantwortliche anhand einer Marktanalyse (auch «Marktabklärung» genannt) ein, welche potenziellen Lösungen es auf dem Markt gibt und ob diese im Budget liegen.

So macht es auf dieser Stufe Sinn, sich zu überlegen, wo potenzielle Risiken (in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit) entlang der Lieferkette zu finden sind und wie diese Risiken abgedeckt werden können. Als Veranschaulichungsbeispiel kann ein Fall der Schweizer Armee dienen: Dort haben die Medien im Jahr 2016 aufgedeckt, dass die Armee ihre Kampfstiefel in Rumänien zu zwar landesüblichen, aber dennoch Dumping-Preisen herstellen liess, was zu einem grossen medialen Aufschrei führte.¹³⁸ Als Reaktion darauf zog die Armee ihre Produktion aus Rumänien ab. Hier wäre es in der Planungsphase sinnvoll gewesen, mit der Möglichkeit einer Produktion in «Billiglohnländern» zwar zu rechnen, aber im Landesvergleich gute Stundenlöhne einzuberechnen und entsprechend zu budgetieren. Aber auch im Bereich IKT-Mittel oder bei Lebensmitteln gibt es verschiedene Produkte auf dem Markt, die sich in Bezug auf die Einhaltung der Arbeitsrechte entlang der Lieferkette unterscheiden (siehe Anhänge 2-4).

Anhand der Bedarfsermittlung und der Marktanalyse in der Planungsphase können die Beschaffungsbehörden konkrete Kriterien (in Form von technischen Spezifikationen sowie Eignungs- oder Zuschlagskriterien) definieren, die sie in der Ausschreibung einfordern können. So hätte die Armee im Beispiel oben als Eignungskriterium «Bereitschaft, höhere Löhne als den Mindestlohn zu bezahlen» verankern können. Auch die Lohngleichheit und entsprechende Nachweise könnten in dieser Stufe in der Ausschreibung verankert werden.

Die Planungsphase ist somit von hoher Relevanz, um Nachhaltigkeit während der ganzen Beschaffung zu verankern. Ist die Ausschreibung erstmals publiziert, lässt sich daran nichts mehr ändern. Das heisst auch, dass Anbieter mit guten Ideen in Bezug auf Nachhaltigkeit nur dann mit Pluspunkten belohnt werden können, wenn dies entsprechend in den Zuschlagskriterien verankert ist. Somit lohnt es sich, in die Planungsphase zu investieren, um möglichst nachhaltige Kriterien definieren zu können.

5.1.2 Die Rolle von Beschaffungsstrategien und -weisungen¹³⁹

Um Nachhaltigkeit auf sozialer und ökologischer Ebene in der Praxis effektiv umsetzen, d.h. in der Ausschreibung berücksichtigen zu können, braucht es in der Praxis ein Entscheid auf strategischer Ebene: Durch Beschaffungsstrategien kann eine Gemeinde auf politischer Ebene ein Bekenntnis zu den Nachhaltigkeitszielen im Beschaffungsrecht setzen und so ihre Verantwortung in diesem Bereich wahrnehmen.

¹³⁷ So verweist auch die Beschaffungsstrategie des Bundes darauf, dass die Nachhaltigkeitsaspekte «entlang des gesamten Beschaffungsablaufes» zu berücksichtigen sind.

¹³⁸ SRF 2016.

¹³⁹ Die Autorinnen danken an dieser Stelle Herrn Marc Steiner, der nie müde wurde, die Wichtigkeit von Beschaffungsstrategien zu betonen und somit den Grundstein für dieses Unterkapitel gelegt hat. Siehe dazu auch STEINER 2023, S. 24 f.

Auf Bundesebene hat das federführende Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) im Namen des Bundesrates 2021 eine Beschaffungsstrategie publiziert, die für die ganze Bundesverwaltung (also die dem BöB unterstellten Beschaffungsbehörden) gilt.¹⁴⁰ Die Nachhaltigkeit wird in der Beschaffungsstrategie des Bundes gesetzesgemäß als Ziel von allen Bundesbeschaffungen anerkannt und entsprechend wird ihre Umsetzung auf Bundesebene seit 2021 im jährlichen Controlling-Bericht statistisch beleuchtet.¹⁴¹ Auch einzelne Departemente oder Bundesämter haben eigene Beschaffungsstrategien oder -weisungen zur Konkretisierung der Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung, wobei sich hier ein heterogenes Bild zeigt und viele dieser Dokumente nicht öffentlich sind.¹⁴²

Auch auf kantonaler oder gar kommunaler Ebene finden sich vereinzelt strategische Dokumente zum nachhaltigen Beschaffungswesen: Der Kanton Zürich hat beispielsweise am 7. März 2018 ein Dokument zur «Beschaffungspolitik des Regierungsrates» publiziert, in dem die Nachhaltigkeit als Ziel festgehalten wird.¹⁴³ Weiter geht die Stadt Bern, die Bereits 2013 ein «Leitbild zur Nachhaltigen Beschaffung in der Stadtverwaltung Bern» implementiert hat, mit konkreten Zielen und Leitlinien in Bezug auf die Nachhaltigkeit auf allen drei Ebenen.¹⁴⁴ Letztere geht von einem breiten Nachhaltigkeitsbegriff aus, der darauf abzielt, die Bedürfnisse der heutigen Generation zu befriedigen, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen zu gefährden und unter der sozialen Nachhaltigkeit die soziale Gerechtigkeit und die Gleichbehandlung von Mann und Frau versteht.¹⁴⁵

Die EU empfiehlt in ihrem Leitfaden zur sozialen Auftragsvergabe die Entwicklung von Beschaffungsstrategien in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit: dabei betont sie die Wichtigkeit eines vorgängigen «Stakeholder-Dialogs», also die Konsultation verschiedener Interessenträger*innen.¹⁴⁶ Nur so kann sichergestellt werden, dass der Markt realistischerweise in der Lage ist, diese Anforderungen zu erfüllen. Gleichzeitig kann sichergestellt werden, dass je nach Waren- oder Dienstleistungsgruppen konkrete Kriterien in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit definiert (dazu siehe sogleich, 5.2) und diese von den Beschaffungsbehörden auch in der Praxis angewandt werden können.¹⁴⁷

Im gleichen Sinne empfiehlt auch STEINER, den «Kulturwandel» hin zur Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen auf strategischer Ebene zu verankern und weist darauf hin, dass dies idealerweise durch entsprechende Beschaffungsstrategien, aber auf jeden Fall durch Schulungen von Verantwortungsträgern zwecks Sensibilisierung und Professionalisierung zu geschehen hat.¹⁴⁸ Nur wenn auf strategischer Ebene das «Ambitionslevel» in Bezug auf die ökologische und soziale Nachhaltigkeit definiert ist, können zuerst Führungspersonen und in einem zweiten Schritt auch Einkäufer*innen entsprechend geschult werden.¹⁴⁹

5.2 Ausschreibungskriterien und Spezifikationen in der Ausschreibung

Um das Nachhaltigkeitsziel des Beschaffungsrechts in der Praxis zu implementieren, ist es essenziell, dass Beschaffungsbehörden konkrete Kriterien zur ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit in die Ausschreibungsunterlagen aufnehmen.

¹⁴⁰ Siehe Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung.

¹⁴¹ Siehe EFD 2022, Beschaffungscontrolling 2022, S. 10.f.

¹⁴² Siehe z.B. z.B. armasuisse, Vergaberichtlinien armasuisse zur Umsetzung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), 2021.

¹⁴³ Kanton Zürich, Beschaffungspolitik des Regierungsrates, vom 07. März 2018.

¹⁴⁴ Gemeinderat Stadt Bern, Nachhaltige Beschaffung in der Stadtverwaltung Bern. Leitbild gemäss GRB Nr. 2013-1680 vom 11.12 2013 (Stand 2017).

¹⁴⁵ *Ibid.* S. 1 und S. 2.

¹⁴⁶ EU-Leitfaden, S. 28 ff.; Dies können verschiedenen Beschaffungsbehörden, die Wirtschaftsakteure bzw. der Branchenverband oder NGOs sein.

¹⁴⁷ EU-Leitfaden, S. 28 ff.

¹⁴⁸ STEINER IPST Public Sector Perspectives 2024, S. 18.

¹⁴⁹ *Ibid.*

Nur so können Beschaffungsbehörden ihre Nachfragemacht nutzen, um die soziale Nachhaltigkeit und somit auch die soziale Qualität des Beschaffungsgegenstandes gewährleisten zu können. Ansonsten laufen sie Gefahr, mit Steuergelder Produkte zu kaufen, die unter risikobehafteten bzw. allenfalls ausbeuterischen Bedingungen produziert wurden.

Doch wie können Beschaffungsbehörden Kriterien der sozialen Nachhaltigkeit in der Ausschreibung aufnehmen? Dafür stehen ihnen verschiedene «Instrumente» zur Verfügung: Einerseits können sie durch die *anbieterbezogenen Kriterien* (Eignungskriterien und Ausschlussgründe) Anforderungen an die Anbieterinnen als natürliche oder juristische Person stellen, andererseits können sie *Kriterien in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand* stellen.¹⁵⁰ Letzteres ist möglich durch die Instrumente der Zuschlagskriterien und der technischen Spezifikationen. Diese vier Instrumente sollen im Folgenden unter Nennung von Beispielen näher beschrieben werden.

5.2.1 Eignungskriterien (EK)

Eignungskriterien (EK) sind diejenigen obligatorische Kriterien, die sich auf die Eignung der Anbieterin beziehen, also sicherstellen, dass diese den Auftrag in der gewünschten Qualität erfüllen können.¹⁵¹ Die Voraussetzungen für Eignungskriterien finden sich in Art. 27 IVÖB: Erstens sollen EK objektiv erforderlich und überprüfbar sein (Abs.1) und zweitens sollen sie sich insbesondere auf die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin beziehen(Abs.2).

Kann eine Anbieterin ein EK nicht erfüllen, wird sie von der Beschaffung ausgeschlossen.¹⁵² EK sind also ein strenges Instrument und dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie objektiv erforderlich, also verhältnismässig sind (Art. 27 Abs. 1 IVÖB).

Beschaffungsbehörden können EK nutzen, um von ihren Anbieterinnen allgemeine Nachweise in Bezug auf soziale Nachhaltigkeit oder Fair Trade einzufordern, z.B.:

- **Referenzen** in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit als fachliches Kriterium, wie zum Beispiel die Fähigkeit, Gebäude für Menschen mit Einschränkungen zugänglich zu machen; oder
- eine **Zertifizierung** im Bereich der sozialen Nachhaltigkeit (oder einen gleichwertigen Fähigkeitsausweis).

So kann es sich anbieten, im Baubereich von einer Anbieterin zu verlangen, dass sie Referenzen in Bezug auf den behindertengerechten Bau von Gebäuden aufweisen kann.¹⁵³ Analog soll im IT-Bereich von Anbieter*innen eine Referenz verlangt werden, dass diese i.S. der «Web Accessibility» oder Barrierefreiheit Erfahrung darin haben, Webseiten oder Apps so zu programmieren, dass sie auch für Menschen mit Einschränkungen genutzt werden können.

Gleichermassen ist es möglich, diesen Nachweis nicht in Form von Referenzen, sondern von Zertifikaten (oder gleichwertigen Nachweisen) einzufordern. So kann eine Beschaffungsbehörde die Eignung zur barrierefreien Programmierung auch in Form eines Zertifikates einfordern. Im Bereich des Arbeitsschutzes gibt es die Möglichkeit, als Eignungskriterium einzufordern, dass die Anbieterin Mitglied einer Sozialstandard-Initiative wie der «Fair Wear Foundation» (FWF) oder der Fair Labor Association (FLA), oder dass ihre Fabriken nach einem Standard wie der SA 8000 zertifiziert ist (siehe dazu auch weiter vorne 5.4.2, oder für konkrete Empfehlungen im Textilsektor Anhang 3).

Dabei ist es wichtig, dass die Beschaffungsbehörde bei der Einforderung dieser Kriterien zulässt, dass Anbieter den «Gleichwertigkeitsnachweis» erbringen. Um dies zu ermöglichen, müssen die in einem Label oder einer Standardinitiative transparent in der Ausschreibung aufgelistet werden. Somit kann ein Anbieter nachweisen, dass er zwar nicht Mitglied der genannten Initiative ist oder unter dem genannten Zertifikat zertifiziert ist, aber das angestrebte Schutzniveau aufgrund anderer, gleichwertiger

¹⁵⁰ Auf die Regulierungsansätze zu den verschiedenen Instrumenten im europäischen Recht siehe vorhergehend Kapitel 4.2.

¹⁵¹ BVGE 2019 IV/1 E 3.3 und 2010/58 E. 6.1.

¹⁵² BGE 143 I 177 E.2.3.1.

¹⁵³ STEINER 2017, S. 42.

Massnahmen erfüllt.¹⁵⁴ Der Nachweis der Gleichwertigkeit obliegt der Anbieterin (siehe analog Art. 30 Abs. 3 IVöB).

5.2.2 Technische Spezifikationen (TS)

Technische Spezifikationen sind verbindliche Kriterien, die detailliert vorgeben, welche Eigenschaften ein Beschaffungsgegenstand aufweisen muss. Das WTO/GPA definiert technische Spezifikationen in Art. 1 u GPA als:

«Vorgaben, die Eigenschaften wie Qualität, Funktionsweise und Sicherheit (...) eines zu beschaffenden Produkts oder einer Dienstleistung oder die Herstellungsprozesse und -methoden definieren».

Aus diesem Gesetzeswortlaut ergibt sich,¹⁵⁵ dass technischen Spezifikationen auch verbindliche Vorgaben in Bezug auf die Herstellungsprozesse und -methoden machen dürfen (siehe dazu auch 5.2.2). Voraussetzung dafür ist, dass sie einen sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen.¹⁵⁶

In Bezug auf Kriterien der sozialen Nachhaltigkeit generell und spezifischer in Bezug auf Fair Trade Kriterien stellt sich die Frage, ob diese einen genügend engen sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen, damit sie als technische Spezifikationen in Frage kommen. Basierend auf dem EU-Präzedenzfall «Max Havelaar» hat sich die Literatur bisweilen skeptisch geäussert.¹⁵⁷ Das Max Havelaar-Urteil hielt fest, dass Kriterien in Bezug auf den fairen Handel nicht als technische Spezifikationen implementiert werden sollen, da sie keinen technischen Bezug aufweisen. Viel eher seien sie als «Bedingungen für die Auftragsausführungen» zu implementieren (gem. Art. 70 RL 2014/24/EU).¹⁵⁸

Das Schweizer Beschaffungsrecht weicht diesbezüglich von den EU-Richtlinien ab und kennt keine analoge Bestimmung zu Art. 70 RL 2014/24/EU. Somit stellt sich die Frage, wie technische Spezifikationen mit Bezug auf soziale Aspekte, insbesondere Fair Trade Aspekte, unter dem revidierten Schweizer Beschaffungsrecht zu beurteilen sind: Art. 30 IVöB enthält keine Schranken, welches die Einforderung von «Fair Trade» Standards grundsätzlich verbietet. Die Anforderungen an technische Spezifikationen sind lediglich, dass sich diese i) grundsätzlich auf internationale Normen beziehen sollen (Abs. 2) und sich ii) nicht auf spezifische Marken beschränken dürfen (Abs. 3). Dazu kommt das bereits erwähnte Erfordernis des «sachlichen Zusammenhangs zum Beschaffungsgegenstand» und das Erfordernis, den Gleichwertigkeitsnachweis¹⁵⁹ zuzulassen, das immer auch eine transparente Auflistung der Kriterien erfordert.

Dies bedeutet, dass Beschaffungsbehörden grundsätzlich einen Fair Trade Standard oder eine damit zusammenhängende Zertifizierung als technische Spezifikation setzen können, wenn diese international anerkannt sind und einen sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen. Dies ist bei international anerkannten Labels wie zum Beispiel «Fairtrade Max Havelaar» der

¹⁵⁴ Dies ergibt sich analog aus Art. X: 3 GPA und Art. 30 Abs. 3 IVöB.

¹⁵⁵ Art 30 Abs. 1 IVöB nimmt die GPA/WTO Definition in leicht abgeänderter Form wie folgt auf: «Diese [technische Spezifikationen] legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.

¹⁵⁶ Während das Kriterium des «sachlichen Zusammenhangs zum Beschaffungsgegenstandes» im EU-Recht im Gesetz verankert ist, findet es sich in der Schweiz lediglich in der Botschaft zum BöB in den Erläuterungen zu den Zuschlagskriterien (Art. 29) sowie zu den ökologischen technischen Spezifikationen gem. Art. 30 Abs. 4 BöB, siehe BöB Botschaft 1943 und 1946.

