



# Öffentliche Beschaffungen im Bildungssektor

Studie im Auftrag der Fachagentur Educa zur Verortung der (IKT-) Beschaffungen von Schulen nach dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht

**Dr. Rika Koch**

Unter Mitarbeit von Lara Biehl

**21. Februar 2023**

## Impressum

**Auftraggeber:** Educa, Erlachstrasse 21, 3012 Bern

**Auftragnehmerin:** Berner Fachhochschule Wirtschaft, Institut für Public Sector Transformation, Brückenstrasse 73, 3005 Bern

**Autorin:** Dr. Rika Koch. Die Autorin bedankt sich bei den Mitgliedern der Fachgruppe Public Procurement, Lara Biehl, Jennifer De Capitani und Marc Steiner für die kritische Durchsicht und die wertvollen Kommentare.

**Hinweis:** Diese Studie wurde im Auftrag der Fachagentur Educa verfasst. Für den Inhalt ist allein die Auftragnehmerin verantwortlich.

# Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
1.1	Bedeutung des Beschaffungswesens für den Bildungssektor	4
1.2	Vorgehen in der Analyse	4
1.3	Terminologie	5
1.4	Abgrenzung	5
2	<b>Schulen und ihre Schulträger unterstehen dem Beschaffungs-recht</b>	7
2.1	Schulen und ihre Schulträger sind «öffentliche Auftraggeberinnen»	7
2.1.1	Zuständigkeiten bei Beschaffungen im Bildungsbereich	7
2.1.2	Beschaffung durch Dritte oder als Einkaufsgemeinschaft	8
2.2	Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern sind «öffentliche Aufträge»	8
2.2.1	Berechnung des Auftragswerts	8
2.2.2	Stückelungsverbot und Verbot der übermässigen Bündelung	9
2.3	Ausnahme: Interne Aufträge fallen nicht unter das Beschaffungsecht	9
2.4	Öffentliche Beschaffungen als Prozess	10
2.4.1	Planungsphase	10
2.4.2	Ausschreibung und Zuschlagserteilung	10
2.4.3	Vertragsabschluss- und -erfüllungsphase	11
2.5	Zwischenfazit	11
3	<b>Beschaffungsrechtliche Vorgaben für Schulen</b>	12
3.1	Rechtsquellen des Beschaffungsrechts	12
3.2	Inhaltliche Vorgaben	13
3.2.1	Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebot/Diskriminierungsverbot	13
3.2.2	Transparenzgebot	13
3.2.3	Neu: Nachhaltigkeitsgebot	13
3.2.4	Spannungsfelder und Synergien	15
3.3	Verfahrensrechtliche Vorgaben	15
3.3.1	Offenes Verfahren oder Einladungsverfahren als «Normalfall»	15
3.3.2	Freihändiges Verfahren als Ausnahmefall	16
3.3.3	(Preis-) Verhandlungen	16
3.4	Zwischenfazit	16
4	<b>Nachhaltige öffentliche Beschaffung im Bildungssektor</b>	17
4.1	Bedeutung und Grenzen des Nachhaltigkeitsgebots	17
4.1.1	Obligatorische und freiwillige Komponente	17
4.1.2	Qualitätswettbewerb statt Preiswettbewerb	18
4.1.3	Grenzen	18
4.2	Exkurs: Innovation	19
4.3	Instrumente zur Umsetzung des Nachhaltigkeitsgebots	20
4.3.1	Technische Spezifikationen	20
4.3.2	Zuschlagskriterien	21
4.3.3	Eignungskriterien	21
4.3.4	Vertragserfüllungsklauseln	22
4.4	Exkurs: Datenschutz	22
4.5	Mehr Flexibilität dank neuen Vergabeinstrumenten	23
4.5.1	Lebenszykluskosten	23
4.5.2	Normen und Zertifizierungen	24
4.5.3	Dialog	24
4.5.4	Rahmenverträge	25
4.6	Zwischenfazit	25
5	Kernaussagen	27

# 1 Einleitung

## 1.1 Bedeutung des Beschaffungswesens für den Bildungssektor

Schulen sorgen dafür, dass Kinder ihr Recht auf Bildung und unentgeltlichen Grundschulunterricht wahrnehmen können. Dabei nehmen sie eine wichtige staatliche Aufgabe wahr, die in der Schweiz Verfassungsrang hat (Art. 62 BV) und zu dem sie sich mit der Ratifikation der Kinderrechtskonvention bekannt hat (Art. 28 KRK). Zur Erfüllung dieser Aufgabe bauen Schulen Schulhäuser, Spielplätze und Turnhallen. Zudem kaufen sie Infrastruktur, wie Mobiliar und IKT-Geräte sowie Schulungs- und Verbrauchsmaterial, von Büchern über Lehrmittel bis hin zu Lizenzen. Diese Ausgaben werden von Steuergeldern bezahlt. Folglich sind Schulen dem öffentlichem Beschaffungsrecht unterstellt und nehmen als «Konsumentinnen» die Verantwortung wahr, nachhaltig einzukaufen und dabei den Wettbewerb nicht zu verfälschen.

Dies stellt Schulen regelmässig vor Herausforderungen. Die erste Herausforderung ist das 2021 revidierte Beschaffungsgesetz, das zwar erhöhte Flexibilität und Modernisierung gebracht hat, mit dem aber auch die Regulierungsdichte gestiegen ist. Dies bringt insbesondere kleine Gemeinden in Bezug auf ihre personellen Ressourcen an ihre Grenzen.