¹⁵⁷ Siehe STEINER 2014 mit Referenz auf CORVAGLIA 2017. STEINER 2017 äussert sich auf Basis des Max Havelaar Urteils eher skeptisch.

¹⁵⁸ STEINER 2012, S. 1311.

¹⁵⁹ Der «Gleichwertigkeitsnachweis» bedeutet, dass Beschaffungsbehörden bei der Bezugnahme auf Labels oder Zertifikate nach Möglichkeit auch den Nachweis der Gleichwertigkeit anderer Zertifikate oder Praktiken zulassen müssen (Art. X:3 GPA und in leicht abgewandelter Form Art. 30 Abs. 3 IVöB). Nur so ist sichergestellt, dass das jeweilige Zertifikat oder Label nicht die einzige Möglichkeit zur Teilnahme am Beschaffungsprozess ist.

Fall. Diese Labels setzen Mindestanforderungen in Bezug auf den Anbau ihrer Produkte (z.B. Reduktion von Pestiziden und anderen Chemikalien, oder ressourcenschonender Anbau). Diese Vorgaben betreffen Aspekte der sozialen und unweigerlich damit verbunden ökologischen Nachhaltigkeit und stehen in einem direkten Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand. Da sie sich direkt in der Beschaffenheit des Produktes reflektieren, sind sie als pr-PPM zu qualifizieren (siehe dafür 4.1.2). Gemäss dem Wortlaut des WTO/GPA sind aber auch npr-PPM (also PPM, die sich nicht direkt im Produkt reflektieren), wie beispielsweise gute Arbeitsbedingungen als technische Spezifikationen erlaubt. Dies betrifft zum Beispiel die Zertifikate zur Durchsetzung guter Arbeitsbedingungen und fairer Entlohnung, auch wenn diese nicht «technisch» im engeren Sinn sind. Dies muss auch nicht in Widerspruch zum in der BöB-Botschaft (nicht aber im Gesetz selbst) statuierten Erfordernis des «sachlichen Zusammenhangs zum Beschaffungsgegenstand» stehen – auch eine nicht direkt produktbezogene Herstellungsmethode kann in einem sachlichen Zusammenhang zu Beschaffungsgegenstand stehen.

In diese Richtung äussern sich auch vereinzelte Stimmen in der Literatur: CLAUSEN/TRÜEB argumentieren, dass auch die Herkunft eines Produktes aus gerechter Produktion und fairem Handel als «relevante immaterielle Produkteigenschaften» berücksichtigt werden können.¹⁶⁰ Diese Argumentation beruht auf BEYELER, der bereits 2012 auf das grosse diesbezügliche Ermessen der Beschaffungsbehörden hingewiesen hat und betonte, dass auch Qualitätsanforderungen ohne direkten wirtschaftlichen Nutzen im Rahmen der technischen Spezifikationen referenziert werden dürfen.¹⁶¹ In diese Richtung geht auch ein der EC - Seals Entscheid der WTO,¹⁶² der 2014 für Furore sorgte: In diesem Fall beurteilte die WTO ein Importverbot der EU für Produkte, die aus Fellen von jungen Robben hergestellt wurden.¹⁶³ Die Streitbeilegungsbehörde befand, dass «moralische Bedenken» ein Importverbot (und somit eine Diskriminierung) rechtfertigen, solange die Bevölkerung diese Bedenken teile. Auch wenn dieser Präzedenzfall das allgemeine Handelsrecht (konkret die Rechtfertigungsgründe in Art. XX GATT) betraf,¹⁶⁴ so lässt er auch Schlüsse für das Beschaffungsrecht zu: So lässt sich argumentieren, dass es im Beschaffungswesen (das nicht die regulatorische Rolle des Staates, sondern lediglich sein Konsumverhalten betrifft)¹⁶⁵, angebracht ist, soziale und tierfreundliche Herstellungsmethoden zu berücksichtigen, solange dies ein Anliegen der Bevölkerung ist.¹⁶⁶

Dies bestätigt auch der Praxis-Leitfaden der EU zur sozial verantwortungsvollen öffentlichen Beschaffung: Der Leitfaden nennt die Verankerung von Lieferkettentransparenz als technische Spezifikationen als eine Möglichkeit, über die reine Einforderung der ILO-Kernübereinkommen zu gehen. Während es aus dogmatischer Sicht fraglich ist, ob ein solches Kriterium nicht tatsächlich in Form eines Eignungskriteriums eingefordert werden soll, wird es in der Praxis vereinzelt angetroffen.¹⁶⁷ Generell sind technische Spezifikationen in Bezug auf Fair Trade oder andere soziale Herstellungsmethoden aber selten.¹⁶⁸

Aus Praxissicht muss zudem betont werden, dass diese Diskussion dogmatischer Natur ist und in der Praxis wenig relevant ist: Eine Berücksichtigung sozialer Anliegen ist als EK (siehe 5.2.1) unbestrittenermassen möglich, was letztlich in der Praxis die gleiche Wirkung erzielt.

¹⁶⁰ CLAUSEN/TRÜEB OFK-Kommentar zu Art. 30 BöB, N 9.

¹⁶¹ *Ibid.*, mit Referenz auf Beyeler 2012, S. 264,

¹⁶² Appellate Body Report, *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R; WT/DS401/AB/R, adopted on June 18 2014, siehe dazu im Detail KOCH 2016.

¹⁶³ *In casu* ging es um die Unterscheidung zwischen Produkten aus Robbenfellen, die unter grausamen Tötungsmethoden hergestellt wurden und solchen, die auf traditionelle Art und Weise von indigenen Völkern gejagt wurde, wobei die EU den Import ersterer verbot

¹⁶⁴ Wobei das GATT, wie bereits ausgeführt) strenger ist in Bezug auf Herstellungsmethoden als das GPA.

¹⁶⁵ STEINER 2017, S. 45.

¹⁶⁶ In diese Richtung argumentiert auch STEINER 2017, Fn 128, welcher dem Konsumentenverhalten auch eine wichtige Rolle zuweist.

¹⁶⁷ zum Beispiel Ausschreibung für «Reinigungsmittel für empfindliche Komponenten» der SBB vom 23. September 2022, Projekt-ID 243599, S. 8 der Angebotsunterlagen, wenn auch als Teil der «Leistungsanforderungen».

¹⁶⁸ Basierend auf einer Recherche basierend auf dem Beschaffungs-Analyse-Tool Intelliprocure.ch im Februar 2024.

Technische Spezifikationen schränken als obligatorische Kriterien den Wettbewerb stärker ein als Zuschlagskriterien.¹⁶⁹ Deshalb ist darauf zu achten, dass sie sich nicht handelseinschränkender als notwendig auswirken. Wichtig ist, dass Beschaffungsbehörden nicht einfach pauschal auf einen Standard oder ein Zertifikat verweisen, sondern deren Inhalt bzw. Anforderungen umschreiben.¹⁷⁰ Nur so können Anbieter ohne jeweilige Zertifizierung einschätzen, ob und wie sie den Gleichwertigkeitsnachweis erbringen können.

5.2.3 Zuschlagskriterien (ZK)

Zuschlagskriterien sind in Art. 29 IVÖB geregelt: Es sind leistungsbezogene Kriterien, die zwar nicht obligatorisch erfüllt werden müssen, deren Erfüllung aber wünschenswert sind («nice to have»-Kriterien): Diejenigen Angebote, welche diese Zuschlagskriterien erfüllen, bekommen Zusatzpunkte. Wie viel das jeweilige Zuschlagskriterium im Verhältnis zu den anderen Zuschlagskriterien gewichtet ist, muss im Vorfeld festgelegt und entsprechend in den Ausschreibungsdokumenten vermerkt und publiziert werden (Art. 29 Abs. 3 IVÖB). Im Rahmen der Zuschlagskriterien muss der Preis (definiert als Anschaffungspreis oder Lebenszykluskosten) berücksichtigt werden.¹⁷¹ Andere Kriterien liegen im freien Ermessen der Beschaffungsbehörden. Zuschlagskriterien gelten aufgrund ihres fakultativen Charakters generell als das wettbewerbsschonendste und somit als sehr geeignetes Instrument zur Implementierung von ökologischen und sozialen Beschaffungskriterien.¹⁷² Eine generelle Voraussetzung für Zuschlagskriterien ist, dass diese einen «sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand» haben.¹⁷³ Auch wenn das Gesetz hier nicht explizit die Ermöglichung des Gleichwertigkeitsnachweises fordert, empfiehlt sich auch hier die transparente Auflistung von in Labels oder Standardinitiativen referenzierten Kriterien.

Art. 29 Abs. 1 IVÖB umfasst eine exemplarische, nicht abschliessende Liste mit möglichen Zuschlagskriterien. Diese Liste erwähnt zwar «Nachhaltigkeit», geht aber nicht auf die soziale Dimension ein. Anders die Botschaft zum BöB, welche die «Fair-Trade»-Produktion oder die Integration von Langzeitarbeitslosen oder Menschen mit Behinderung explizit als legitime Zuschlagskriterien nennt. So könnte die Beschaffungsbehörde fair gehandelte oder generell für nachhaltig hergestellte Produkte Zusatzpunkte bei der Evaluation vergeben. Somit haben fair gehandelte Produkte einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Produkten, bei denen keine fairen Arbeitsbedingungen gewährleistet werden können.

In der Stadt Olten wird beispielsweise empfohlen, sofern es der Beschaffungsgegenstand zulässt, Nachhaltigkeitsaspekte mit 20% einfließen zu lassen (wobei die Stadt Olten nicht weiter spezifiziert, ob damit soziale und/oder ökologische Kriterien gemeint sind).¹⁷⁴ Es gibt Beschaffungsstellen, die Zuschlagskriterien mit weitergehenden sozialen Anforderungen bereits in die Praxis integrierten. In Deutschland hat die öffentliche Anstalt Dataport beispielsweise (deren Träger Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein sowie der kommunale IT-Verbund Schleswig-Holstein ist) von Anbietern sogenannte «Bieterkonzepte» zu sozialen Kriterien gefordert. Das heisst, die Anbieter wurden aufgefordert, ein Konzept zu erstellen, in dem sie darlegten, welche Anstrengungen sie unternehmen, um Sozialstandards von der Rohstoffgewinnung bis zur Endfertigung

¹⁶⁹ EU-Leitfaden, englische Version, S. 50, «it is vital to get them right».

¹⁷⁰ So auch das Max Havelaar Urteil, Ziff. 110.

¹⁷¹ Die obligatorische Berücksichtigung des Preises im Rahmen der Zuschlagskriterien ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 29 IVÖB: Er besagt, dass neben dem Preis andere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Dies zeigt, dass der Preis obligatorisch berücksichtigt werden muss, wobei die Berücksichtigung anderer Kriterien im freien Ermessen der Beschaffungsbehörde liegt («kann-Bestimmung»).

¹⁷² KOCH 2020b, S. 9.

¹⁷³ Botschaft BöB, 1943, S. 4, anders als im EU-Recht wird die Voraussetzung des «sachlichen Zusammenhangs zum Beschaffungsgegenstand» nicht im Gesetz erwähnt, sondern nur in der Botschaft, was im Lichte des Legalitätsprinzip zu monieren ist.

¹⁷⁴ Siehe: Anwendungshilfe für eine nachhaltige Beschaffungspraxis in der Stadt Olten 2021, S. 20,

https://www.olten.ch/_docn/3463394/2021-12-22_SubmissionOlten_Layout_Anwendungshilfe_v1.0.pdf.

einzuhalten. Die Konzepte wurden in den Zuschlagskriterien mit 15% gewichtet und das Konzept des Zuschlagsempfängers verbindlich in den Vertrag aufgenommen.¹⁷⁵

In Bezug auf den fairen Handel als Zuschlagskriterium zeigt ein Blick in die Praxis, dass dieses bislang von Beschaffungsbehörden in der Schweiz nicht angewandt wird.¹⁷⁶ Dies erstaunt, wenn man bedenkt, dass «Fair Trade» in der Botschaft des BöB explizit als mögliches Zuschlagskriterium genannt wird und die Anwendung somit im freien Ermessen der Behörde ist. Gemäss dem EU-Leitfaden zur sozialen Beschaffung könnte ein Zuschlagskriterium in Bezug auf den Fair Trade wie folgt aussehen:

*Zuschlagskriterium: Bis zu 10 % der verfügbaren Punkte werden für Angebote vergeben, die ein oder mehrere Produkte umfassen, die von Fairtrade International zertifiziert sind oder ein gleichwertiges Gütezeichen tragen. Beim Vergleich der Angebote werden der Wert und die Menge des (der) mit dieser Zertifizierung versehenen Produkts (Produkte), das (die) im Rahmen des Vertrags geliefert werden soll(en), berücksichtigt. Wenn Bieter aus Gründen, die sie nicht zu verantworten haben, nicht über eine Fairtrade-Zertifizierung verfügen, sollte das Angebot eine entsprechende Erklärung enthalten*¹⁷⁷

Das Beispiel räumt einer Fair Trade Zertifizierung einen Wettbewerbsvorteil von 10% ein. Zudem werden Anbieterinnen, die über *keine* Fair Trade-Zertifizierung verfügen, rechenschaftspflichtig. Das Beispiel zeigt auch, dass Fair Trade-Zertifizierung mit einem nicht zu unterschätzenden Anteil von 10% gewichtet werden können.

Dies führt zur Grundsatzfrage der Gewichtung: Wie viel müssten Kriterien in Bezug auf soziale Nachhaltigkeit gewichtet werden, dass sie einerseits nicht zu wettbewerbseinschränkend sind und andererseits aber einen effektiven Anreiz zu nachhaltigem Verhalten bieten?¹⁷⁸ Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Was eine angemessene Gewichtung ist, bemisst sich im Einzelfall und liegt im Ermessen der Beschaffungsbehörden. Im Gegensatz zum Zuschlagskriterium «Preis», bei dem das Gericht eine Untergrenze von 20% Gewichtung festgelegt hat,¹⁷⁹ hat das Gericht weder eine Obergrenze für den Preis festgelegt noch eine Untergrenze für das Kriterium der Nachhaltigkeit diskutiert. Grundsätzlich muss beachtet werden, dass qualitätsbezogene Zuschlagskriterien (also auch in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit) im Verhältnis zum Preis nicht zu tief gewichtet werden und sich Nachhaltigkeit und Preis als Kriterien die Waage halten.¹⁸⁰

Es darf nicht unterschätzt werden, welche Signalwirkung ein Zuschlagskriterium hat. Auch wenn «der Markt», d.h. einzelne Anbieter, ein Zuschlagskriterium nicht oder noch nicht erfüllen können, so sind sie sich dessen Relevanz nichtsdestotrotz bewusst und können ihre Unternehmens- bzw. Produktionsstrategie zukünftig danach ausrichten. Im gleichen Sinne kann es sinnvoll sein, Zuschlagskriterien in Kombination mit anderen Vergabeinstrumenten anzuwenden: Bei Kriterien, die graduell bewertet werden, kann es sich zum Beispiel anbieten, Mindestanforderungen als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung in Form von Zuschlagskriterien zu implementieren.

Ähnlich empfiehlt die EU zum Beispiel, Zuschlagskriterien in Kombination mit vertraglichen Klauseln (siehe dazu 5.3) anzuwenden.¹⁸¹ So können Anbieter, die fair gehandelte Produkte betreiben, im Rahmen

¹⁷⁵ Punkte vergeben wurde für a.) Umfang der einzuhaltenden Arbeits- und Sozialstandards, b.) Plausibilität des Konzepts zu deren Einhaltung und c.) Nachweis für die Einhaltung, EVERMANN 2016, S. 9f, S. 16.

¹⁷⁶ Basis für diese Aussage ist eine Recherche auf der Beschaffungsplattform Intelliprocure.ch der BFH im Februar 2024.

¹⁷⁷ EU-Leitfaden, S. 88.

¹⁷⁸ *Ibid.*, S. 72. Für die Frage nach der «idealen» Gewichtung siehe im Kontext der Lehrlingsausbildung auch STEINER 2017, S. 35 und S. 36.

¹⁷⁹ BGE 143 II 553 E. 6.4

¹⁸⁰ STEINER 2017, S. 35. Dabei muss aber doch bemerkt werden, dass eine hohe Gewichtung nicht zwingend mit einer höheren Effektivität einhergeht. In Bezug auf die Effektivität ist es viel eher zentral, in «*high impact*»-Kategorien sachdienliche Nachhaltigkeitskriterien zu identifizieren und diese bei öffentlichen Ausschreibungen als Zuschlagskriterien einzusetzen.

¹⁸¹ EU-Leitfaden, S.88: *Contract performance conditions*, in der deutschen Version als «Bedingungen für die Auftragsausführung» bezeichnet.

der Zuschlagskriterien bevorzugt behandelt werden. Als Grundvoraussetzung für die Auftragserfüllung kann die Beschaffungsbehörde unabhängig vom Zuschlagskriterium vorsehen, während der Vertragserfüllung darauf hinzuarbeiten, «zusätzliche Produkte mit Fair Trade-Zertifizierung oder gleichwertigem Gütezeichen in sein Angebot aufzunehmen» (für mehr Details dazu siehe 5.3). Eine solche – zusätzlich zu Zuschlagskriterien aufführbare – Vertragsklausel hilft, für Fair Trade-Zertifizierungen zu sensibilisieren und ein Anreizsystem zu schaffen, um das Potenzial von Fair Trade auf dem Markt weiter auszuschöpfen.¹⁸²

5.2.4 Ausschlussgründe

Schliesslich können Beschaffungsbehörden Anbieter auch vom Verfahren ausschliessen. Dies, wenn einer der Gründe gem. Art. 44 IVÖB vorliegt, z.B. wenn der Anbieter die obligatorischen Teilnahmebedingungen oder die Eignungskriterien nicht erfüllt (Art. 44 lit. a IVÖB). Wenn ein Anbieter ein Angebot einreicht und ersichtlich wird, dass er die obligatorischen Teilnahmebedingungen oder die Eignungskriterien nicht einhält, hat dies i.d.R. den Ausschluss zur Folge.¹⁸³

- Teilnahmebedingungen: Hält ein Anbieter die ILO-Kernübereinkommen (Level 1 Mindestanforderungen) oder weitere als Teilnahmebedingungen gestellte wesentliche Arbeitsstandards (Level 2) *nicht* ein, beispielsweise weil er entlang der Lieferkette Schwarzarbeiter*innen beschäftigt oder keinen Schutz vor sexuellen Übergriffen bietet, kann er vom Verfahren ausgeschlossen und zusätzlich mit Sanktionen belegt und/oder von Beschaffungsverfahren gesperrt werden.¹⁸⁴
- Eignungskriterien: Angenommen eine Beschaffungsbehörde würde nun für eine Textilbeschaffung ein Fair Trade Zertifikat aller potenziellen Anbieterinnen verlangen, kann sie diejenigen Anbieterinnen, die über kein Zertifikat verfügen (oder keine weiteren Nachweise zur Gleichwertigkeit erbringen), vom weiteren Vergabeverfahren ausschliessen.

Auch wenn Art. 44 IVÖB im Gegensatz zum EU-Recht eine Kann-Bestimmung ist und suggeriert, dass Beschaffungsbehörden Anbieter ausschliessen können, aber nicht müssen. Die Literatur geht nichtsdestotrotz davon aus, dass ein Ausschluss aus schwerwiegenden Gründen, wie es viele der in Art. 44 aufgezählten Gründe darstellen, obligatorisch ist.¹⁸⁵ Bei Bagatelledelikten, die sofort korrigiert werden können, rechtfertigt sich ein Ausschluss gem. bundesrätlicher Botschaft u.U. nicht.¹⁸⁶ Auf einen Ausschluss kann aber nur dann verzichtet werden, wenn dieser «unverhältnismässig» wäre oder «überspitzt formalistisch».¹⁸⁷

In der Praxis gestaltet sich ein Ausschluss oft schwierig, weil Verstösse gegen Gesetze oder obligatorische Teilnahmebedingungen nicht automatisch erfasst und in einer für Behörden zugänglichen Plattform einsehbar sind. Für einzelne Behörden ist es schwierig, Verstösse zu erkennen und zu ahnen.

5.3 Der Beschaffungsvertrag

Nach der Zuschlagserteilung unterzeichnet die Beschaffungsbehörde i.d.R. einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin (Art. 42 IVÖB), der alle für die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags relevanten Dinge beinhaltet. Oftmals beruhen Beschaffungsverträge auf Standardverträgen mit Standardklauseln, die zumindest als Entwurf bereits der Ausschreibung beigelegt werden. Diese Standardklauseln, zum Beispiel zum Beschaffungsgegenstand oder zum Eskalationsverfahren, zum Preis oder zu den Zahlungsmodalitäten,¹⁸⁸ werden nach Zuschlagserteilung im Sinne der Offerte und wo

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ BGE 145 II 249. E.

¹⁸⁴ STEINER 2017, S. 44.

¹⁸⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 444.

¹⁸⁶ Botschaft BöB, wobei die Botschaft nicht spezifiziert, was als «Bagatelldelikt» zu verstehen ist.

¹⁸⁷ BGE 145 II 249. E.

¹⁸⁸ Zu den Standardklauseln gehören auf Bundesebene Klauseln wie: i) Ort der Leistungserbringung, ii) die Mitwirkungsobligenheiten der Beschaffungsbehörden, iii) den Gerichtsstand, iv) die Kündigungsmodalitäten und oder eben auch

nötig mit weiteren, dem jeweiligen Vertragsverhältnis entsprechend individuellen Vertragsinhalten-/klauseln ergänzt.

Eine Beschaffung wird erst durch den Vertrag rechtlich verbindlich. Somit ist der Vertrag das wichtigste Durchsetzungsinstrument für rechtliche Ansprüche. Dies ist insbesondere auch in Bezug auf die Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit wichtig, die naturgemäß schwierig kontrollier- und durchsetzbar sind. Umso wichtiger ist es, dass die Beschaffungsbehörden diejenigen sozialen Kriterien, die sie in der Ausschreibung aufgenommen haben (siehe dazu 5.2), auch im Vertrag reflektieren: Wenn soziale Aspekte als obligatorische Vertragsklausel schwarz auf weiß im Vertrag verankert sind (und der Vertrag von der Anbieterin sogar entsprechende Nachweise fordert), wird sie bei Nichteinhaltung vertragsbrüchig und kann gemäß Vertrag sanktioniert werden. Im schlimmsten Fall hat dies die Auflösung des Vertrags (und eine Neuaußschreibung) zur Folge – ein Risiko, das sie nur schwer in Kauf nehmen wird.¹⁸⁹ Im Sinne eines *nudgings*, also eines positiven Anreizsystems, können soziale Vertragsklauseln aber auch so aufgebaut sein, dass ihre Missachtung nicht gleich zu Sanktionen oder Gerichtstreitigkeiten führt; alternativ kann zum Beispiel die Zahlungsauslösung an die Einhaltung geknüpft werden oder es können bei Nichteinhaltung Bussen ausgesprochen werden.¹⁹⁰ Als am wenigsten einschneidende Folge einer Nichteinhaltung von sozialen Vertragsbedingungen nennt der EU-Leitfaden ein klarendes oder mahnendes Gespräch mit der Vertragspartnerin.¹⁹¹

Vertragsklauseln zur sozialen Nachhaltigkeit können sich auf Mindestanforderungen als obligatorische Teilnahmebedingungen beziehen (siehe 3.2.1) und somit als Durchsetzungsinstrument des Gesetzes dienen.¹⁹² Doch auch über die Mindestanforderungen hinausgehende Kriterien (seien dies Level-2-Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien, technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien) sollen im Vertrag reflektiert werden: Wurde einer Anbieterin im Beschaffungsverfahren beispielsweise im Rahmen der Zuschlagskriterien Punkte für ein Sozialkonzept gegeben, soll der Vertrag auch dafür sorgen, dass dieses Sozialkonzept transparent vorgelegt werden muss. Sozial motivierte Vertragsklauseln betreffen zudem oft auch die Einwilligung in Audits.¹⁹³

Darüber hinaus können Beschaffungsbehörden weitere Anforderungen definieren und diese im Vertrag als «obligatorische Ausführungsbestimmungen» aufnehmen. Als Beispiel nennt der EU-Leitfaden die Vertragsbedingung, dass Anbieter während des Zeitraums der Vertragserfüllung darauf hinarbeiten sollen, «zusätzliche Produkte mit Fair Trade-Zertifizierung oder gleichwertigem Gütezeichen in das Angebot aufzunehmen».¹⁹⁴ Wird dies nicht erfüllt, kann ein Teil der Zahlungen zurückgehalten werden.

Wichtig ist, dass Vertragsklauseln bei Nichteinhaltung greifbare Mechanismen vorsehen, z.B. Sanktionen oder andere weniger strenge Folgen wie Gespräche. Als Vertragsklauseln, die nur deklaratorischer Natur sind und keine konkreten Rechtsfolgen mit sich ziehen, sind die in der Praxis üblichen Standardvertragsklauseln zur «Selbstdeklaration». Diese verlangen i.d.R. lediglich, dass die Anbieterin mittels einem Selbstdeklarationsformular die Einhaltung der in Art. 12 IVÖB statuierten Bedingungen bestätigt. Über Kontrollmechanismen oder Verbesserungsmöglichkeiten schweigen sich diese Vertragsklauseln aus.¹⁹⁵ Dies wird auch in der neusten Rechtsprechung kritisch gewürdigt: So besagt das Bundesverwaltungsgericht in einem kürzlich erfolgten Entscheid: «Je relevanter eine Teilleistung für den Gesamtauftrag und je lieferkettenrisikobehafteter eine Teilleistung ist, desto *mehr kann es angezeigt sein, über das Abfragen einer Selbstdeklaration hinauszugehen*»¹⁹⁶ (siehe zur Sorgfaltspflicht sogleich 5.4.1).

die Einhaltung der obligatorischen Teilnahmebedingungen via Selbstdeklaration, siehe Webseite KBOB, <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/dokumente-entlang-des-beschaffungsablaufs.html>.

¹⁸⁹ CORVAGLIA 2016, 614.

¹⁹⁰ Zum Thema des «nudgings» für nachhaltige Beschaffungen siehe KLINGLER/SCHOOER 2023.

¹⁹¹ EU-Leitfaden, S. 50.

¹⁹² BECKERS, S. 209.

¹⁹³ Siehe zum Beispiel LANDMARK PROJECT, S. 39.

¹⁹⁴ EU-Leitfaden, S. 88.

¹⁹⁵ Nur die AGB sehen eine Konventionalstrafe bei Nichteinhaltung vor (siehe z.B. Ziff. 4.7 AVB KBOB für die Beschaffung von Gütern), aber ohne sich zu den Kontrollmechanismen zu äußern.

¹⁹⁶ BVGE, Urteil B-1714/2022 vom 19. September 2023, E. 11.8 (eigene Hervorhebung).

5.4 Während und nach der Ausschreibung: Nachweise und Kontrollmöglichkeiten

Soziale Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen funktioniert nicht, ohne die entsprechenden Kriterien in der Ausschreibung einzufordern. Doch wie kann deren Überprüfung bei der tatsächlichen Lieferung bzw. über die Vertragslaufzeit hinweg tatsächlich gewährleistet und überprüft werden? Hier besteht die Möglichkeit, Kontrollmechanismen einzuführen und die Einhaltung beim Eingang der Offerten (während der Ausschreibung) oder nach Erteilung des Zuschlags bei Vertragsabschluss zu überprüfen.

Aus Gründen der Sorgfaltspflicht ist insbesondere bei der Beschaffung in Risikogebieten oder -sektoren eine weitergehende Überprüfung sozialer Aspekte entlang der Lieferkette notwendig. Eine häufige Art und Weise, wie Sozialstandards bisher überprüft wurden, ist durch Selbstdeklarationen. Diese werden jedoch nicht von unabhängigen Prüfstellen durchgeführt, sondern vom Lieferanten selbst ausgefüllt und können falsche oder verzerrte Angaben enthalten. Beschaffungsstellen können durch zusätzliche Kontrollinstrumente sicherstellen, dass Lieferanten die geforderten Standards einhalten. Eine unabhängige Überprüfung der sozialen Anforderungen kann beispielsweise durch die Einforderung von Labels, Zertifikaten oder Audit-Dokumenten erreicht werden. Diese können in der Ausschreibung als Nachweis für die Einhaltung der Teilnahmeveraussetzungen (Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen, siehe Kapitel 3.2.1) gefordert werden und/oder durch Vertragsklauseln im Vertrag verankert werden, sodass auch während der Vertragslaufzeit Audits in wichtigen Fabriken und Betrieben erfolgen können.

Neben ethischen Gründen hat eine sorgfältige Überprüfung von Sozialstandards auch den Vorteil, Beschaffungsstellen vor Reputationsschäden zu schützen. Die Öffentlichkeit ist zunehmend für problematische Arbeitsbedingungen in Lieferketten sensibilisiert und reagiert negativ auf Unternehmen und öffentliche Institutionen, die Produkte aus unethischen Praktiken beziehen. So wurde beispielsweise die Beschaffung von Kampfstiefeln durch die armasuisse im Jahr 2016 in vielen Schweizer Medien kritisiert und der armasuisse vorgeworfen, durch tiefe und ausbeuterische Mindestlöhne in der Produktion von niedrigen Produktpreisen zu profitieren.¹⁹⁷ Auch die Stadt Zürich wurde im «Tages-Anzeiger» mit Vorwürfen konfrontiert, sie kenne die Lieferkette ihrer Produkte nicht bzw. sie wisse nicht, unter welchen Arbeitsbedingungen die Arbeiter*innen in China die beschafften Natursteine produzierten.¹⁹⁸ Wenn Beschaffer*innen nachweisen können, dass sie alle notwendigen Schritte unternommen haben, um ethisch vertretbare Produkte zu beschaffen und ein Bewusstsein für die Lieferkette haben, schützt dies nicht nur vor Kritik, sondern stärkt auch ihre Glaubwürdigkeit als verantwortungsbewusste Organisationen.

5.4.1 Sorgfaltspflicht und Risikoanalyse

Die am weitesten verbreitete Methode, um die Einhaltung sozialer Aspekte bei den Lieferanten abzufragen, ist die «Selbstdeklaration» (Art. 26 Abs. 2 IVÖB). Dabei muss der Anbieter auf Anfrage der Beschaffungsstelle ein Formular ausfüllen und bestätigen, dass die Vergabeanforderungen nach Art. 12 IVÖB erfüllt sind. Laut eigenen Angaben will der Bund mit der Forderung nach einer Selbstdeklaration einerseits die Anbieter hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmeveraussetzungen (sowie Lohngleichheit und Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen) sensibilisieren. Andererseits bietet die Selbstdeklaration eine Grundlage, um Anbieter bei falschen Angaben vom Wettbewerb ausschliessen zu können. Mit anderen Worten: Unterzeichnet der Anbieter die Selbstdeklaration trotz Nichteinhaltung der Anforderungen, können Sanktionen bis hin zum Ausschluss vom Vergabeverfahren oder zum Widerruf des Zuschlags drohen (Art. 44 Abs. 2 Bst. f IVÖB, siehe zu den Ausschlussgründen vorhergehend 5.2.4). Mit der Ausschlussmöglichkeit bei Nichteinhaltung der Kernarbeitsnormen soll verhindert werden, dass Anbieter bei der Produktion auf ausbeuterische Arbeitsbedingungen setzen.¹⁹⁹ Der Nachteil an der Selbstdeklaration ist, dass die darin gemachten Angaben nicht unabhängig sind, d.h. von den Lieferanten oder Herstellern selbst stammen, und falsche oder verzerrte Angaben enthalten können,

¹⁹⁷ Vgl. z.B. die Kritik an der armasuisse an der Beschaffung von Kampfstiefeln: SRF 2017 oder WATSON 2016.

¹⁹⁸ Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich vom 17. März 2010, einsehbar über:

https://intelliprocure.ch/download?browser=true&file=/209895/t6_2_richtlinie_soziale_nachhaltigkeit_strb_459_2010.pdf.