Eine zweite Herausforderung ist der komplexer gewordene Beschaffungsbedarf: Während Schulen früher hauptsächlich im Bereich der sogenannten «Bedarfsverwaltung» beschafft haben, also Infrastruktur-güter und -dienstleistungen, benötigen sie heute kollaborative Software zu Kommunikationszwecken und bisweilen auch digitale Lehrmittel («Educational Technologie»). Somit kann davon ausgegangen werden, dass viele Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern heutzutage unter die sog. «Leistungsverwaltung» fallen; also mit der Kernaufgabe von Schulen (Bildung als «service public») in einem engen Zusammenhang stehen.<sup>1</sup>

Hinzu kommt dabei als dritte Herausforderungen, dass sich Schulen als Nachfragerinnen einem inhaltlich und geographisch stark fragmentierten Markt mit Anbietern mit unterschiedlich ausgeprägter Marktmacht gegenüberstehen (von Start-ups bis zu den grossen «Big-Tech»-Konzernen). Dies wirft die Frage auf, inwiefern Schulen als verhaltensprägende Bildungsstätten die Verantwortung haben, mit ihren Beschaffungen lenkend Einfluss zu nehmen, um Abhängigkeiten von marktmächtigen Technologie-Anbietern («Big-Tech») zu vermindern.

Trotz oder gerade wegen diesen Herausforderungen ist es besonders im Bildungsbereich essenziell, das revidierte Beschaffungsrechts ernst zu nehmen, insbesondere was die soziale und ökologische Nachhaltigkeit angeht. Mit dem nachhaltigen Einsatz von Steuergeldern können Schulen nicht nur ihre Hebelmacht als Nachfragerinnen zielführend einsetzen, sie leisten als symbolträchtige Vertreterinnen der öffentlichen Hand so auch einen Beitrag an die Glaubwürdigkeit des Staates,<sup>2</sup> dem in seinem Kaufverhalten eine wichtige Vorbildfunktion zukommt.

## 1.2 Vorgehen in der Analyse

Diese Studie zielt auf eine Einbettung der öffentlichen Beschaffungen im Bildungssektor in den beschaffungsrechtlichen Kontext. In einem ersten Schritt geht die Studie in Kapitel 2 der grundlegenden Frage nach, wann und wie Schulen und ihre Schulträger beim Kauf der Güter, Dienstleistungen und Bauten, die sie zur Erfüllung ihres Bildungsauftrages benötigen, an das Beschaffungsrecht gebunden sind (und ob diese Bindung bei der Beschaffung durch Dritte Geltung behält, siehe 2.1.2). Ein besonderes Augenmerk liegt auf den praxisrelevanten Fragen, wie sich der Wert eines Auftrags bemisst und was die Phasen des Beschaffungszyklus sind.

In Kapitel 3 soll die nähere Analyse ausgehend der gesetzlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts erfolgen, angefangen mit einem Blick auf den Regulierungsbedarf und die föderale

<sup>1</sup> Bis heute gibt es dazu keine statistischen Untersuchungen: Die Plattform «Intelliprocure.ch» erfasst i.S. einer Beschaffungs-Statistik zwar alle Ausschreibungen, allerdings gibt es bislang noch keine Analyse dieser Daten, die spezifische Schlüsse für den Schulbereich zulassen.

<sup>2</sup> Siehe dazu auch FETZ/STEINER, RZ 48.

Kompetenzeinteilung (siehe 3.1). In einem zweiten Schritt zeigt Kapitel 3.2 auf, was die beschaffungsrechtlichen Grundprinzipien sind, nach denen sich Schulen und ihre Schulträger zu richten haben und welche Zielkonflikte dabei allenfalls auftauchen können. Kapitel 3.3 vertieft die sich aus dem Wettbewerbsgebot ergebenden verfahrensrechtlichen Abläufe und beleuchtet das beschaffungsrechtlich verankerte Verbot von (Preis-) Verhandlungen.

In Kapitel 4 adressiert die Studie die geänderte Ausgangslage nach der Totalrevision des Beschaffungsrechts. Dabei ist das Nachhaltigkeitsgebot eine der wichtigsten Neuerungen. Es bedeutet, dass Schulen und ihre Schulträger bei ihren Beschaffungen Kriterien der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit zu berücksichtigen haben. Dies setzt die Abkehr vom Preiswettbewerb hin zum Qualitätswettbewerb voraus (4.1.2). Dabei ist es wichtig bei der Implementierung ökologischer und sozialer Kriterien (durch technische Spezifikationen, Eignungskriterien oder Zuschlagskriterien, siehe 4.3) die durch das Wettbewerbsgebot gesetzten Grenzen einzuhalten und jeweils eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall vorzunehmen (siehe 4.1.3.2). Kapitel 4.5 bietet einen Überblick über die mit der Revision eingeführten neuen Vergabeinstrumente, die zu mehr Flexibilität führen sollen. Basierend auf diesen Untersuchungen zieht Kapitel 5 Schlussfolgerungen und formuliert i.S. von Lösungsvorschlägen zehn Kernaussagen, die bei öffentlichen Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern zu beachten sind.

Das Gutachten ist auf dem Stand vom 15. Februar 2023. Die referenzierten Internetquellen wurden an diesem Datum zuletzt aufgerufen.

### 1.3 Terminologie

Der in dieser Studie verwendete Begriff der «Schulen» bezieht sich i) auf die Volksschulen, also die Schulen des obligatorischen Schulbereichs (Primarstufe und Sekundarstufe I) und ii) auf die Schulen der Sekundarstufe II, die dem nachobligatorischen Bildungsbereich zuzuordnen sind. Während erstere auf kommunaler Stufe organisiert sind, fallen letztere in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Dieser Unterschied in der föderalen Kompetenzordnung ist rein beschaffungsrechtlich wenig relevant. Zwar können gesetzliche Grundlagen für Volksschulen oder Schulen der Sekundarstufe I leicht variieren. Da Gemeindeerlasse in der Regel (und soweit sie existieren) die kantonalen Erlasse nur ergänzen, fallen diese Variationen für den Zweck der Studie nicht ins Gewicht. Höchstens was die Ansprüche an die soziale/digitale Nachhaltigkeit anbelangt, können sich (je nach Alter der Schüler:innen) im Volksschulbereich höhere Anforderungen rechtfertigen.