¹⁹⁹ STEINER 2017, S. 44, S. 47f.

die ohne weitere Überprüfung nicht aufgedeckt werden. Es ist daher besonders wichtig, dass aus Gründen der Sorgfaltspflicht in gewissen Fällen eine unabhängige Verifizierung der Selbstdeklaration erfolgt, um sicherzustellen, dass die Teilnahmevoraussetzungen erfüllt sind (siehe auch Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, BVGe B-1714/2022 vom 19. September 2023, E. 118).²⁰⁰

Eine Überprüfung der Arbeitsbedingungen ist vor allem dort notwendig, wo Risiken bestehen, dass Arbeitsschutzgesetze nicht eingehalten werden. Dafür gibt es mindestens zwei Gründe: Erstens sind Anbieter in sehr kompetitiven und sozial risikobehafteten Branchen eher geneigt, in der Selbstdeklaration falsche Angaben zu machen, um nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen zu werden. Erst kürzlich wurde aufgedeckt, dass durch Lohndumping und Vorenthalten von Sozialzulagen in der Eisenleger-Branche tiefe Offertpreise erzielt wurden. Bei Ausschreibungen des Bundes wurden diese Lieferanten nur anhand der Selbstdeklaration überprüft. Die Selbstdeklaration wiederum wurde von den Lieferanten positiv bestätigt, obwohl gravierende Mängel vorlagen.²⁰¹ Daher kann man sich insbesondere in Hochrisikosektoren oder bei Hochrisikoprodukten nicht allein auf die Selbstdeklaration verlassen. Ein zweiter Grund ist, dass eine weitergehende Überprüfung die Lieferanten dazu veranlasst, sich genauer mit ihrer Lieferkette und somit ihren Sublieferanten auseinanderzusetzen. Indem Beschaffungsstellen über die Selbstdeklaration hinausgehen und relevante Nachweise für den Lieferanten und seine wichtigen Sublieferanten fordern, müssen diese mehr Wert auf ein gutes Monitoring der Sublieferanten legen sowie sich darum bemühen, dass Arbeitsrechte eingehalten werden. Beschaffungsstellen müssen daher ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen, wenn ein relevanter Produktbestandteil des zu beschaffenden Produktes in einem Risikogebiet hergestellt wird. Die Sorgfaltspflicht betrifft dabei nicht nur den direkten Zulieferer, sondern auch Sublieferantinnen, die für die Auftragserfüllung relevant sind.²⁰²

Um festzustellen, ob eine Anbieterin sowie ihre wichtigsten Sub-Lieferanten die ILO-Kernarbeitsnormen einhalten, können die Vergabestellen verschiedene Kontrollinstrumente einsetzen. Der Beginn dieses Prozesses wird in der Regel durch die Durchführung einer Risikoanalyse markiert.

Der Aufwand für die Überprüfung der Einhaltung der ILO-Normen ist nicht bei jeder Ausschreibung gleich, sondern hängt vom Ausschreibungsgegenstand und vom Sektor ab. Ob und welche zusätzlichen Nachweise eine Lieferantin erbringen muss, ist am effektivsten durch eine Risikoanalyse zu ermitteln. Eine Risikoanalyse kann die Wahrscheinlichkeit möglicher Verstöße gegen Normen, Vereinbarungen oder Bestimmungen identifizieren. Normalerweise beziehen sich Risikoanalysen auf bestimmte Länder oder Gebiete, sie können aber auch Materialien wie Rohstoffe oder Produktsektoren bewerten. Ergibt die Risikoanalyse ein hohes Risiko für die Verletzung von Arbeitsstandards oder Menschenrechten, können diese Risikofaktoren in den Ausschreibungsunterlagen konkretisiert und spezifische Nachweise zur Überprüfung der gefährdeten Standards verlangt werden.²⁰³

Mittlerweile gibt es eine Reihe von Hilfsmitteln und Instrumenten, die bei der Durchführung einer Risikoanalyse helfen können:²⁰⁴

- Ein guter Ausgangspunkt ist die **Relevanzmatrix des Bundesamtes für Umwelt (BAFU)**. Sie bietet einen Überblick über die ökologischen und sozialen Herausforderungen im Produktlebenszyklus verschiedener Produktkategorien. Werden Verletzungsrisiken von Normen oder Rechten aufgeführt, schlägt die Relevanzmatrix spezifische Handlungsoptionen vor, wie Einkäufer*innen darauf reagieren können.²⁰⁵

²⁰⁰ BIEHL 2024, S. 63.

²⁰¹ Dumping auf der Baustelle: Die Methoden der Eisenleger. [Video]. Play SRF. <https://www.srf.ch/play/tv/rundschau/video/dumping-auf-der-baustelle-die-methoden-der-eisenleger?urn=urn:srf:video:52e999ef-26f9-4d3e-998b-fb0ae1801f5a>

²⁰² Siehe auch BESCHAFFUNGSKONFERENZ DES BUNDES BKB 2021, S. 12f und BVGe B-1714/2022 vom 19. September 2023, E. 118.

²⁰³ BIEHL 2024, S. 62f.

²⁰⁴ Siehe auch Beschaffungsamt des BMI 2021, S. 18ff. für eine umfassende Analyse zur Vorgehensweise bei einer Risikoanalyse sowie zu Hilfestellung, was bei einer solchen Analyse alles beachtet werden muss.

²⁰⁵ FAIST EMMENEGGER & SCHLIERENZAUER (bzw. siehe Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung, WOEB)

- Das **Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)** bietet Beschaffungsverantwortlichen Zugang zu einem Tool an, mit dem Länderrisiken geprüft werden können. Das SECO-ILO-Tool umfasst in seiner Datenbank alle 187 Mitgliedsländer der ILO, für die die ILO-Kernübereinkommen sowie gegebenenfalls weitere Abkommen gelten. Diese Staaten werden nach ihrem Risiko evaluiert und gekennzeichnet.²⁰⁶
- Eine weitere bekannte datengesteuerte Plattform ist **ELEVATE EiQ**. Die Datenbank leistet Unternehmen eine Hilfestellung, ihre Sorgfaltspflicht innerhalb ihrer Lieferkette umzusetzen bzw. ihr ESG-Risikomanagement (Environmental, Social, and Governance) zu verbessern. Die EiQ-Analyse basiert auf Auditdaten und bildet Länder- sowie Produktrisiken ab. Die Plattform ermöglicht auch die Identifizierung spezifischer Risiken (z.B. Kinderarbeit, Niedriglöhne, exzessive Arbeitszeiten, etc.).²⁰⁷
- Auch **Standard- oder Unternehmensinitiativen** stellen ihren Mitgliedern Plattformen zur Risikobewertung von Ländern und Sektoren zur Verfügung. Die auf die IT-Branche gerichtete Unternehmensinitiative «Responsible Business Alliance» (RBA) beispielsweise, bietet Zugang zu einer «Risk Assessment Platform», auf der Regionen mit hohen Risiken für Arbeitsschutzverletzungen abgebildet sind.²⁰⁸ Auch Social Accountability Accreditation Services (SAAS) haben eine Risikoklassifizierung entwickelt, die für Interessierte kostenlos und ohne Registrierung einsehbar ist.²⁰⁹
- Eine weitere anschauliche Plattform zur Risikoanalyse ist die kostenlose **Fairtrade Risk Map**. Die Risikokarte ermöglicht sowohl einen Überblick über die Risiko-Hotspots als auch eine Filterung nach einzelnen Ländern. Bei den einzelnen Ländern sind Risikobereiche wie beispielsweise Kinder- oder Zwangsarbeit mit einem Risikoprozentsatz gekennzeichnet.²¹⁰

Bei der Auswahl der Risikoanalyse-Tools sollte darauf geachtet werden, dass die Daten aktuell und repräsentativ sind. Die von den Plattformen vorgeschlagenen Risikoklassifizierungen basieren in den meisten Fällen auf Daten, die durch Audits gewonnen wurden. So gibt es zu den Arbeitsbedingungen in China beispielsweise viele Daten, da dort viele Audits durchgeführt werden, während es bei einem Land wie Kasachstan weniger Auditdaten gibt, die somit vielleicht nicht in jeder Hinsicht repräsentativ sind.²¹¹ Auch bei Ländern mit wenig Auditdaten leiten Plattformen wie EiQ dennoch eine Tendenz ab, die als Ausgangspunkt dienen kann, ein Land als «risikoreich» oder «risikoarm» zu klassifizieren.

5.4.2 Labels, Zertifikate und Audits

5.4.2.1 Hilfsmittel zur Überprüfung der Nachhaltigkeitskriterien

Labels (auch «Gütezeichen» oder «Gütesiegel» genannt) sind Kennzeichnungen oder Symbole, die auf einer Zertifizierung beruhen. Zertifizierungen bescheinigen die Einhaltung bestimmter Normen, Regelungen oder Standards.²¹² Dabei wird meistens zwischen i) Produkt- und ii) Fabrikzertifikaten unterschieden:

- **Produktzertifikate** bestätigen, dass die Herstellung eines bestimmten Produkts einem Standard oder Kodex entspricht.²¹³

²⁰⁶ Zugang zum Tool können Beschaffungsstellen über info.dain@seco.admin.ch beantragen.

²⁰⁷ *EIQ.ai*. <https://www.eiq.ai/>, siehe für Hinweise zur Beurteilung ELEVATE 2022.

²⁰⁸ RESPONSIBLE BUSINESS ALLIANCE o.D.

²⁰⁹ SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL 2020.

²¹⁰ Fairtrade Risk Map, <https://riskmap.fairtrade.net/countries>

²¹¹ BESCHAFFUNGSAMT DES BMI 2021, S. 20.

²¹² Für eine Orientierungshilfe für Standards im IT-Sektor siehe das Web-Tool «ITC's Standards Map» des International Trade Center (ITC): <https://intracen.org/resources/tools/standards-map>. Für eine Übersicht über Labels im Schweizer Kontext siehe das Web-Tool labelinfo.ch. Für die konkrete Einbettung einiger Labels im sektorspezifischen Kontext siehe Anhänge 2-4.

²¹³ BESCHAFFUNGSAMT DES BMI 2021, S. 35.

- **Fabrikzertifikate** hingegen beziehen sich auf konkrete Fabriken und belegen die Einhaltung bestimmter Standards in einer Fabrik. Produktzertifikate basieren meistens auf Fabrikzertifikaten bzw. umfassen mehrere davon.²¹⁴

Wenn ein Produkt mit einem Label oder einem Zertifikat versehen ist, können daraus Informationen über seine Umwelt- und/oder Sozialverträglichkeit abgelesen werden – z.B. im Falle von Öko-Labels, dass ein bestimmtes Produkt mit geringen Umweltkosten hergestellt wurde oder im Falle von Fair Trade-Labels, dass es aus fairem und geregeltem Handel stammt.²¹⁵ Labels oder Zertifikate sind für Beschaffungsstellen die einfachste Möglichkeit, soziale Aspekte zu überprüfen, da die Kontrolle nicht direkt durch die Beschaffungsstelle, sondern durch eine externe Auditfirma erfolgt. Zudem können Labels und Zertifikate durch die ihnen zugrunde liegenden Sozial-Standards helfen, schwache Arbeitsschutzgesetze oder fehlende Durchsetzungsmöglichkeiten vonseiten der Regierung ansatzweise abzufedern.²¹⁶

Die Berufung auf Labels bei den technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien oder den Vertragsklauseln («Bedingungen für die Auftragsausführung» gem. Art. 70 RL 2024/24/EU) ist im EU-Recht umfassend geregelt (Art. 43 RL 2014/24/EU). In der Schweiz fehlt eine analoge Regelung. In Bezug auf die Grundprinzipien des Beschaffungsrechts, dem Gleichheits- und Transparenzgebotes, gibt es bei der Verwendung von Labels einige Dinge zu beachten: Da es mittlerweile eine Fülle von Labels gibt, denen unterschiedliche Standards und Zertifizierungsmechanismen zugrunde liegen, ist es wichtig, Kriterien zu kennen, die ein Label als zuverlässig und glaubwürdig ausweisen. Dabei ist es wichtig, die verantwortliche Stelle zu kennen, die das Label prüft und vergibt. Da die Vergabe von Labels rechtlich nicht einheitlich geregelt und geschützt ist, kann jedes Unternehmen eigene Prüf- oder Gütesiegel kreieren und vergeben.²¹⁷ Sogenannte «self-declared»-Labels, bei denen sich Unternehmen oder Fabriken selbst auditieren und zertifizieren, sollten daher vermieden werden, da sie nicht neutral sind und die Gefahr des «Greenwashing» bergen.²¹⁸ Es ist daher wichtig, Labels mit transparenten Zertifizierungsrichtlinien zu fordern, die von einer unabhängigen und neutralen Prüfungsstelle auditiert werden.²¹⁹ Labels, die auf Standards von staatlichen Stellen, internationalen Institutionen oder anderen offiziellen Organisationen basieren, sind ein guter Orientierungspunkt, da deren Zertifizierungskriterien und -prozesse in der Regel klar dokumentiert sind.²²⁰

Bei der Forderung von Labels und Zertifikaten ist außerdem darauf zu achten, dass eine aktuelle Version verlangt wird. Zertifizierungsstellen passen ihre Richtlinien an neue politische und rechtliche Entwicklungen an (z.B. können bestimmte Standards angepasst werden, wenn sich herausstellt, dass ein gängiger Stoff zur Herstellung eines Produktes toxisch ist und verboten wird). Um zu vermeiden, dass «veralte» Zertifikate von Anbietern eingereicht werden, sollte in den Ausschreibungsunterlagen jeweils genau angegeben werden, welche Version des Labels oder Zertifikats für welche Produktkategorie verlangt wird.²²¹

Weiter zu beachten ist, dass durch die verstärkte Berücksichtigung von Labels in Ausschreibungen Verzerrungen und Diskriminierungen im internationalen Wettbewerb befürchtet werden.²²² Um dieser Befürchtung entgegenzuwirken, sollte in den Ausschreibungsunterlagen klargestellt werden, dass auch gleichwertige Nachweise, d.h. Nachweise mit vergleichbaren Zertifizierungs- und Kontrollrichtlinien, akzeptiert werden.²²³

²¹⁴ BIEHL 2024, S. 64f.

²¹⁵ CARANTA 2015, S. 100.

²¹⁶ Im Zusammenhang mit dem Standard SA8000 siehe TURZO/MONTRONE/CHIRIELEISON, S. 12 mit Referenz auf RASCHE.

²¹⁷ Siehe Webauftritt des KMU-PORTAL des Bundes.

²¹⁸ CZARNEZKI/HOMANT/JEANS 2014, S.38.

²¹⁹ CARANTA 2015, S. 100f.

²²⁰ *Ibid.*, S. 100f.

²²¹ BIEHL 2024.

²²² CORVAGLIA 2016, S. 607.

²²³ CARANTA 2015, S. 109, siehe BIEHL 2024, S. 65f. für einen Formulierungsvorschlag, HAUSER/PISKÓTY 2021 weisen auf S. 799 darauf hin, dass die Gleichwertigkeitsnachweis verlangen kann, dass ebenfalls eine Drittbeurteilung stattfinden

5.4.2.2 Sozialaudits als Instrument

Zertifikate, die soziale Standards bestätigen (z.B. die ILO-Kernübereinkommen), basieren fast ausschliesslich auf Sozialaudits. Bei einem Audit wird eine Produktionsstätte anhand bestimmter Kriterien oder Standards überprüft. Dazu gehören bei Sozialaudits u.a. Kontrollen im Bereich der Arbeitssicherheit sowie Kontrollen von Arbeitsverträgen, Lohndokumenten, Arbeitszeiten, Überstundenregelungen, Kinder- und Zwangsarbeit und Diskriminierung. Am Zertifizierungsprozess sind in der Regel mindestens zwei Parteien beteiligt:

- Zum einen die **Zertifizierungsstelle**, wie z.B. SAI, die Standards und Richtlinien festlegt und Zertifikate vergibt (z.B. das SA 8000 Zertifikat).
- Zum anderen **Auditfirmen** (z.B. TÜV-Rheinland, RINA, EUROCERT S.A. etc.), die von den Zertifizierungsstellen beauftragt und autorisiert werden, die Audits in den Fabriken nach den definierten Standards durchzuführen.

Erfüllt die Fabrik die in den Kriterien formulierten und durch die Audit-Firmen überprüften Anforderungen, wird sie durch die Zertifizierungsstelle zertifiziert. Werden Mängel festgestellt, muss die Fabrik in der Regel einen Plan zur Behebung dieser Mängel vorlegen. In Folgeaudits werden die Fabriken erneut überprüft.²²⁴

Die Wirksamkeit von Sozialauditsystemen zur Verbesserung der sozialen Nachhaltigkeit von Lieferketten ist in den letzten Jahren verstärkt diskutiert worden. Akademische Studien²²⁵ sowie investigative Recherchen von Medien²²⁶ haben die Effektivität und Glaubwürdigkeit von Sozialaudits untersucht und bewertet. In diesem Kapitel werden vier Herausforderungen im Zusammenhang mit Sozialaudits diskutiert. Anschliessend werden Möglichkeiten erörtert, wie Beschaffungsstellen auf diese Herausforderungen reagieren und Verbesserungen erzielen können

5.4.2.3 Sozialaudits in der Kritik

1. **Privatisierung und damit einhergehende Interessenskonflikte:** In den 1980er Jahren lösten private und oftmals gewinnorientierte Auditfirmen staatliche Inspektionen von Fabriken ab. Die Privatisierung des Sozialauditsektors hatte den Vorteil, den Staat von Monitoring-Aufgaben zu entlasten – sie führte jedoch zu neuen Schwierigkeiten.²²⁷ Inzwischen hat sich die Sozialauditbranche zu einer millionenschweren Industrie entwickelt.²²⁸ Durch diese Privatisierung kann es zu Interessenskonflikten kommen, da die Einnahmen der Zertifizierungsstellen und Auditfirmen davon abhängen, ob Fabriken und Unternehmen zertifiziert werden bzw. sich überhaupt zertifizieren lassen wollen.²²⁹ Arbeitsrechtsorganisationen sind bisweilen der Ansicht, dass private Auditfirmen dadurch Anreize haben, Fabriken zu zertifizieren und weniger Arbeitsrechtsverletzungen aufdecken, da ihre Gewinnmarge von positiv zertifizierten Fabriken abhängt.²³⁰ So ist in den letzten Jahren zu beobachten, dass Auditfirmen die für Audits vorgesehene Zeit immer weiter verkürzen, um den Auftraggebern niedrigere Preise anbieten zu können und sich im Preiswettbewerb einen Vorteil

muss, was firmeneigene Label von Anbietenden oder Herstellern ausschliesst. Die Autorinnen danken Herrn Marc Steiner für diesen Hinweis.

²²⁴ SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL 2023.

²²⁵ Siehe z.B. LEBARON/LISTER 2015 für eine Untersuchung über die Wirksamkeit von Sozialaudits, NOLAN/FORD 2020 für eine Untersuchung und Kritik an Audits als Monitoring-Instrumente in Lieferketten sowie TERWINDT/ARMSTRONG 2017 zu den Grenzen von Sozialaudits bei der Behebung von Missständen.

²²⁶ HUMAN RIGHTS WATCH 2020 und KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019. Siehe ergänzend auch Untersuchungen der American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO 2013), der NGO «Transparentem», die sich für Transparenz und die Aufdeckung von Arbeitsrechtsverletzungen in Lieferketten einsetzt (TRANSPARENTEM 2021) sowie des European Center for Constitutional and Human Rights e. V. (ECCHR) für verschiedene Fallstudien, in denen Unternehmen trotz erheblicher Missstände zertifiziert wurden (MÜLLER-HOFF 2021).

²²⁷ MÜLLER-HOFF 2021, S. 6.

²²⁸ KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019, S. 52.

²²⁹ SANDERS/COPE/PULSIPHER 2018, S. 2.

²³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH 2020, KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019.

zu verschaffen. Die verkürzte Auditzeit führt jedoch dazu, dass weniger Gespräche mit dem Personal geführt werden und weniger Zeit für detaillierte Inspektionen bleibt, was die Aussagekraft und Glaubwürdigkeit der Auditergebnisse beeinträchtigt.²³¹

2. **Intransparenz:** Eine weitere Herausforderung ist die mangelnde Transparenz der Auditprozesse und -berichte. Die Zertifizierungsstellen veröffentlichen, wenn überhaupt, nur die Namen und Adressen der zertifizierten Unternehmen. Lediglich die Auftraggeber der Audits (meistens die Markenunternehmen) haben Zugang zu den detaillierten Berichten und Korrekturmassnahmenplänen – für die Öffentlichkeit, Arbeiterinnen und Gewerkschaften bleiben diese Informationen versiegelt.²³² Dieser eingeschränkte Zugang zu Auditinformationen führt einerseits zu methodischen Problemen bei der Messung des sozialen Fortschritts in den Fabriken. Viele Unternehmen berichten über die Ergebnisse ihrer Audits in Form von Prozentsätzen für hohe, mittlere und niedrige Einhaltung der festgelegten Standards, die nach geografischen Regionen aufgeschlüsselt und jährlich verglichen werden. Da jedoch bei vielen Markenunternehmen die in den Audits überprüften Fabriken von Jahr zu Jahr wechseln oder die Daten keine Identifikationsangaben zu den Fabriken enthalten, liefern diese Berichte keine verlässlichen oder eindeutigen Informationen darüber, ob sich die Bedingungen in bestimmten Fabriken tatsächlich verbessert oder verschlechtert haben.²³³ Andererseits birgt die Versiegelung der Auditergebnisse sowie der Korrekturmassnahmen das Problem, dass unzureichende Audits oder negative Auditergebnisse nicht erkannt und Verbesserungen von den lokalen Gewerkschaften und Arbeiterinnen nicht verifiziert werden können.²³⁴
3. **Aussagekraft von Audits:** Audits sind Momentaufnahmen. Die Überprüfung in den Fabriken erfolgt stichprobenartig und meistens erfolgen Audits in Abständen von 24 bis 36 Monaten.²³⁵ Studien zur Wirksamkeit von Audits haben verschiedene Auditberichte über einen bestimmten Zeitraum ausgewertet, um die Frage zu beantworten, ob wiederholte Audits zu einer Verbesserung der sozialen Bedingungen in Unternehmen führen. Die bekannteste Studie zur Aussagekraft von Sozialaudits wertete Auditdokumente aus 800 Zulieferfabriken von Nike aus dem Zeitraum 1998 – 2005 aus (die meisten Audits basierten dabei auf den Standards der Fair Labour Association).²³⁶ Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass sich von den untersuchten Fabriken fast die Hälfte in diesem Zeitraum nicht verbessert hat, bei 36% war eine Verschlechterung und bei etwa 20% eine Verbesserung zu verzeichnen.²³⁷ Zwei neuere Studien kamen zum selben Ergebnis.²³⁸ Bei einer dieser Studien wurden 288 Audit-Dokumente der Fair Wear Foundation zu Chemikalien und Arbeitssicherheit in Bekleidungsfabriken zwischen 2004 und 2012 ausgewertet.²³⁹ Die Studie ergab, dass von den Fabriken, die mehr als einmal auditiert wurden, 30% Verbesserungen erzielten, 5% blieben unverändert und 19% verschlechterten sich. Fabriken mit mehr als 10 Audits verbesserten sich tendenziell, während bei Fabriken mit weniger Folgeaudits kein entsprechender Trend festgestellt werden konnte.²⁴⁰ Weitere Studien suggerieren, dass vor allem «schnell erkennbare» Mängel wie das Fehlen von Schutzkleidung durch Audits behoben werden konnten, jedoch eher «versteckten» Mängel wie

²³¹ TERWINDT/ARMSTRONG 2019, S. 7, HUMAN RIGHTS WATCH 2020, S. 4.

²³² Missstände, Verstöße und Vorfälle in Fabriken kennen nur Markenunternehmen, Zertifizierungsstellen und Auditfirmen; HUMAN RIGHTS WATCH 2020, S. 6, KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019, S. 24.

²³³ LEBARON/LISTER 2015, S. 918.

²³⁴ TERWINDT/ARMSTRONG 2019, S. 19.

²³⁵ BESCHAFFUNGSAKT DES BMI 2021, S. 39., siehe BIEHL 2024, S. 69 für einen Überblick über die Auditierungsintervalle der wichtigsten Zertifikate im IKT-Bereich.

²³⁶ LOCKE/QUIN/BRAUSE 2007, S. 7, S. 9.

²³⁷ *Ibid.*, S. 20f.

²³⁸ SANDERS/COPE/PULSIPHER 2018.; LINDHOLM/EGELS-ZANDÉN/RUDÉN 2016

²³⁹ LINDHOLM/EGELS-ZANDÉN/RUDÉN 2016, S. 3, S. 6.

²⁴⁰ *Ibid.*, S. 6.

Geschlechterdiskriminierung oder Verletzung der Vereinigungsfreiheit schwieriger aufzudecken sind.²⁴¹

4. **Verstöße trotz Zertifizierung:** Auch zertifizierte Firmen sind nicht vor Arbeitsrechts- und -schutzverstößen gefeit. So kamen in der Textilfirma Ali Enterprise, die kurz zuvor von SA800 zertifiziert wurde, bei einer Explosion mehr als 250 Menschen ums Leben.²⁴² Auch das Rana Plaza-Gebäude in Bangladesch, bei dessen Einsturz 1'134 Menschen starben, war von TÜV-Rheinland und RINA positiv auditiert worden.²⁴³ Das sind keine Einzelfälle: Daneben gibt es eine Reihe von dokumentierten Fällen von Arbeitsrechtsverletzungen in zertifizierten Fabriken.²⁴⁴ Auch eine Schweizer Initiative sorgte diesbezüglich für Aufsehen: Am 6. Mai 2023 brach in der peruanischen Mine Yanaquihua ein Feuer aus, bei dem 23 Bergleute ums Leben kamen. Die Mine wurde vor dem Unglück mehrfach auditiert und war zertifiziert. Der Untersuchungsbericht des Brandes stellte fest, dass Fluchtwege nicht gekennzeichnet waren, Zünd- und Sprengstoffe unsachgemäß gelagert wurden und die Schutzzräume nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprachen. Yanaquihua ist Teil der «Swiss Better Gold Initiative», einem Projekt des SECO, das von 2013 bis 2025 läuft. Gemeinsam mit der Luxusgüterindustrie wollte der Bund den sozial nachhaltigen Kleinbergbau von Gold fördern. Gemäss Recherchen der NGO «Koalition für Unternehmensverantwortung» haben Minenarbeiter diese Verstöße bereits mehrfach angezeigt, ohne dass darauf reagiert wurde.²⁴⁵ Eine weitere Studie aus den Jahren 2018 und 2020 gab bekannt, dass beim Palmölseiegel RSPO rund 60% der Audits mit Fehlern behaftet waren und viele Plantagen trotz Zertifizierung Missstände aufwiesen.²⁴⁶ Auditfehler sind dabei nicht immer auf die Auditor*innen zurückzuführen, sondern können auch von den auditierten Fabrikbesitzern ausgelöst werden, indem sie Missstände vertuschen oder Mitarbeiter*innen dazu anhalten, den Auditor*innen falsche Informationen zu geben.²⁴⁷

Eine wachsende Zahl akademischer Studien und investigativer Recherchen deutet darauf hin, dass Sozialaudits allein, ohne die Einbeziehung von Gewerkschaften oder die vertragliche Regelung von Sanktionen, oft nicht die gewünschte Auswirkung auf eine sozial nachhaltigere Lieferkette haben.²⁴⁸ Die Frage ist folglich, wie Beschaffungsstellen mit diesen vermeintlichen Herausforderungen von Sozialaudits umgehen und deren Wirksamkeit fördern können.

5.4.2.4 Lösungsansätze in der Praxis

Die vorangegangenen Feststellungen sollen Beschaffungsstellen nicht davon abhalten, soziale Aspekte über Zertifikate einzufordern. Sie sollen aber dafür sensibilisieren, dass ein Sozialaudit *allein* in den wenigsten Fällen in der Lage ist, die sozialen Bedingungen in Lieferketten langfristig zu verbessern. Auch «imperfekte» Zertifikate, die auf Sozialaudits basieren, können für Beschaffungsstellen ein guter Ausgangspunkt sein, um soziale Nachhaltigkeit in den Beschaffungsprozess zu integrieren. Sie sollten jedoch nicht als Endpunkt einer umfassenden Strategie zur Förderung sozial nachhaltiger Beschaffung betrachtet werden.

²⁴¹ AFL-CIO 2013, S. 25 – 28 oder AURET/BARRIENTOS 2006. Menschen- und Arbeitsrechtorganisationen haben diese Auditfehler aufdecken, indem lokale Gewerkschaften sowie Demonstrationen von Arbeitnehmer*innen auf die Missstände aufmerksam machen.

²⁴² CLEAN CLOTHES CAMPAIGN 2020.

²⁴³ ECCHR 2024.

²⁴⁴ Im Jahre 2019 ereignete sich beispielsweise ein Dammbruch im brasilianischen Brumadinho, wobei der Damm trotz wiederkehrender Meldungen über Instabilität von TÜV-Süd zertifiziert wurde. Beim Dammbruch starben 272 Personen und der Bruch hatte die Verseuchung lokaler Gewässer zur Folge; MÜLLER-HOFF 2021, S. 14f. Weitere Fälle: KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019, S. 63ff.

²⁴⁵ HUMBLE 2023.

²⁴⁶ *Ibid.*, S. 18f. Die umfangreiche Dokumentation der Aufdeckung der unzureichenden Audits von RSPO und den Missständen auf Plantagen findet sich in: ENVIRONMENTAL INVESTIGATION AGENCY / GRASSROOTS 2019.

²⁴⁷ HOSSAIN/AI 2020; KELLY/MIEDEMA/VANPEPERSTRAETE/WINTERSTEIN 2019.

²⁴⁸ Siehe z.B. AFL-CIO 2013, S. 22f für einen Verweis auf verschiedene empirische Studien, die keine Verbesserungen in Arbeitsstandards und Arbeitsrechten in SA 8000 zertifizierten Fabriken festmachen konnten. Siehe alternativ auch LOCKE/RISSING/PAL 2012 oder TERWINDT/ARMSTRONG 2019.

Beschaffungsstellen haben einige Möglichkeiten, auf die oben aufgeführten Herausforderungen zu reagieren:

1. Die erste Möglichkeit besteht darin, trotz der oben genannten Kritik Zertifikate zu verlangen. Die Integration von Zertifikaten in Ausschreibungen bietet verschiedene Chancen: Zum einen beinhalten einige Produktzertifikate wie TCO-Certified im IKT-Bereich neben sozialen auch ökologische Standards, sodass beide Aspekte berücksichtigt werden können. Gerade kleinere Beschaffungsstellen wie Gemeinden mit wenig Ressourcen, können so mit überschaubarem Aufwand die ökologische und soziale Nachhaltigkeit fördern. Zweitens können Audits zu Verbesserungen in Bereichen führen, in denen Probleme leicht zu beheben sind, wie z.B. bei der Bereitstellung von Schutzausrüstung. Darüber hinaus kann die Integration solcher Zertifikate für kleinere Beschaffungsstellen politisch bedeutsam sein, da sie die Notwendigkeit der Förderung sozialer Nachhaltigkeit in Lieferketten signalisiert. Eine solche Forderung kann Unternehmen auch darauf aufmerksam machen, dass staatliche Institutionen sozialen Missständen in Lieferketten mehr Aufmerksamkeit schenken.
2. Beschaffungsstellen haben auch die Möglichkeit, einige der Schwierigkeiten bei der Durchführung von Audits bewusst bei der Erstellung der Vertrags- und Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen. In den Vertragsklauseln können so z.B. strengere Bedingungen für Audits oder Fabrikcontrollen festgelegt werden (siehe 5.3). Eine solche Klausel könnte vom Lieferanten verlangen, die Standorte seiner Fabriken und die seiner Sublieferanten offen zu legen. Auf diese Weise wird der Lieferant dazu angehalten, sich mit seiner eigenen Lieferkette auseinanderzusetzen und die wichtigsten Drittparteien und Menschenrechtsrisiken zu identifizieren und zu lokalisieren. Um die Auseinandersetzung des Lieferanten mit der Produktwertschöpfungskette weiter zu fördern, können bei den Zuschlagskriterien sogenannte Anbieterkonzepte bewertet werden, in denen der Lieferant detailliert auf Risiken in der Lieferkette hinweist und Lösungsvorschläge unterbreitet, wie die Transparenz der Auditergebnisse und die Umsetzung von Korrekturmassnahmen verbessert werden können.
3. Wenn die Beschaffungsstelle über ausreichende Ressourcen verfügt, kann sie eigene Audits in den Fabriken des Lieferanten und seiner Sublieferanten durchführen. So hat die armasuisse im Jahr 2022 eine Ausschreibung zu den «Rahmenbedingungen für die Durchführung von Audits» lanciert. Ziel war es, eine Auditfirma zu beauftragen, die unter anderem die Kontrolle und Nachkontrolle der sozialen Nachhaltigkeit vornimmt.²⁴⁹ Beauftragen öffentliche Institutionen Auditfirmen, können einige der oben diskutierten Probleme entschärft werden. Interessenkonflikte können vermieden werden, wenn die Auditfirma wie bei der armasuisse-Ausschreibung für einen gewissen Zeitraum beauftragt wird. So muss sie bei einer negativen Beurteilung (d.h. Nicht-Zertifizierung) einer Fabrik nicht befürchten, dass sie keine weiteren Aufträge erhält. Um zu verhindern, dass der Auditpreis einen Einfluss auf das Ergebnis des Audits hat, sollten öffentliche Institutionen sicherstellen, dass die Entlohnung der Auditfirmen unabhängig vom Ergebnis des Audits erfolgt. Zudem sollten Beschaffungsstellen den Auditor*innen ausreichend Zeit für die Durchführung der Audits und Interviews einräumen, um eine gründliche und qualitativ hochwertige Prüfung zu ermöglichen. Dies ist zwar zeit- und ressourcenintensiv, führt aber zu aussagekräftigeren und verlässlicheren Ergebnissen.²⁵⁰
4. Um Intransparenz zu vermeiden, sollten Beschaffungsstellen, die keine eigenen Audits durchführen, von ihren Lieferanten verlangen, die Auditberichte einsehen zu dürfen. Da üblicherweise weder Auditfirmen noch Markenunternehmen Auditberichte veröffentlichen, könnten Beschaffungsstellen versuchen, diese Berichte einzusehen oder sogar öffentlich zugänglich zu machen (sofern damit keine sicherheitsrelevanten Produktdetails erkenntlich gemacht werden). Dies ist insofern wichtig, als bisher selbst in Verfahren zu nachweislich fehlerhaften und fahrlässigen Audits Auditberichte nicht veröffentlicht wurden.²⁵¹ Durch die

²⁴⁹ Projekt ID: 230181, <https://intelliprocure.ch/projektsuche/230181/1231861>.