Die vorliegende Studie spricht zudem von «Schulen und ihren Schulträger», wenn eine Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 IVöB gemeint ist, also eine Behörde, die i) dem Beschaffungsrecht untersteht, ii) eine Ausschreibung durchführt und iii) als Auftraggeberin den Beschaffungsvertrag mit der Anbieterin unterschreibt. Diese soll implizieren, dass es um Beschaffungen von Schulen als Bedarfsträger geht, auch wenn nicht immer die Schulen selbst, sondern je nach Organisationsstruktur die (Schul-) Gemeinden, die Bildungsdirektion oder die Schulpflege als Beschaffungsbehörde (stellvertretend für Schulen) den Beschaffungsvertrag unterzeichnen.

Weiter benutzt diese Studie den Begriff «Beschaffungswesen» oder «Beschaffungsrecht» und verzichtet aus Gründen der Kohärenz auf die oftmals synonym verwendeten Begriffe «Vergabewesen» oder «Submissionswesen». (Dabei wird vorweggenommen, dass es sich immer um das «öffentliche» Beschaffungsrecht handelt, da im Privatrecht i.d.R. von «Kaufrecht» die Rede ist.)

### 1.4 Abgrenzung

Der Fokus der Studie liegt auf der Beschaffung von IKT-Lösungen, da diese vor dem Hintergrund der Digitalisierung des Bildungsbereichs grosse Relevanz entfalten und eine Vielzahl von Fragen aufwerfen. Nicht Bestandteil der Analyse sind weitere im Schulbereich relevante Sektoren wie z.B. die Beschaffung von Verpflegungsdienstleistungen oder von Bauten.

Dabei wird primär die beschaffungsrechtliche Dimension beleuchtet. Auf Fragen des Datenschutzes wird insofern eingegangen, als diese mit dem der Beschaffung von IKT-Lösungen in Zusammenhang stehen: So thematisiert Kapitel 4.4 die Implementierung von datenschutzrechtlichen Kriterien im

Rahmen der Vergaberechtsinstrumente, verzichtet aber aus Platzgründen auf weitergehende Ausführungen.

Spezifische Fragen, die sich im Digitalisierungskontext ergeben, wie Fragen nach Interoperabilitäten oder nach Abhängigkeiten von einzelnen Plattformanbietern, sind nicht in erster Linie Fragen des Beschaffungsrechts. Auf diese wird insofern eingegangen, als sie bei öffentlichen Beschaffungen im Bildungssektor als Aspekte des Kindes- und Jugendschutzes im Rahmen der sozialen Nachhaltigkeit berücksichtigt werden können. In diesem Zusammenhang wird auch die Frage aufgeworfen, ob diese Aspekte allenfalls als eigene, vierte Dimension der Nachhaltigkeit – namentlich der digitalen Nachhaltigkeit – Berücksichtigung finden sollen. Es bleibt zu hoffen, dass künftige Forschung dieser Frage nachgehen wird.

## 2 Schulen und ihre Schulträger unterstehen dem Beschaffungsrecht

Schulen sind als Auftraggeberinnen bei Einkäufen an das öffentliche Beschaffungsrecht gebunden. Zumindest dann, wenn das Beschaffungsobjekt einen gewissen Schwellenwert erreicht hat<sup>3</sup> und unter den objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt.

Grundsätzlich gilt das Beschaffungsrecht für alle «Einkäufe von Gütern, Dienstleistungen und Bauten, welche die öffentliche Hand von privaten Anbietern tätigt, um ihre öffentlichen Aufgaben wahrnehmen zu können».<sup>4</sup> Kennzeichnend sind gemäss dieser Definition drei Elemente:

- i. Die Käuferin ist eine öffentliche Auftraggeberin und tätigt den Einkauf mit Steuergeldern (subjektiver Geltungsbereich; siehe auch Art 4 BöB/ Art. 8 IVöB).
- ii. Beim Beschaffungsgegenstand handelt es sich um ein Produkt, eine Dienstleistung oder eine Bauleistung (objektiver Geltungsbereich) über dem jeweiligen Schwellenwert<sup>5</sup>, zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.<sup>6</sup>
- iii. Die Anbieterin ist eine privatwirtschaftliche Akteurin. Die öffentliche Hand ist somit eine «normale» Nachfragerin auf dem privaten Markt.

Nur wenn alle drei Elemente gegeben sind, fällt ein Einkauf unter den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Bei Schulen ist dies typischerweise der Fall.

### 2.1 Schulen und ihre Schulträger sind «öffentliche Auftraggeberinnen»

Der subjektive Geltungsbereich, also die Frage, wer als öffentliche Auftraggeberin unter das Beschaffungsrecht fällt, ist bei Schulen und ihren Schulträgern unumstritten, da sie als staatliche Behörden sowie als zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten oder als Einrichtungen des öffentlichen Rechts von Art. 4 IVöB erfasst sind.

#### 2.1.1 Zuständigkeiten bei Beschaffungen im Bildungsbereich

Ein Blick auf die Beschaffungsstatistik zeigt, dass oft nicht die Schulen selbst Beschaffungen durchführen und Verträge unterschreiben: Als Auftraggeberinnen agieren meist die zuständigen Gemeinden (oder Schulgemeinden, hie und da auch Gemeindeverbände), die Bildungsdirektion, die Schulpflege oder -verwaltung.<sup>7</sup>

Das zeigt, dass die Zuständigkeit bei Beschaffungen im Bildungsbereich je nach Gemeinde bzw. organisatorischer Ausgestaltung auf kommunaler Ebene variiert. Deshalb ist im Folgenden auch von Beschaffungen durch «Schulen oder ihre Schulträger» die Rede (siehe zur Terminologie 1.3).

Gemeinsam ist allen diesen Beschaffungsstellen, dass sie gem. Art. 4 IVöB unter den subjektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts fallen.

Eine organisationsrechtliche Grundlage für die Durchführung einer Beschaffung durch Schulen oder die Schulpflege ist aber in jedem Fall notwendig: So befand das Verwaltungsgericht Aargau, dass die örtliche Schulpflege nicht befugt war öffentliche Beschaffungen durchzuführen, weil die entsprechende Ermächtigung dazu vom Gemeinderat in einer kommunalen Rechtsakte fehlte.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Siehe Anhänge 1 und 2 IVöB.