²⁵⁰ MÜLLER-HOFF 2021, S. 28.

²⁵¹ *Ibid.*, S. 27, dabei stützen sich die Firmen auf die Begründung, dass die Auditberichte per vertraglicher Vereinbarung ausschliessliches Eigentum der Auditfirma und des Auftraggebers seien.

- Veröffentlichung von Auditberichten sowie Plänen für Korrektivmassnahmen und Fortschrittsberichte können Arbeitnehmende und lokale Gewerkschaften die Richtigkeit der Angaben überprüfen, was zu mehr Transparenz und zu mehr Aufdeckung unzureichender Audits führen kann.²⁵² Wenn Auditberichte nicht veröffentlicht werden können, könnten die Beschaffungsstellen dennoch verlangen, dass relevante Auditberichte, wenn schon nicht vollständig öffentlich, so doch zumindest der Beschaffungsstelle zugänglich gemacht werden.
5. Um die Wirksamkeit von Audits weiter zu verbessern, können vertragliche Regelungen zur Berichterstattung und zum Umgang mit Korrekturmassnahmen nützlich sein. Beispielsweise könnten Sanktionen festgelegt werden, wenn bei Audits festgestellte Mängel nicht innerhalb eines vereinbarten Zeitraums behoben werden oder der Lieferant unzureichende Bemühungen zeigt, die Missstände zu beheben. Solche Regelungen erhöhen den Druck, dass identifizierte Probleme tatsächlich angegangen werden und nicht einfach bestehen bleiben.
 6. Eine weitere Option ist, die Arbeiterinnen und Gewerkschaften vor Ort aktiv in den Auditprozess einzubeziehen. Beschaffungsstellen, die Auditfirmen beauftragen, können durch die Auditfirma die Perspektive der Arbeiterinnen in den Interviews klar abbilden und – falls vorhanden – die Sicht der Gewerkschaften mit einbeziehen. Dies kann im IKT-Sektor durch Electronics Watch realisiert werden. Electronics Watch ist eine dem ICT-Sektor einzigartige Monitoring-Organisation, die auf ein Monitoring während der Vertragslaufzeit setzt. Dafür hat Electronics Watch Mustervertragsklauseln erarbeitet, die die Offenlegung der Fabriken des Lieferanten, das Monitoring während der Vertragslaufzeit sowie Sanktionen regelt. Das Monitoring erfolgt durch lokale Organisationen oder ausgewählte Einzelpersonen, die Interviews mit Fabrikarbeiter*innen durchführen. Dadurch können Gewerkschaften und Arbeiter*innen direkt in das Monitoring einbezogen werden.²⁵³ Beschaffungsstellen, die Mitglied von Electronics Watch sind, haben Zugang zu deren Netzwerk und den gesammelten Daten. Electronics Watch konnte bereits Erfolge erzielen: So gelang es der Organisation in Zusammenarbeit mit dem betroffenen Markenunternehmen Wanderarbeiter*innen aus Myanmar zu ihren zuvor entnommenen Pässen zu verhelfen und schliesslich Kompensationsleistungen für sie zu erwirken.²⁵⁴ Ein weiterer Vorteil einer Mitgliedschaft bei Electronics Watch ist, dass der Monitoringauftrag von der öffentlichen Hand und nicht von der Industrie erteilt wird, was das Vertrauen der Arbeiter*innen erleichtert.²⁵⁵

Durch die Implementierung einiger oder aller dieser Lösungsvorschläge können Beschaffungsstellen den Herausforderungen, die sich in Bezug auf Sozialaudits stellen bewusst entgegensteuern und Labels, Zertifikate und Audits als Implementierungsinstrumente für soziale Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen nutzen.

5.5 Zwischenfazit

Ohne konkrete Massnahmen zur Umsetzung der sozialen Nachhaltigkeit bei Ausschreibungen und in der Vertragserfüllungsphase bleibt das Nachhaltigkeitsziel im öffentlichen Beschaffungsrecht toter Buchstabe. Um das soziale Nachhaltigkeitsziel in der Praxis umzusetzen, sollen Städte und Gemeinden **proaktiv konkrete soziale Kriterien in Bezug auf den fairen Handel in der Ausschreibung verankern**. So können sie ihre Nachfragemacht, die sie durch das öffentliche Beschaffungswesen generieren, gezielt einsetzen.

Dabei ist entscheidend, wie diese Kriterien in der Ausschreibung verankert werden: Diesbezüglich stellt das öffentliche Beschaffungsrecht einen «Werkzeugkasten» an verschiedenen Instrumenten zur Verfügung. Welches Instrument das richtige ist, bemisst sich im Einzelfall und hängt vom jeweiligen Beschaffungsobjekt ab. In der Praxis wird für soziale Kriterien oft bei der Eignung der Anbieterfirma angesetzt (Eignungskriterien), aber auch Zuschlagskriterien an den Beschaffungsgegenstand eignen

²⁵² TRANSPARENTEM 2021, S. 30.

²⁵³ BIEHL 2024, S. 70f., PAWLICKI o.D., siehe auch ELECTRONICS WATCH 2019 für die Vertragsbedingungen.

²⁵⁴ ELECTRONICS WATCH o.D.

²⁵⁵ PAWLICKI o.D.

sich gut für die Implementierung. Für Kriterien in Bezug auf den fairen Handel sind Zuschlagskriterien tendenziell das beste Instrument. Sie können graduell gewichtet werden und schliessen keine Marktakteur*innen vom Wettbewerb aus. Auch eine graduelle **Kombination von Zuschlags- und Eignungskriterien** kann empfohlen werden. Dabei ist zu betonen, dass zur Identifikation der sozialen Risiken entlang der Lieferkette meist eine **Risikoanalyse** nötig ist. Sind Risiken identifiziert, hilft dies auch bei der Wahl der geeigneten Spezifikationen oder Ausschreibungskriterien.

In einem zweiten Schritt ist es wichtig, dass Beschaffungsbehörden Mechanismen einsetzen, um die in der Ausschreibung verlangten Kriterien auch durchsetzen und zumindest ansatzweise kontrollieren zu können. Dies können sie durch entsprechende **Vertragsklauseln** tun, aber auch durch weiterführende Massnahmen wie die Durchführung durch **Audits** oder die **Nutzung von Labels und Zertifikaten**. Labels und Zertifikate können eine wichtige Orientierungshilfe im Beschaffungsprozess sein. Sie geben Aufschluss darüber, welche Produkte, Firmen oder Unternehmen versuchen, Sozialstandards zu berücksichtigen. Labels haben den Vorzug, dass sie einfach und zeitsparend in die Ausschreibungsunterlagen integriert und bei den Lieferanten abgefragt werden können. Um den **Herausforderungen** bei der Nutzung von Labels und Zertifikaten zu begegnen, wird hier an die **konkreten Lösungsansätze** in Kapitel 5.4.2.4 verwiesen. Wenn Beschaffer*innen Lösungsansätze befolgen, um den Herausforderungen bei der Nutzung von Labels und Zertifikaten zu begegnen und so ein Bewusstsein für die Lieferkettenrisiken zu fördern, schützt dies nicht nur vor Kritik, sondern stärkt auch ihre Glaubwürdigkeit als verantwortungsbewusste öffentliche Institution.

Um nicht bei jeder Ausschreibung bzw. bei jedem neuen Beschaffungsprojekt aufs Neue den Entscheid zugunsten der sozialen Nachhaltigkeit treffen zu müssen, kann es für die Beschaffungsstelle sinnvoll sein, eine **Beschaffungsstrategie** zu haben, die bei einzelnen Beschaffungen als Leitfaden dient und die roten Linien für die Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen vorgibt.

6 Fazit und Empfehlungen

Soziale Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen umzusetzen, ist nicht einfach. Dies, weil die Forschung und die Praxis sich erst seit relativ kurzer Zeit mit diesem Thema beschäftigen. Sowohl die Forschung als auch die Sensibilisierung der Beschaffungsstellen steckt noch in den Kinderschuhen. Praktische Hilfen für Beschaffungsbehörden sind spärlich. Dies stellt vor allem Städte und Gemeinden vor Herausforderungen. Anders als in der EU können sie nicht auf Orientierungshilfen und Ressourcen von zentralisierten Beschaffungsstellen zurückgreifen. Sie sind darauf angewiesen, öffentliche Beschaffungen mit den ihnen zur Verfügung stehenden beschränkten Ressourcen zu bewältigen. Die Implementierung von sozialen Aspekten bei öffentlichen Beschaffungen wird deshalb oft als aufwändig angesehen; beschränkte Ressourcen, Wissensasymmetrie sowie Rechtsunsicherheit stellen nach wie vor hohe, bisweilen unüberwindbare Hürden dar.

Das vorliegende Gutachten hat vor diesem Hintergrund angesetzt. Es ist der Frage nachgegangen, wie Fair Trade Towns in der Schweiz die sozialen Aspekte möglichst effektiv und effizient in ihre Beschaffungsprozesse implementieren können. Dabei war es ein Anliegen, neben der juristischen Analyse praxisnahe Beispiele aufzuzeigen, um dies auch mit beschränkten Ressourcen umzusetzen.

Die Analyse hat ergeben, dass das neue öffentliche Beschaffungsrecht viele Spielräume für soziale Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen eröffnet, auch bezüglich Aspekte des fairen Handels. Sowohl in der Schweiz als auch in der EU gibt es bereits *Good Practice*-Beispiele. Davon können Fair Trade Towns profitieren, um aus den *lessons learned* zu lernen und die Beispiele auf ihren Kontext bezogen zu prüfen, zu adaptieren und schliesslich zu implementieren.

Die Analyse hat aber gezeigt, dass besonders bei der Lieferkettentransparenz und der Überprüfung von Arbeitsschutzbestimmungen Risiken bestehen, die sich in der Praxis nicht abschliessend lösen lassen. Hier wird die Forschung in den nächsten paar Jahren ansetzen müssen, um Lösungen zu finden. In einem ersten Schritt ist es zumindest wichtig, dass Beschaffungsbehörden für diese Thematiken (Notwendigkeit von Lieferkettentransparenz und über die Selbstdeklaration hinausgehende Überprüfungsmechanismen) sensibilisiert werden.

Daraus abgeleitet ergeben sich die folgenden sechs Empfehlungen. Sie sind als pragmatische Vorgehensansätze bei der Implementierung von sozialen Aspekten im Beschaffungsprozess anzusehen. Sie sollen helfen, das soziale Nachhaltigkeitsziel im öffentlichen Beschaffungswesen mit Leben zu füllen und es in der Praxis umzusehen.

1. «*High impact*»-Kategorien identifizieren und priorisieren

Der sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel ist das erklärte Ziel des öffentlichen Beschaffungsrechts in der Schweiz. Für Fair Trade Towns ergibt sich bei der Umsetzung dieses Nachhaltigkeitsziels die besondere Motivation, das öffentliche Beschaffungsrecht als strategisches Instrument zur Umsetzung der Ziele des fairen Handels einzusetzen.

Um den oben genannten Herausforderungen zu begegnen (z.B. beschränkte Ressourcen, Intransparenz und Wissensasymmetrie sowie Rechtsunsicherheiten), empfiehlt sich ein inkrementelles Vorgehen: Fair Trade Towns sollen Kriterien des fairen Handels dort ansetzen, wo sie die effektivste Wirkung erzielen. Das heisst konkret: Beschaffungsverantwortliche sollen auf strategischer Ebene ihren Beschaffungsbedarf analysieren und dort ansetzen, wo soziale Aspekte den grössten Einfluss haben können.

Aufgrund der beschränkten Ressourcenlage ist es nicht möglich, alle sozialen Probleme bei allen öffentlichen Beschaffungen gleichzeitig anzugehen. Hinzu kommt, dass nicht alle Produkte (und auch Dienstleistungen) die gleichen Risiken und Auswirkungen auf die soziale Nachhaltigkeit aufweisen. Es ist im Sinne eines effizienten und praxisnahen Vorgehens daher sinnvoll, eine kleinere Gruppe von Produkten und Dienstleistungen zu identifizieren und priorisieren, bei denen soziale Aspekte den effektivsten Einfluss auf ihre Schutzziele haben.²⁵⁶

Solche Produktruppen sind je nach Gemeinde, Körperschaft oder Unternehmen individuell. Die Autorinnen identifizieren sogenannte *high-impact*-Sektoren als i) IT (Hardware aber auch Software), ii) Textilien und iii) Verpflegung. Für diese Sektoren werden in einem weiteren Schritt im Anhang zu diesem Gutachten (Kapitel 7) Muster-Weisungen erarbeitet.

Als begleitende Massnahmen bzw. als Hilfe für die strategische Ausrichtung empfehlen wir Fair Trade Towns ein «Monitoring», also eine einfach Bestandesanalyse, ihrer getätigten Beschaffungen in den *high-impact*-Sektoren: Dies beinhaltet eine Auswertung der getätigten Beschaffungen in den letzten Jahren und soll aufzeigen, inwiefern Optimierungspotenzial bei der sozialen Nachhaltigkeit besteht und mit welchen konkreten Kriterien dies in der Praxis umgesetzt werden könnte.

2. Bekenntnis zur sozialen Nachhaltigkeit strategisch verankern

Die effektive Umsetzung von sozialen Aspekten bedingt ein vorgängiges Bekenntnis (*commitment*) zur sozialen Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen. Dieses *commitment* sollte auf politischer Ebene ansetzen und sich von Budgetverantwortlichen und Entscheidungsträger*innen bis hin auf die operative Ebene erstrecken und von diesen als Leistungsauftrag verstanden werden.

Konkret kann dieses *commitment* in Form einer Beschaffungsstrategie oder als Teil einer Nachhaltigkeitsstrategie zu Papier gebracht werden. In dieser Strategie kann die soziale Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen als Gesamtziel festgehalten und als generelle Marschrichtung auf Gemeinde-, Amts- oder Unternehmensebene vorgegeben werden. Dies dient auf operativer Ebene als roter Faden bei einzelnen Beschaffungsgeschäften. Auch hilft eine Strategie, eine positive Fehlerkultur zu etablieren und Risikoaversionen zu überwinden. Dies ist vor allem in einem in der Praxis noch wenig etablierten Bereich wie der sozialen Nachhaltigkeit von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit.

Innerhalb dieser Strategie können auf der nächsten Ebene häufig beschaffte Produktkategorien analysiert, *high impact*-Sektoren definiert und auf ihre Relevanz hin reflektiert werden (siehe Empfehlung 1, «*high impact*»-Kategorien identifizieren und priorisieren). Anhand dieser Analyse empfiehlt es sich, produktspezifische Weisungen zu erlassen, die Empfehlungen oder Vorgaben zur sozialen Nachhaltigkeit beinhalten.

Einerseits ist bei Strategien und Weisungen wichtig zu beachten, dass diese vorgängig breit abgestützt und im Dialog mit internen und externen Interessensgruppen erarbeitet werden. Andererseits soll die Strategie im Nachgang ihrer Entwicklung nicht etwa in der Schublade landen, sondern durch Schulungen

²⁵⁶ Siehe auch EU-Leitfaden, S. 33.

und Workshops ihren Anwender*innen nahegebracht werden, sodass diese mit ihrem Inhalt vertraut werden und ihre Beschaffungspraxis effektiv danach ausrichten können. Im gleichen Sinne bietet es sich an, getätigte Beschaffungen regelmässig zu reflektieren und auf ihre Übereinstimmung mit der Beschaffungsstrategie oder mit Weisungen zu prüfen (Beschaffungsmonitoring).

3. Mehr als das Minimum: Eigenes Ambitionslevel definieren

Soziale Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen ist vielschichtig umsetzbar. Die Analyse hat ergeben, dass sich verschiedene «Ambitionslevels» unterscheiden lassen. So ist es heutzutage Beschaffungsverantwortlichen grundsätzlich selbst überlassen, welches Ambitionslevel sie anvisieren wollen, vorausgesetzt, dass keine übergeordneten Weisungen in diesem Bereich bestehen. Nachhaltig orientierten Gemeinden wird deshalb empfohlen, sich Gedanken zum anvisierten Ambitionslevel anzustellen und in ihren Beschaffungsstrategien zu verankern (siehe auch Empfehlung 2, «soziale Nachhaltigkeit strategisch verankern»).

Das neue Recht verlangt obligatorisch nur die Einhaltung der 8 ILO-Kernübereinkommen in Art. 12 IVöB. Diese müssen Beschaffungsbehörden als Mindestanforderungen in die Ausschreibung aufnehmen und im Vertrag verankern. Art. 12 Abs 2 IVöB ermöglicht es aber auch, zusätzliche obligatorischen Teilnahmebedingungen zu definieren, vorausgesetzt, es handelt sich dabei um «wesentliche internationale Arbeitsstandards». Das Gutachten nennt diese Art von Teilnahmebedingungen Level 2 Bedingungen. Diese können sich beispielsweise auf weitere ILO-Übereinkommen beziehen. Nachhaltig orientierte Gemeinden sollten diesen zusätzlichen Spielraum nutzen.

Zusätzlich lassen Instrumente wie Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB), Eignungskriterien (Art. 27 IVöB) oder u.U. sogar technische Spezifikationen (Art. 30 IVöB) Raum für darüber hinausgehende Kriterien der sozialen Nachhaltigkeit. Je nach Instrument ist dieser Spielraum sehr gross (z.B. bei den Zuschlagskriterien) oder geringer (bei den technischen Spezifikationen). Dies wurde in Kapitel 5.2 analysiert und kristallisiert sich in der folgenden Empfehlung 4.

Grundsätzlich genügt es mit Blick auf das Nachhaltigkeitsziel in Art. 2 IVöB nicht, nur die obligatorischen Mindestanforderungen gem. Art. 12 IVöB in Ausschreibungen aufzunehmen: Für eine effektive Umsetzung des neuen Nachhaltigkeitsziels ist es wichtig, dass zusätzlich weitergehende soziale Anforderungen oder Wunschkriterien in die Ausschreibung einfließen. Mit anderen Worten: Das neue Nachhaltigkeitsziel im Beschaffungsrecht ist so auszulegen, dass es über das Ambitionslevel 1 (Mindestanforderungen) hinausgeht und eine Prüfung und Implementierung von weitergehenden sozialen Aspekten bedingt. Das Nachhaltigkeitsziel wird nur dann effektiv in die Praxis umgesetzt, wenn Beschaffungsbehörden die freiwilligen Spielräume im Gesetz nutzen und ein über die Mindestanforderungen hinausgehendes Ambitionslevel anstreben.

Das ist nicht nur, aber vor allem für Verantwortliche in Fair Trade Towns wichtig. Für diese ist der faire Handel ein zentrales Anliegen und sie nehmen im öffentlichen Beschaffungswesen eine Vorbildfunktion ein. Sie können das Beschaffungswesen als strategisches Instrument nutzen, um den fairen Handel zu propagieren, wenn sie über das Ambitionslevel 1 hinausgehende Kriterien der sozialen Nachhaltigkeit in ihren Ausschreibungen verlangen.

4. Soziale Aspekte in der Ausschreibung einfordern mit den richtigen «Instrumenten»

Die Nachhaltigkeit auf allen drei Ebenen ist seit der Beschaffungsrechtsrevision erklärt Ziel des Beschaffungsrechts der Schweiz. Zu der Kernfrage, *wie dieses Ziel in der Praxis umgesetzt* werden kann, schweigt sich der Gesetzgeber aber aus. Obligatorisch bei der sozialen Nachhaltigkeit ist lediglich die Einhaltung der obligatorischen Teilnahmebedingungen in Art. 12 IVöB (wobei auch hier das Gesetz keine obligatorischen Anforderungen in Bezug auf die Gewährleistung der Einhaltung stellt).

Das Gesetz gibt den Beschaffungsbehörden aber einen Ermessensspielraum und Instrumente in die Hand, um soziale Aspekte bei jeder einzelnen Ausschreibung zu verankern. Diese Möglichkeiten sollen Beschaffungsbehörden nutzen, um bei ihren Beschaffungen soziale Aspekte einzufordern. Denn: Unter dem Beschaffungsrecht müssen die Kriterien zur technischen Beschaffenheit, Qualität oder Eignung der Anbieter zwingend bereits mit der Ausschreibung publiziert werden. Im Nachhinein Auswahlkriterien hinzuzufügen ist aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht zulässig. Somit muss die soziale Nachhaltigkeit bzw. die soziale Qualität eines Beschaffungsobjekts bereits vor der Ausschreibung anhand konkreter Kriterien spezifiziert (und im Beschaffungsvertrag verankert) werden.

Deshalb ist eine sorgfältige Bedarfsplanung (mit sorgfältiger Marktanalyse) von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit.

Die Art und Weise wie das zu geschehen hat, kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist je nach gewähltem Ambitionslevel und auch je nach Beschaffungsgegenstand unterschiedlich.²⁵⁷ Beschaffungsverantwortliche von Fair Trade Towns können sich in der Bedarfsphase erwägen, welche Fair Trade Kriterien für das zu beschaffende Produkt (oder die zu beschaffende Dienstleistung) definiert werden können. In einem zweiten Schritt überlegen sie, mit welchem der «Vergabeinstrumente» diese Kriterien in der Ausschreibung implementiert werden kann, damit sie einerseits effektiv sind, andererseits aber den Markt nicht unverhältnismässig stark einschränken.

In der Regel sind Zuschlagskriterien ein sehr geeignetes Instrument für die Implementierung von sozialen Aspekten. Sie sind nicht markteinschränkend, sondern funktionieren marktbasert, also durch Zusatzpunkte, ohne Anbieterfirmen auszuschliessen. Beispiele für sozial motivierte Zuschlagskriterien sind vielfältig und reichen von Fair Trade-Zertifizierungen bis hin zu Sozialkonzepten auf Unternehmensebene.

Auch Eignungskriterien werden in der Praxis gerne eingesetzt, um beispielsweise Erfahrung im Bereich der sozialen Auftragserfüllung, Sozialkonzept oder Zertifizierungen einzufordern. Selbst die Einforderung eines gewissen Mindestanteils an Fair Trade-Produkten im Sortiment kann ein Ansatz sein, der in der EU ausprobiert wurde. Dabei ist wichtig zu beachten, dass die Nicht-Einhaltung von Eignungskriterien den Ausschluss vom Verfahren zur Konsequenz haben kann. Je nach Eignungskriterien können auch mildere Massnahmen, wie beispielsweise Bussen oder lediglich Entwicklungsgespräche vorgesehen werden. Spannend ist auch ein kombinierter Ansatz, bei dem ein Mindestniveau an sozialer Nachhaltigkeit in Form von Eignungskriterien definiert wird und darüber Hinausgehendes mit Zuschlagskriterien belohnt wird.

Inwiefern sich das Instrument der technischen Spezifikationen für die Verankerung von sozialen Aspekten eignet, ist bislang noch umstritten. Klar ist, dass dieses binäre Instrument (erfüllt/nicht erfüllt) markteinschränkend wirken und somit mit dem Diskriminierungsverbot des WTO/GPA in Konflikt geraten kann. Wichtig ist somit, dass technische Spezifikationen nur für soziale Kriterien eingesetzt werden, die im klaren Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand stehen und «match-entscheidend» für den Erfolg der Beschaffung sind. Als Beispiel nennt das EU-Recht die Barrierefreiheit (die in der EU sogar obligatorisch in Form von technischen Spezifikationen sicherzustellen ist.). Auch Lieferkettentransparenz ist eine mögliche technische Spezifikation, die in der Praxis immer einfacher nachzuweisen ist und somit von Beschaffungsbehörden immer öfters eingefordert wird.

5. Umsetzung sicherstellen durch Beschaffungsvertrag und durch griffige Kontrollmechanismen

Den Beschaffungsstellen stehen eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um die Einhaltung obligatorischer Teilnahmebedingungen (z.B. die ILO-Kernübereinkommen oder darüber hinausgehende wesentliche internationale Arbeitsstandards) zu überprüfen: Die einfachste Möglichkeit ist die Verwendung von Labels oder Zertifizierungen, die soziale Aspekte abdecken. Diese Zertifizierungen basieren in der Regel auf Sozialaudits. Bei diesen Audits werden die Arbeitsbedingungen (Ausstattung, Entlohnung, Gleichstellung etc.) in den Fabriken anhand von Richtlinien überprüft. Aber auch Sozialaudits garantieren naturgemäß keine hundertprozentige Absicherung gegen soziale Missstände (siehe Kapitel 5.4.2.2). Nichtsdestotrotz empfiehlt sich die Bezugnahme auf Labels und Zertifikate, besonders für Gemeinden, deren Ressourcen begrenzt sind. Durch die Forderung nach international anerkannten Zertifizierungen (wie z.B. Fairtrade International oder SA8000-Zertifikate) können gerade in Bereichen wie Arbeitssicherheit Verbesserungen in den betroffenen Fabriken bewirkt werden; denn ein Audit bedeutet, dass externe Personen Einblick in die jeweilige Fabrik oder den Betrieb hatten. Zudem signalisiert die Implementierung von Nachweisen wie Labels und Zertifikaten den politischen Entscheidungsträger*innen und Unternehmen ein wachsendes Interesse an sozialer Nachhaltigkeit in Lieferketten. Dabei muss aber ein Bewusstsein geschaffen werden, dass die Forderung nach

²⁵⁷ Für die ausgewählten Sektoren IT, Textilien und Verpflegung werden in einem späteren Schritt in Anhang 7 Beispielweisungen aufgeführt.

Zertifikaten, die auf Sozialaudits basieren, nur der Anfang und nicht der Endpunkt einer sozial nachhaltigen Beschaffungsstrategie sein sollte.

Schliesslich sind die einzelnen Vergabeinstrumente (vor allem Zuschlagskriterien, aber auch Eignungskriterien oder technische Spezifikationen) ein wichtiges Mittel zur Förderung der sozialen Nachhaltigkeit in den Lieferketten. Zum einen können in den Zuschlagskriterien Anbieterkonzepte gefordert werden, die abfragen, wie Anbieter die Transparenz von Sozialaudits erhöhen und welche Strategien sie anwenden, um auf in Audits festgestellte Mängel zu reagieren. Zum anderen können in den Zuschlagskriterien (und u.U. auch in den technischen Spezifikationen) Labels wie Fair Trade Labels gefordert werden, die über die ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehende soziale Aspekte berücksichtigen.

Um die Wirksamkeit von Sozialaudits zu erhöhen, sollten Verträge spezifische Klauseln enthalten, die nicht nur die Einsichtnahme in die Auditberichte ermöglichen, sondern den Lieferanten auch zur Umsetzung von Korrekturmassnahmen verpflichten. Neben der Forderung nach Zertifikaten kann auch die direkte Beauftragung von Auditfirmen eine Möglichkeit sein, um eine unabhängige Überprüfung der Lieferanten zu ermöglichen. Angesichts des hohen Aufwands, der mit solchen direkten Inspektionen verbunden sein kann, wäre eine Kooperation mehrerer Gemeinden eine praktikable Lösung. Durch den gemeinsamen Auftrag an eine Auditfirma könnten die Kosten geteilt und gleichzeitig die Transparenz erhöht werden, insbesondere wenn die Ergebnisse der Audits veröffentlicht werden. Im IKT-Bereich gibt es zusätzlich die Möglichkeit mit der Monitoring-Organisation Electronics Watch zusammenzuarbeiten, die Gewerkschaften und Arbeiter*innen vor Ort in den Kontrollprozess miteinbeziehen.

6. Koordiniertes Vorgehen auf technischer und politischer Ebene

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere der sozialen Nachhaltigkeit, bedingt einen Kulturwandel auf vielen Ebenen. Der Wandel auf Ebene des Gesetzes wurde mit der Gesetzesrevision nach 2019 vollzogen. Auf der zweiten Ebene, der Umsetzung in der Praxis, steht dieser Wandel noch bevor. Auf dieser Ebene besteht die Herausforderung darin, das Gesetz mit Leben zu füllen und konkrete Kriterien zu definieren, um den Ermessensspielraum im Gesetz zu nutzen. Für Fair Trade Towns ist dies eine Möglichkeit, um bei der sozialen Nachhaltigkeit die Mindestanforderungen an den fairen Handel und darüberhinausgehende Fair Trade Kriterien zu implementieren.

Um diese Kriterien definieren zu können, braucht es einen Austausch und ein koordiniertes Vorgehen. In diesem Sinn ist es entscheidend, dass Gemeinden Ansprechpersonen für soziale Nachhaltigkeit definieren. Diese sind angehalten, sich mit Ansprechpersonen aus anderen Gemeinden auszutauschen, um gegenseitig ihre jeweiligen Bemühungen und *Good Practice* Beispiele zu teilen. Solche Plattformen können bei bestehenden externen Anlässen (beispielsweise den Anlässen von *Fair Trade Town* oder anderen gemeindeübergreifenden Anlässen) angegliedert werden.

Ziel eines solchen koordinierten Vorgehens ist es, den Wissensaustausch zu gewährleisten, wichtige *Stakeholder* einzubinden und so die soziale Nachhaltigkeit auf technischer und politischer Ebene weiterzubringen. Wichtig ist in diesem Sinn, dass soziale Nachhaltigkeit im Beschaffungswesen als dynamischer Prozess anerkannt wird, der von neuen Inputs lebt und entsprechend angepasst werden kann.

7 Anhang

Die folgenden Anhänge sind Bestandteil des Gutachtens. Sie werden gesondert aufgeführt:

- Anhang 1: Musterweisung zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung
- Anhang 2: Musterweisung sozial nachhaltige Beschaffung von IKT-Mitteln
- Anhang 3: Musterweisung sozial nachhaltige Beschaffung von Textilien
- Anhang 4: Musterweisung sozial nachhaltige Beschaffung von Lebensmitteln und Verpflegungsdienstleistungen

Bemerkung: Alle Weisungen sind als Muster gedacht. Sie können von Städten und Gemeinden punktuell oder gesamthaft übernommen werden. Je nach Ambitionslevel können Kriterien (z.B. die genannten Zertifikate) als obligatorische Kriterien oder fakultative Kriterien übernommen und eingefordert bzw. mit Zusatzpunkten bewertet werden.

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BGE	Entscheid des Bundesgerichts
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
CSR	Corporate Social Responsibility
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
EG	Erwägungsgrund
EFTA	European Free Trade Association
EU	European Union
ESG	Environmetal, Social and Corporate Governance
EU	European Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FWF	Fair Wear Foundation
FLA	Fair Labor Association
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GATS	General Agreement on Trade in Service
GPA	Government Procurement Agreement
Hrsg.	Herausgeber*innen
i.d.R.	in der Regel
IVÖB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
LS	Loseblattsammlung
MetG	Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie
MPIA	Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement

npr-PPM	non-product-related PPM
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGD	Open Government Data
OÖBV	Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens
Para.	Paragraf
PPM	Process and Production Methods
RBA	Responsible Business Alliance
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung
RZ	Randziffer
SaaS	Software as a Service
SAAS	Social Accountability Accreditation Services
SAI	Social Accountability International
sog.	sogenannte(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SVO	Submissionsverordnung des Kantons Zürich
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
TBT	Technical Barriers to Trade Agreement
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
WTO	World Trade Organization
Ziff.	Ziffer

Quellenverzeichnis

Literaturquellen und Materialien

AFL-CIO, Responsibility Outsourced: Social Audits, Workplace Certification and Twenty Years of Failure to Protect Worker Rights, 2013, <https://aflcio.org/sites/default/files/2017-03/CSReport.pdf>

ANDERSON ROBERT D. / SALGUEIRO ANTONELLA / SCHOONER STEVEN L. / STEINER MARC, Deploying the WTO Agreement on Government Procurement (GPA) to Enhance Sustainability and Accelerate Climate Change Mitigation, 32 Public Procurement Law Review 223 (2023), S. 223 ff.

ANDHOV MARTA / KANIA MICHAŁ / MIKULIC SVEN, How to procure sustainable food and include farmers in public procurement? Legal constraints and opportunities, (May 1, 2024) <https://ssrn.com/abstract=4826088> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4826088>

ARROWSMITH SUE, Government procurement in the WTO, London 2003.

ARROWSMITH SUE / PETER KUNZLIK (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions, Cambridge 2009.

AURET DIANE / BARRIENTOS STEPHANIE, Participatory Social Auditing Developing a Worker-focused Approach, Routledge 2006.

BARUME BALI / NAEHER UWE / RUPPEN DÉSIRÉE / SCHÜTTE PHILIP, Conflict Minerals (3TG): Mining Production, Applications and Recycling, in: Current opinion in green and sustainable chemistry, 2016, 1, S. 8 ff .

BIEHL LARA, Soziale Nachhaltigkeit in der Beschaffung von IKT-Produkten. Forderung von Nachweisen zur Überprüfung der ILO-Kernarbeitsnormen, in: Koch/Biehl/Fischer (Hrsg.), Alles neu? Die

Beschaffungswelt im Wandel. Konferenzband zur 12. IT-Beschaffungskonferenz am 22. August 2023 der Berner Fachhochschule BFH und der Universität Bern, Bern 2024.