<sup>4</sup> Definition des Begriffs «öffentliches Beschaffungswesen» in Anlehnung an ARROWSMITH 2003, 3, ähnlich auch die Definition des Begriffs «öffentlicher Auftrag» in Artikel 8. Abs. 1 IVöB oder Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2457/2020 vom 23. August 2021 E 2.4.4.1 mit Hinweisen.

<sup>5</sup> Die einschlägigen Schwellenwerte finden sich in den Anhängen 1 und 2 zum IVöB.

<sup>6</sup> Art. 8 Abs. 2 BöB spricht von «Lieferung» statt von «Produkt», meint dabei aber dasselbe.

<sup>7</sup> Siehe Plattform «Intelliprocure», einsehbar unter [intelliprocure.ch](http://intelliprocure.ch).

<sup>8</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 19. September 2007 (WBE.2007.224).

## 2.1.2 Beschaffung durch Dritte oder als Einkaufsgemeinschaft

Die subjektive Geltung des Beschaffungsrechts erstreckt sich auch auf Dritte, die im Auftrag von Schulen oder ihren Schulträgern Beschaffungen tätigen. Auch diese sind an das Beschaffungsrecht gebunden und haben Aufträge i.S. des Nachhaltigkeits- und Wettbewerbsgebot auszuschreiben. Dabei ist es nicht relevant, ob sie privat- oder öffentlich-rechtlich organisiert sind, solange sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, die ihnen vom Gemeinwesen übertragen worden sind.<sup>9</sup>

Schulen und ihre Schulträger können sich zur Bündelung von Beschaffungskompetenzen auch zu Gemeindeverbänden oder Einkaufsgemeinschaften zusammenschliessen. Vorteile einer Kooperation sind Effizienzgewinne, grössere Hebelwirkung im Markt aufgrund gebündelter Nachfrage und erhöhte Professionalität in der Durchführung. Während in der EU vor diesem Hintergrund das sog. «Joint Procurement» gefördert wird,<sup>10</sup> sind solche Kooperationen in der Schweiz noch verhältnismässig wenig erprobt.<sup>11</sup> So weist aber beispielsweise der Kanton Zürich darauf hin, dass sich Kooperationen von Schulen oder Gemeinden zur «Vermeidung von Doppelspurigkeit» beim Materialeinkauf durchaus empfehlen kann.<sup>12</sup> Diese Aussage gewinnt abseits von reinen Materialeinkäufen (d.h. in der Leistungsverwaltung), also beim Einkauf von digitalen Lehrmitteln oder komplexen IKT-Lösungen, noch mehr an Gewicht.

## 2.2 Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern sind «öffentliche Aufträge»

Grundsätzlich fallen sämtliche (Beschaffungs-) Aufträge einer (unterstellten) öffentlichen Auftraggeberin unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Dies hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung bestätigt.<sup>13</sup> Der Begriff der «öffentlichen Aufgabe», zu dessen Erfüllung das zu beschaffende Gut (oder die Dienstleistung) eingekauft werden soll, ist also breit gefasst und umfasst nicht nur die Kernstaatsaufgaben, sondern alle nicht kommerziellen Tätigkeiten.<sup>14</sup>

### 2.2.1 Berechnung des Auftragswerts

Ausgenommen von der Ausschreibungspflicht sind Beschaffungen, die unter den Schwellenwert von i.d.R. 150'000 CHF fallen.<sup>15</sup> Eine grundlegende Schwierigkeit bei der Beachtung der Schwellenwerte und der damit verbundenen Frage nach der objektiven Geltung des öffentlichen Beschaffungsrechts ist, wie, bzw. über welche Zeitspanne hinweg, der Auftragswert zu bemessen ist. Diesbezüglich besagt Art. 15 IVöB, dass sich der Wert der jeweiligen Beschaffung über die ganze Vertragsdauer hinweg bemisst, also i.d.R. über fünf Jahre (Abs 4).

Nur bei «wiederkehrend benötigten Leistungen» bemisst sich der Auftragswert über die Zeitdauer von nur einem Jahr (Art. 15 Abs. 6 IVöB), wobei der Begriff «wiederkehrend» i.S. des Wettbewerbs restriktiv auszulegen ist und nur Leistungen wie beispielsweise die Lieferung von Verbrauchsmaterial oder Ersatzteilen umfasst.<sup>16</sup>

So kann es sich beispielsweise rechtfertigen, den Auftragswert von standardisierten Büromaterialien auf jährlicher Basis zu berechnen, sofern keine mehrjährigen Verträge ausgehandelt werden. Wenn also das jährliche Volumen unter 150'000 CHF liegt, kann anfangs Jahr ohne Ausschreibung ein einjähriger

<sup>9</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ 118.

<sup>10</sup> Siehe beispielsweise RL 2014/24/EU EG 33 und 71 sowie Art. 38.

<sup>11</sup> Ausser z.B. im Bereich der Klär- oder Abfallverbrennungsanlagen. Ein Beispiel aus dem Bildungsbereich ist eine Ausschreibung aus dem Kanton Luzern, wo die Dienststelle Volksschulbildung im Jahr 2018 den Hardware-Bedarf für alle Volksschulen gebündelt ausgeschrieben hat, siehe [https://volksschulbildung.lu.ch/unterricht\\_organisation/uo\\_planen\\_org\\_ilink/uo\\_po\\_medien\\_ict/uo\\_po\\_si\\_ict\\_geraetebeschaffung](https://volksschulbildung.lu.ch/unterricht_organisation/uo_planen_org_ilink/uo_po_medien_ict/uo_po_si_ict_geraetebeschaffung)

<sup>12</sup> Bildungsdirektion Kanton Zürich, Volksschulamt, Handbuch für Zürcher Schulbehörden und Schulleitungen, 80.