BECKERS ANNA, Using contracts to further sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement, in: Sjäfjell/Wiesbrock, Sustainable Public Procurement under EU Law, Cambridge 2016, S. 206 ff.

BESCHAFFUNGSAMT DES BMI, Sozial-Audits als Instrument zur Überprüfung von Arbeitsbedingungen. Diskussion und Empfehlungen im Kontext der öffentlichen Beschaffung, 2021.

BESCHAFFUNGSKONFERENZ DES BUNDES BKB, Nachhaltige Beschaffung: Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes vom Juni 2021

https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches_Beschaffungswesen/Nachhaltige_Beschaffung/Empfehlung_Nachhaltige%20Beschaffung_BKB_de_Neu.pdf.download.pdf/Empfehlung_Na chhaltige%20Beschaffung_BKB_de_Neu.pdf

BEYELER MARTIN, Kaffee: Bio und Fair Trade, Zur Zulässigkeit von ökologisch und sozial motivierten Anforderungen und Kriterien, BR 2012, S. 264 ff.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBI 2017, 1851 (zit. Botschaft BöB).

BRAUN BORIS / DIETSCH CHRISTIAN, Indisches Leder für den Weltmarkt. Umweltprobleme und Standards in globalen Wertschöpfungsketten, in: Geographische Rundschau, 2018, 60(9), 12-19.

https://www.researchgate.net/publication/258925107_Indisches_Leder_fur_den_Weltmarkt_Umweltprobleme_und_Standards_in_globalen_Wertschopfungsketten

BUNDESRAT DER SCHWEIZERISCHEN EIDGENOSSENSCHAFT, Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung, Umsetzungsstrategie zur Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Strategieperiode 2021 – 2030.

BURGHARTZ NINA / KOCH RIKA, The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution (2021), in: Swiss Review of International and European Law (SRIEL), 32022), S. 489 ff.

CARANTA ROBERTO, Public Procurement for the SDGs – Rethinking the Basics, 2021,
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4038840> (zit. CARANTA 2021)

CARANTA ROBERTO, Towards socially responsible public procurement, ERA Forum (2022) 23, S. 149 ff. (zit. CARANTA 2022)

CLAUSEN NATHALIE / TRÜEB HANS-RUDOLF, Nr. 5 BöB / Art. 30 Technische Spezifikationen, in Oesch/Weber/Zäch; Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl. 2021 (zit. CLAUSEN/TRÜEB, OFK-Kommentar zu Art. 30 BöB)

CORVAGLIA MARIA ANNA, Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement, Journal of International Economic Law, 2016, 19, S. 607 ff.

CHAN ANITA, A «Race to the Bottom», in: China Perspectives, 2003, 2.
<https://doi.org/10.4000/chinaperspectives.259>

EIDGENÖSSISCHE FINANZKOMMISSION (EFK), Reporting Set Beschaffungscontrolling 2022 Bundesverwaltung, https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches_Beschaffungswesen/beschaffungscontrolling/Reporting_Set_BC_BVerw_2022_DE.pdf.download.pdf

ENVIRONMENTAL INVESTIGATION AGENCY / GRASSROOTS, Who watches the watchmen 2: The continuing incompetence of the Roundtable on Sustainable Palm Oil's (RSPO) assurance systems, November 2019, www.eia-international.org/wp-content/uploads/WWtW2-spreads.pdf

EVERMANN ANNELINE, Praxisbeispiele Sozial verantwortliche IT-Beschaffung, WEED - World Economy, Ecology & Development e. V., 2016.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, COM/2017/572 final.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Public Procurement for a Better Environment, COM/2008/400 final.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2. Ausgabe, 26. Mai 2021 (zit. Leitfaden EU 2021)

CZARNEZKI JASON J. / HOMANT ANDREW / JEANS MEGHAN, Greenwashing and Self-Declared Seafood Ecolabels, in: Tulane Environmental Law Journal, 28, 2014, S. 37ff.

FAIST EMMENEGGER MIREILLE / SCHLIERENZAUER CORINNE, Relevanzmatrix – Orientierungshilfe für Beschaffende und Bedarfsstellen Methodenbericht zu den ökologischen und sozialen Kriterien. Im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU), 2022.

FETZ MARCO / STEINER MARC, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/ Oesch (Hrsg.), SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Bd. XI (3. Ed.), 2020, 539 ff.

FORD JOLYON / NOLAN JUSTINE, Regulating transparency on human rights and modern slavery in corporate supply chains: the discrepancy between human rights due diligence and the social audit, in: Australian Journal of Human Rights, 6 (1), 2020, S. 27 ff.

GALLI PETER / MOSER ANDRÉ / LANG ELISABETH / STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013.

HAUSER MATTHIAS / PISKÓTY RÉKA, Nachhaltige öffentliche Beschaffung: Vorgaben und Spielraum in der EU und im neuen schweizerischen Recht im Vergleich, Stämpfli 2023 (zit. HAUSER/PISKÓTY 2023).

HAUSER MATTHIAS / PISKÓTY RÉKA, Ökologische öffentliche Beschaffung – Möglichkeiten und Grenzen nach der Totalrevision des BöB und der IVöB unter Berücksichtigung des EU-Beschaffungsrechts, URP / DEP / DAP 2021, S. 777 ff. (zit. HAUSER/PISKÓTY 2021).

HOSSAIN SHAHADAT / HOSSAIN ALI, Failures of Social Audit in Garment Factories in Bangladesh: Causes and Possible Corrective Measures, in: Barishal University Journal of Business Studies 7(1), 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH, «Obsessed with Audit Tools, Missing the Goal». Why Social Audits Can't Fix Labor Rights Abuses in Global Supply Chains, 2022.

HUMBEL GEORG, Die zertifizierte Katastrophe, in: NZZ, 8. Mai 2023.

KAUFMANN CHRISTINE / WEBER ROLF H., Rechtsgutachten zur Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung, Erstellt im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), 2015.

KELLY ILONA / MIEDEMA CHRISTIE / VANPEPERSTRAETE BEN / WINTERSTEIN ILANA, Fig Leaf for Fashion. How social auditing protects brands and fails workers, 2019, <https://cleanclothes.org/file-repository/figleaf-for-fashion.pdf>/view

KLINGLER, DÉSIRÉE U. / STEVEN L. SCHOONER, Promoting Sustainable Public Procurement Through Economic Policy Tools: From Moral Suasion to Nudging (2023). European Journal of Public Procurement Markets, 4(4), 67-79 (2023), GWU Legal Studies Research Paper No. 2023-03, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2023-03, <https://ssrn.com/abstract=4323918>

KOCH RIKA, Green Public Procurement under WTO Law – Experience of the EU and Prospects for Switzerland, 2020 (zit. KOCH 2020a).

KOCH RIKA, «Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem Revidierten Vergaberecht», in: Jusletter vom 28. September 2020 (zit. KOCH 2020b).

KOCH RIKA, Das öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument, in: Meier/Zurkinden/Staffler (Hrsg.) Recht und Innovation, Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht, Dike 2020 (zit. KOCH 2020c).

KUNZ-NOTTER PANDORA, Kommentar zu Art. 12 BöB, in: Trüeb (Hrsg.) Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020.

LEBARON GENEVIEVE / LISTER JANE, Benchmarking global supply chains: the power of the 'ethical audit' regime, in: Review of International Studies 41, 2015, S. 905 ff.

LINARELLI JOHN, The limited case for permitting SME procurement preferences in the Agreement on Government Procurement, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement - Challenge and Reform, 2011, S. 444 ff.

LINDHOLM HENRIK / EGELS-ZANDÉN NIKLAS / RUDÉN CHRISTINA, Do code of conduct audits improve chemical safety in garment factories? Lessons on corporate social responsibility in the supply chain from Fair Wear Foundation, in: International Journal of Occupational and Environmental Health, 2016, S. 1 ff.

LOCKE RICHARD M. / RISSING BEN A. / PAL TIMEA, Complements or Substitutes? Private Codes, State Regulation and the Improvement of Labor Standards in Global Supply Chains, Massachusetts Institute of Technology Political Science Department, 2012.

LOCKE RICHARD M. / QIN FEI / BRAUSE ALBERTO, Does monitoring improve labor standards? Lessons from Nike, in: Industrial and Labor Relations Review 61(3), 2007, S. 3 – 31.

MATSUSHITA MITSUO, Major WTO Dispute Cases Concerning Government Procurement, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 1 (2), 2006, S. 299 ff.

MERK JEROEN, Human rights risks in the ICT supply chain, 2021, https://www.ed.ac.uk/sites/default/files/atoms/files/human_rights_risks_in_the_ict_supply_chain_0.pdf

MÜLLER-HOFF CLAUDIA, Menschenrechtsfitness von Audits und Zertifizierern? Eine sektorübergreifende Analyse der aktuellen Herausforderungen und möglicher Antworten, 2021.

OESCH, MATTHIAS / BURGHARTZ NINA / KOCH RIKA, The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution (2018), in: Swiss Review of International and European Law (SRIEL) 2019, S. 387 ff.

OSBURG THOMAS, Erfolgreiche Ansätze zur Vermeidung von Konfliktmineralien, in: Fröhlich (Hrsg.), CSR und Beschaffung. Theoretische wie praktische Implikationen eines nachhaltigen Beschaffungsprozessmodells, 2015, S. 207 ff..

PETER JOHANNES, Soziale Kriterien einfordern und überprüfen: Ansätze für eine faire öffentliche Beschaffung von IKT-Produkten, WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V., 2022, https://www2.weed-online.org/uploads/weed_2022_ansaetze_fuer_eine_faire_oeffentliche_ikt_beschaffung_web_v2.pdf

PUN NGAI / SHEN YUAN / GUO YUHUA / HUILIN LU / CHAN JENNY / SELDEN MARK, Apple, Foxconn, and Chinese workers' struggles from a global labor perspective, in: Inter-Asia Cultural Studies, Bd. 17 (Nr. 2), 2016, S. 166–185.

RISVIG HAMER CARINA / ANDHOV MARTA, Article 18 on Procurement Principles, in: Caranta/Sánchez-Graells (Hrsg.), European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU, 2021.

SANDERS SCOTT R. / COPE MICHAEL R. / PULSIPHER ELIZABETH R., Do Factory Audits Improve International Labor Standards? An Examination of Voluntary Corporate Labor Regulations in Global Production Networks, in: Social Sciences 7(6), 2018.

SCHNEIDER-HEUSI CLAUDIA, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey / Beyeler / Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, 327 ff.

SEMPLE ABBY, Socially Responsible Public Procurement under EU Law and International Agreements: the GPA, CETA and the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), 2017, S. 293 ff.

SEMPLE ABBY, The link to the subject matter: A glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?, in: Sjåfjell / Wiesbrock (Hrsg.), Sustainable Public Procurement under EU law: New Perspectives on the State as Stakeholder, Cambridge 2016, S. 50 f. (Zit. SEMPLE 2016)

STEINER MARC, Internationale Rechtsgrundlagen, in: Lausen/Müller (Hrsg.), Handbuch Nachhaltigkeit im Vergaberecht, München, 2024, S. 23 – 41 (zit. STEINER 2024).

STEINER MARC, Von der Vergaberechtsreform zur echten Transformation, in: Institut Public Sector Transformation (IPST) der Berner Fachhochschule (BFH), Public Sector Perspectives 2024 – Empfehlungen für den öffentlichen Sektor, Dezember 2023, S. 18 – 19 (zit. STEINER, Public Sector Perspectives 2024)

STEINER MARC, Beschaffungsstrategien als Mittel zur Umsetzung der Vergaberechtsreform, in: Kleine Kniffe, Das kommunale Magazin für einen Nachhaltigen Einkauf 2023, S. 24 – 25,

STEINER MARC, Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019. Institut Für Schweizerisches Und Internationales Baurecht, 2020, S. 8-10 (zit. STEINER 2020).

STEINER MARC, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), 4. Fassung, 2017 (zit. STEINER 2017).

STEINER MARC, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max-Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung, in: ELR 2012 (zit. STEINER 2012).

STEINER MARC, «Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen», Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes 2006 (zit. STEINER 2006).

SWISS FAIR TRADE, Grundsätze und Standards, 11. Juni 2015, <https://www.swissfairtrade.ch/wp-content/uploads/Standards.pdf>.

TOSONI LUCA, The Impact of the Revised WTO Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective, European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), 8(1), 2013, S. 41 ff.

TERWINDT CAROLIJN / ARMSTRONG AMY, Oversight and accountability in the social auditing industry: The role of social compliance initiatives, in: International Labour Review, 2019 (158)2, S. 245 – 272.

TRANSPARENTEM, Hidden Harm: Audit Deception in Apparel Supply Chains and the Urgent Case for Reform, 2021.

TRÜEB HANS RUDOLF / CLAUSEN NATHALIE, Kommentar zu Art. 30 BöB, in: Oesch et al. (Hrsg.) Wettbewerbsrecht II, 2021, 452 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020. (Zit. Handkommentar BöB).

TURZO, TERESA / MONTRONE ALESSANDRO / CHIRIELEISON CECILIA, Social accountability 8000: A quarter century review, in: Journal of Cleaner Production 441 (2024), S. 1 ff.

UNITED NATIONS (UN), Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1987, Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427 (zit. Brundtland-Report).

VERBRUGGE BORIS, Standaarden, certificaten, en monitoringsystemen in de ICT-sector: op weg naar een duurzame aankooppraktijk?, 2020.

ZIEKOW JAN, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 5. Auflage, Bonn 2016.

Internetquellen

CLEAN CLOTHES CAMPAIGN, Justice for the Ali Enterprises victims, 17. Januar 2020, <https://cleanclothes.org/campaigns/past/ali-enterprises>

ECCHR, Rana Plaza: Zertifikate in der Textilindustrie, 20. Februar 2024, <https://www.ecchr.eu/fall/mehr-show-als-sicherheit-zertifikate-in-der-textilindustrie/>

ELECTRONICS WATCH, Vertragsbedingungen für Lieferverträge, 2019, https://electronicswatch.org/-2563231_2563231.pdf

ELECTRONICS WATCH, Wanderarbeiter*innen, o. D., https://electronicswatch.org/de/wanderarbeiterinnen_2548151

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, Conventions, Protocols and Recommendations, 28. März 2024, <https://www.ilo.org/international-labour-standards/conventions-protocols-and-recommendations>

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, How the ILO works, o.D., <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--en/index.htm>

JAMIESON DAVE / HOSSAIN EMRAN, Bangladesh collapse shows safety audit shortcomings, HuffPost, 4. Mai 2013, https://www.huffpost.com/entry/bangladesh-collapse-safety-audit_n_3211091

KMU-PORTAL, Zertifikate, Labels, Bescheinigungen, <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/kmu-betreiben/zertifizierung-und-normierung/zertifikate-labels-bescheinigungen.html>

PAWLICKI PETER, Electronics Watch – unabhängiges Monitoring für öffentliche Beschaffung, o.D., https://www.eineweltnetzwerkbayern.de/fileadmin/assets/Publikationen/14_Runder_Tisch/EWNB_-14_RTB_-_S_85-91_-_ElectronicsWatch.pdf

Responsible Business Alliance, Risk Assessment platform, o.D., <https://www.responsiblebusiness.org/tools/risk-assessment/>

SECO, Feuille d'information : Les conventions fondamentales de l'OIT et la Déclaration de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail, 2015, <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Arbeit/Internationale%20Arbeitsfragen/Kernarbeitsnormen.pdf.download.pdf/Les%20conventions%20fondamentales.pdf>

SECO, Vertretung der Schweiz bei der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), o.D., https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/IAO.html

SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL, 28. Februar 2022, Country Risk Assessment Process for SA8000, <https://sa-intl.org/resources/country-risk-assessment-process-for-sa8000/>

SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL, 17. Oktober 2023, SA8000 Accredited Certification Bodies - SAI.
SAI, <https://sa-intl.org/resources/sa8000-accredited-certification-bodies/>

SRF, Dumping auf der Baustelle: Die Methoden der Eisenleger, 19. April 2023,
<https://www.srf.ch/play/tv/rundschau/video/dumping-auf-der-baustelle-die-methoden-der-eisenleger?urn=urn:srf:video:52e999ef-26f9-4d3e-998b-fb0ae1801f5a>

SRF, Schweizer Kampfstiefel: Genäht für zwei Franken pro Stunde, 16. November 2016,
<https://www.srf.ch/news/schweiz/schweiz-schweizer-kampfstiefel-genaehst-fuer-zwei-franken-pro-stunde>

WATSON, Schweizer Kampfstiefel: Genäht für zwei Franken pro Stunde, 17. November 2016,
<https://www.watson.ch/schweiz/armee/698171335-2-chf-stundenlohn-so-laesst-die-schweizer-armee-ihre-militaerstiefel-naehen>