<sup>13</sup> Siehe BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58, 2C\_1014/20152015 vom 21. Juli 2016 E. 2.2 und BGE 144 II 177. In allen drei Fällen hatte das Bundesgericht auszuführen, dass die Einrichtung eines Veloverleihs eine öffentliche Aufgabe darstellt, da dieser zur Reduktion des motorisierten Verkehrs und der damit verbundenen CO<sub>2</sub>-Emissionen führt.

<sup>14</sup> Siehe auch Artikel II.2.a.ii GPA. Kommerzielle Tätigkeiten einer öffentlichen Auftraggeberin sind z.B. Produktbeschaffung zum Weiterverkauf, wie sie an den Schaltern der Post oder der SBB zu finden sind.

<sup>15</sup> Für die genauen Schwellenwerte wird auf das einschlägige kantonale Recht bzw. auf Anhang 1 der IVöB verwiesen. Die Schwellenwerte variieren je nach Auftragsart, also je nachdem ob ein Produkt, eine Dienstleistung oder ein Bauwerk beschafft wird.

<sup>16</sup> FISCHER, Handkommentar BöB, zu Art. 15, 257.

Vertrag zu einem gewissen (Rabatt-) Preis verhandelt werden. Bei einem Volumen über 150'000 CHF müsste aber zumindest ein Einladungsverfahren erfolgen.

Kauft eine Schule zum Beispiel Monitore für Schulzimmer, sind sie bei einem Anschaffungspreis von ca. 2500 CHF (und einer kurzen Vertragslaufzeit, die nur den Zeitraum bis zur Lieferung und Montage umfasst) erst ausschreibungspflichtig, wenn sie mehr als 60 Schulzimmer haben. Falls die Schule aber auch noch die Entsorgung oder Wartung mit ausschreibt, müssen solche Zusatzleistungen im Auftragswert miteinberechnet werden.

### 2.2.2 Stückelungsverbot und Verbot der übermässigen Bündelung

Bei der Berechnung des Auftragswerts ist zudem wichtig zu beachten, dass sachlich zusammenhängende Aufträge nicht im Sinne einer «Salamitaktik» in verschiedene Teilaufträge «gestückelt» werden dürfen (Art.15. Abs. 2 IVöB).<sup>17</sup> Dies kann dazu führen, dass der eigentlich einschlägige Schwellenwert nicht erreicht wird und eine Ausschreibungspflicht unterlaufen wird.

Dies bedeutet z.B., dass die Lieferung eines Produkts und dessen Montage zwingend als ein Auftrag zusammengerechnet werden müssen, wenn beides durch denselben Anbieter erfolgt. Oder, um auf obiges Beispiel der smarten Monitore zurückzukommen: So kann die Lieferung der Monitore unter den Schwellenwert fallen, wenn nur die Anschaffung ausgeschrieben wird. Sobald aber weiterführende Leistungen wie die Wartung, der Support oder vielleicht sogar die Entsorgung mitausgeschrieben werden, sind diese Kosten mit einzuberechnen (selbst wenn sie nur «optional» und keine zwingenden Vertragsbestandteile sind).

Im Umkehrschluss dürfen verschiedenartige Aufträge ohne sachlichen Zusammenhang auch nicht auf übergeordneter Ebene so gebündelt werden, dass sie als Grossaufträge nur einmal ausgeschrieben werden müssen, statt mehrmals als kleinere Einzelaufträge dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Diese Herausforderung stellt sich beispielsweise bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen gem. Art. 25 IVöB, wie in Kapitel 4.5.1 weiter ausgeführt werden soll.

## 2.3 Ausnahme: Interne Aufträge fallen nicht unter das Beschaffungsrecht

Selbst wenn der subjektive und der objektive Geltungsbereich gegeben ist, unterliegen Beschaffungen nur dann dem Beschaffungsrecht, wenn sie auf dem privaten Markt eingekauft werden (drittes Element der Definition). Kauft eine *öffentlichen Stelle Produkte oder Leistungen von einer anderen öffentlichen Stelle* (die ihrerseits selbst als Auftraggeberin dem Beschaffungsrecht untersteht) ist der Kauf als sog. «In-House»- oder «Instate»-Geschäft vom öffentlichen Beschaffungsrecht ausgenommen (Art. 10 Abs. 2 lit. b-d IVöB). Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine kantonale IT-Stelle für kommunale Schulen Leistungen erbringt.

Inwiefern eine öffentliche Auftraggeberin eine Leistung selbst erbringen oder extern einkaufen (also gemäss dem Beschaffungsrecht beschaffen) will, ist eine organisatorische Frage und liegt in ihrem freien Ermessen (sog. «make or buy»-Entscheidung).<sup>18</sup> Das Beschaffungsrecht selbst beinhaltet keine Pflicht, Leistungen öffentlich zu beschaffen, sprich auf dem freien Markt einzukaufen.

Auch im Bildungssektor steht es einer Auftraggeberin frei, ob sie Leistungen, die sie zur Erfüllung ihres Bildungsauftrages braucht, auf dem privaten Markt extern oder innerhalb der Verwaltung intern einkaufen bzw. herstellen will. Dies bestätigte auch das Zürcher Verwaltungsgericht, das sich mit der Beschaffung eines Lehrmittels für das Fach Englisch (3.-6. Klasse) durch die Bildungsdirektion bzw. den Lehrmittelverband des Kantons Zürichs (LMVZ) auseinandersetzen hatte. Das Gericht befand es *in casu* als durchaus «plausibel», wenn der LMVZ die Lehrmittel mit eigenen Ressourcen selbst entwickeln oder durch die PH entwickeln lassen kann.<sup>19</sup> Somit bestehe für schulische Lehrmittel nicht per se eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ 244, Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2011 BVGE 2011/17, E. 2.

<sup>19</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 16. Januar 2020, VB.2019.00457.

## 2.4 Öffentliche Beschaffungen als Prozess

Eine öffentliche Beschaffung ist ein Prozess («Beschaffungszyklus»), der in der Planungsphase beginnt und erst beim «end of life» des Produkts bzw. der Dienstleistung endet. Dabei wird oft verkannt, dass die Phasen vor der Ausschreibung und nach dem Zuschlag mindestens so entscheidend für den Beschaffungserfolg sind.<sup>20</sup>

Der Beschaffungsprozess lässt sich in folgende Prozessphasen und Schritte unterteilen:



### 2.4.1 Planungsphase

Die «Planungsphase» beginnt mit der **Bedarfserkennung**. In diesem ersten Schritt erkennen Schulen, respektive ihre Träger, ihren Beschaffungsbedarf und reflektieren, inwiefern dieser in Bezug auf Umweltauswirkungen und die sozialen Bedingungen differenziert werden kann (Nachhaltigkeitsgebot, siehe 3.2.3). Anhand einer Marktanalyse können sie sich in einem zweiten Schritt eine realistische Einschätzung der Marktsituation machen, um abzuschätzen, was von potenziellen Anbietern realistischerweise verlangt werden kann (Wettbewerbsgebot, siehe 3.2.1).

In einem nächsten Schritt können Schulen die Planungsphase finalisieren, in dem sie die Kriterien definieren, die der Beschaffungsgegenstand und die potenzielle Anbieterin zu erfüllen hat (**Bedarfsdefinition**). Dies tut sie anhand der «Vergabeinstrumente», namentlich der Zuschlagskriterien, Technischen Spezifikationen und der Eignungskriterien (siehe 4.3). Diese Kriterien sollen «anbieterneutral» sein, also so definiert, dass sie den Wettbewerb nicht verfälschen. Neu verlangt das Nachhaltigkeitsgebot diesbezüglich, dass auch Kriterien der ökologischen und der sozialen Nachhaltigkeit berücksichtigt werden. Bei IT-Lösungen mit Personendatenbezug sind hier auch die datenschutzrechtlichen Kriterien einzubauen (siehe dazu 4.4).

### 2.4.2 Ausschreibung und Zuschlagserteilung

Die definierten Kriterien sind im Rahmen der Ausschreibung gemäss dem Transparenzgebot auf einer zentralen und zugänglichen Plattform (in der Schweiz simap.ch) zu publizieren (Art. 48 Abs. 1 IVöB). Art. 35 und Art. 36 IVöB enthalten eine umfassende Liste von Dokumenten und Informationen, die in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein muss. In der Praxis empfiehlt es

<sup>20</sup> PATRAS/BÄNACU 2016, 106.

sich aus Gründen der Rechtssicherheit, der Ausschreibung bereits einen (groben) Vertragsentwurf mit zumindest den wichtigsten Vertragsbestimmungen beizulegen, damit diese im Nachhinein nicht verhandelt werden müssen.<sup>21</sup>

Im Rahmen der Publikation ist eine Frist anzusetzen, in denen Anbieter eine Offerte stellen können. Diese Offerten werden gemäss den definierten Kriterien evaluiert, wobei das gesamthaft «vorteilhafteste Angebot» (Art. 41 IVöB) den Zuschlag erhält.<sup>22</sup> Der Zuschlag hat in Form einer Verfügung zu erfolgen (Art. 51 IVöB) und ist ebenfalls zu publizieren. Unterlegene Anbieter können gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde bei Gericht einlegen.

### 2.4.3 Vertragsabschluss- und -erfüllungsphase

Der eigentliche Vertragsabschluss richtet sich nach Art. 42 IVöB und erfolgt im WTO-Bereich erst nach Ablauf der Rekursfrist, sicher aber erst nach Zuschlagserteilung. Dabei hat der Vertrag alle in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften an den Beschaffungsgegenstand und den Anbieter aufzunehmen und zu verankern.

Eine öffentliche Beschaffung endet nicht einfach mit der Zuschlagerteilung oder dem Vertrag,<sup>23</sup> sondern erstreckt sich über den ganzen Lebenszyklus der Beschaffung hinweg. Die «**Vertragserfüllungsphase**» ist diesbezüglich essenziell, denn in dieser Phase erbringt der Zuschlagsempfänger die Leistung. Dabei entscheidet sich, ob die Leistung tatsächlich in der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Qualität erbracht werden kann, insbesondere, ob das Kostendach eingehalten wird und ob die versprochenen ökologischen/sozialen Kriterien erfüllt werden können. Deshalb ist es entscheidend, dass im Vertrag geeignete Mechanismen (Vertragsklauseln)<sup>24</sup> eingebaut werden, die die Umsetzung der versprochenen Leistung überwachen. So kann der Vertrag beispielsweise vorsehen, dass der Anbieter in einer regelmässigen Berichterstattung (schriftlich durch «monitoring-reports» oder mündlich in «review meetings») aufzeigt, wie die Einhaltung von Sozialstandards über die Lieferketten hinweg eingehalten wird.<sup>25</sup>

## 2.5 Zwischenfazit

Schulen sind gewichtige «Nachfragerinnen» auf dem privaten Markt, denn sie haben einen grossen Bedarf an Bauten, Gütern und Dienstleistungen, um ihren Bildungsauftrag zu erfüllen. Dabei unterstehen sie als öffentliche-rechtliche Einrichtungen dem Beschaffungsrecht. Das bedeutet, dass sich Schulen über den ganzen Prozess einer Beschaffung, von der Planungsphase bis hin zur Ausschreibung aber auch noch später in der Vertragserfüllungsphase an die beschaffungsrechtlichen Vorgaben zu halten haben.

Ausgenommen sind Beschaffungen, die unter den Schwellenwert von i.d.R. 150'000 CHF fallen.<sup>26</sup> In Bezug auf die Schwellenwerte ist es wichtig, den Auftragswert richtig, d.h. über die ganze Vertragslaufzeit (i.d.R. fünf Jahre) zu berechnen. Aufträge dürfen zudem nicht in verschiedene Teilaufträge «gestückelt» werden (Stückelungsverbot) und nicht als Grossauftrag so gebündelt werden, dass sie nur einmal ausgeschrieben werden müssen.

Weitere Ausnahmen sind interne Beschaffungen von anderen öffentlichen Akteuren, wie z.B. Leistungen von kantonalen Behörden für Gemeinden bzw. Schulen, sowie von pädagogischen Hochschulen oder öffentlichen Lehrmittelverlagen («Inhouse» oder «Instate»).

<sup>21</sup> Botschaft BÖB,1957.

<sup>22</sup> Die Beschaffung kann abgebrochen werden, wenn einer der Gründe in Art. 43 IVöB vorliegt.

<sup>23</sup> PATRAS/BÄNACU 2016, 106.

<sup>24</sup> Während die EU die Vertragsklauseln als sog. «Bedingungen für die Auftragsausführung» bzw. «Conditions for performance of Contract» in Art. 70 der RL 2014/24/EU

<sup>25</sup> Siehe für ein best-case Beispiel im IKT-Sektor (Beschaffung von Hardware) durch die Einkaufsgemeinschaft Dataport in Deutschland, LANDMARK PROJECT, 9 ff. In diesem Beispiel wurden die Einhaltung der in Zuschlagskriterien definierten sozialen Standards abgesichert durch vertraglich vereinbarte «Review»-Treffen.

<sup>26</sup> Für die genauen Schwellenwerte wird auf das einschlägige kantonale Recht bzw. auf Anhang 1 der IVöB verwiesen. Die Schwellenwerte variieren je nach Auftragsart, also je nachdem ob ein Produkt, eine Dienstleistung oder ein Bauwerk beschafft wird.

Ob die Schulen selbst Beschaffungsverfahren durchführen oder diese Kompetenz von ihren Schulträgern wahrgenommen wird, richtet sich nach kantonalem oder kommunalem Recht. Oft führen die (Schul-) Gemeinden Beschaffungen für ihre Schulen durch, bisweilen tun dies aber auch die Kreisschulpflege oder die Bildungsdirektion.<sup>27</sup> Wer eine Beschaffung im Bildungssektor im Einzelfall durchführt, ist beschaffungsrechtlich nicht relevant: die jeweilige Beschaffungsstelle hat sich in jedem Fall an Vorgaben des Beschaffungsrechts zu halten hat. Dies ist auch bei einer Delegation der Beschaffungsbefugnisse an externe Organisationen zu beachten.

## 3 Beschaffungsrechtliche Vorgaben für Schulen

### 3.1 Rechtsquellen des Beschaffungsrechts

Das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz wird auf internationaler Ebene durch das sog. «Staatsvertragsrecht» reguliert. Als wichtigste Rechtsquelle im Staatsvertragsbereich ist das Government Procurement Agreement (GPA) der Welthandelsorganisation (WTO) zu nennen.<sup>28</sup> Dieses beinhaltet Mindestvorgaben in Bezug auf die Transparenz, das rechtliche Gehör und den Wettbewerb: Als primärer Grundsatz verbietet das WTO/GPA die Diskriminierung ausländischer Anbieter (zumindest solchen aus anderen GPA-Staaten).<sup>29</sup>

Auf Bundesebene wird das WTO/GPA durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) umgesetzt. Die Zuständigkeiten im Beschaffungsverfahren auf Bundesebene werden durch die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB) geregelt. Da das öffentliche Beschaffungswesen keine Bundeskompetenz ist, gilt das BöB lediglich für die Beschaffungen der Bundesverwaltung.

Ein Grossteil aller Beschaffungen (80%) ist den Kantonen und den Gemeinden zuzuordnen.<sup>30</sup> Deshalb stellen die kantonalen Beschaffungsgesetze (oft auch Submissionsgesetze oder -verordnungen genannt) die primär relevanten Rechtsquellen für den Grossteil der Beschaffungen dar,<sup>31</sup> insbesondere auch für Beschaffungen im Bildungssektor. Neben den kantonalen Beschaffungsgesetzen kennen einige Gemeinde ergänzende kommunale Beschaffungsbestimmungen.<sup>32</sup>

Da die kantonalen Gesetze in die Regelungskompetenz jedes einzelnen Kantons fallen, hatte lange Zeit jeder Kanton ein von einer eigenen Regulierungslogik geprägten kantonale Beschaffungsgesetze, was zu einem «Flickwerk» an 26 verschiedenen kantonalen Gesetzen (und einem föderalen Gesetz für die Bundesebene) führte.<sup>33</sup> Seit 2019 gibt die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) hierfür den Rahmen vor. Das IVöB ist ein Konkordat, dem die Kantone auf freiwilliger Basis beitreten können. Diejenigen Kantone, die sich für einem Beitritt entscheiden, haben das IVöB in den kantonalen Beschaffungsgesetzen zu übernehmen. Aktuell sind sieben Kantone der IVöB beigetreten, 14 weitere befinden sich im Beitrittsverfahren.<sup>34</sup> Inhaltlich sind das IVöB und das BöB seit der Revision 2019 weitgehend deckungsgleich.<sup>35</sup>

Auch kantonale oder kommunale Weisungen und Strategien können beschaffungsrechtliche Vorgaben enthalten und die entsprechenden Beschaffungsgesetze komplementieren. Insbesondere in Bezug auf

<sup>27</sup> Siehe [intelliprocure.ch](https://intelliprocure.ch)

<sup>28</sup> Weitere Staatsverträge sind das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EU (abgeschlossen 1999 als Teil der «Bilateralen 1») sowie dasjenige mit der EFTA. Zudem erhalten die meisten weiteren Freihandelsabkommen der Schweiz sog. «Kapitel» zum öffentlichen Beschaffungswesen, die im bilateralen Verhältnis Geltung entfalten.

<sup>29</sup> Siehe statt KOCH 2020, WTO Law, 71 ff.

<sup>30</sup> Botschaft BöB, 1854.

<sup>31</sup> Für eine Übersicht über alle kantonalen Beschaffungsgesetze (Stand 2013, vor dem durch die neu IVöB 2019 in Gang gebrachte Revisionsverfahren der kantonalen Gesetze) siehe GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ 70 ff.

<sup>32</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ 100 f.

<sup>33</sup> OESCH 2010, 5.

<sup>34</sup> Stand vom 25. Oktober 2022, aufrufbar auf der Webseite des BPUK unter <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>

<sup>35</sup> Siehe Vergleichsdokument IVöB/BöB vom 25.11.2020, einsehbar auf der Webseite der BPUK

die ökologische Nachhaltigkeit haben solche Dokumente in der jüngeren Vergangenheit an Relevanz gewonnen.<sup>36</sup>

## 3.2 Inhaltliche Vorgaben

Auf materieller Ebene enthält das Beschaffungsrecht eine Vielzahl von Regeln, die darauf abzielen, die Beschaffungsrechtsprinzipien umzusetzen. Diese Beschaffungsprinzipien sollen im Folgenden in der gebotenen Kürze vorgestellt werden.

### 3.2.1 Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebot/Diskriminierungsverbot

Das Wettbewerbsgebot geht von der Prämisse aus, dass Aufträge im offenen Verfahren ausgeschrieben werden müssen, wenn sie einen gewissen Schwellenwert erreicht haben und keine Ausnahmegründe vorliegen. Diese Pflicht ergibt sich auch aus dem verfassungsmässigen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV), der besagt, dass der Staat den Wettbewerb nicht unnötig beeinflussen soll (sei es durch regulatorische Massnahmen gleichwohl wie in seinem Kaufverhalten). Schulen bzw. Schulträger als wichtige «Aushängeschilder» der öffentlichen Hand kommt diesbezüglich eine grosse Verantwortung zu. Das Beschaffungsrecht nimmt den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auf und geht mit seinem Wettbewerbsgebot einen Schritt weiter: Art. 2 lit. d IVöB fordert nicht nur wettbewerbsneutrales Verhalten, sondern spricht von der «Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs», wobei ein Wettbewerb «fair» ist, wenn alle Anbieter (auch ausländische, zumindest aus GPA-Staaten) gleich behandelt werden.

Das Gleichbehandlungsgebot verbietet es Schulen also, im Beschaffungsprozess gewisse Anbieter bevorzugt zu behandeln und andere dabei zu diskriminieren (deshalb auch «Diskriminierungsverbot» genannt).<sup>37</sup> Das bedeutet auch, dass Schulen ihren Bedarf nicht ausgehend von bestimmten Lösungen, Anbietern oder gar Marken definieren sollen. Der Beschaffungsbedarf ist bereits in der Planungsphase «anbieterneutral» zu definieren. Die Ausschreibung einzelner Marken oder Preisverhandlungen mit ausgewählten Anbietern auf andere Anbieter sind wettbewerbsverfälschend und aus beschaffungsrechtlicher Sicht zu vermeiden.

### 3.2.2 Transparenzgebot

Ohne Transparenz gibt es keinen Wettbewerb und die Gleichbehandlung von Anbietern kann nicht gewährleistet werden. Das Transparenzgebot besagt, dass Aufträge (und die dazugehörigen Unterlagen) auf einer zentralen und hürdenlos einsehbaren Plattform publiziert werden müssen. Während einer laufenden Ausschreibung ist es wichtig, dass potenzielle Anbieter den gleichen Informationstand haben und dass Änderungen oder Möglichkeiten zur Angebotsspezifizierung allen Anbietern kommuniziert werden. Dementsprechend enthält das Beschaffungsrecht eine Vielzahl von Bestimmungen in Bezug auf die transparente Informationstätigkeit der Beschaffungsbehörden während der Ausschreibung.<sup>38</sup> Nach erfolgter Ausschreibung ist der Zuschlag (mit den in Art. 48 Abs. 6 IVöB genannten Angaben) zu publizieren und i.S.v. von Art. 51 Abs. 2 IVöB zu begründen, damit der Vergabeentscheid *ex post* transparent nachvollziehbar ist.<sup>39</sup>

### 3.2.3 Neu: Nachhaltigkeitsgebot

Lange nannte das Beschaffungsrecht das «Wirtschaftlichkeitsgebot» als viertes Prinzip (neben dem Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot). Seit der Revision 2021 ist das Wirtschaftlichkeitsgebot neu durch ein umfassenderes Nachhaltigkeitsgebot ergänzt worden,<sup>40</sup> das neben der ökonomischen auch die ökologische und soziale Dimension umfasst (Art. 2 lit. a IVöB).

<sup>36</sup> Siehe beispielsweise «Richtlinie Fahrzeugbeschaffung der Gemeinde Muttenz» vom 30. August 2006, oder für den Kanton Zürich Weisung «Emissionsminderung von Fahrzeugen bei der Beschaffung und dem Betrieb durch die kantonale Verwaltung und beauftragte Unternehmen» aus dem Jahr 2013 sowie auf Bundesebene «Weisungen des VBS über die ökologischen Grundsätze der Beschaffung und Nutzung von Verwaltungsfahrzeugen vom 11. Dezember 2020».

<sup>37</sup> Botschaft BöB, 1886.

<sup>38</sup> Ibid., siehe insbesondere Art. 35, Art. 36 oder Art. 48 BöB.

<sup>39</sup> FETZ/STEINER, RZ 44.

<sup>40</sup> Siehe dazu auch STEINER 2020, 8.

### 3.2.3.1 Wirtschaftliche Nachhaltigkeit

Der Begriff der «wirtschaftlichen Nachhaltigkeit»<sup>41</sup> zielt auf die ökonomische Verwendung der öffentlichen Gelder bei Beschaffungen und beinhaltet das Wirtschaftlichkeitsgebot. Dabei ist «Wirtschaftlichkeit» aber nicht deckungsgleich mit dem tiefsten Preis, v.a. dann nicht, wenn darunter der Anschaffungspreis und nicht der Lebenszykluspreis verstanden wird.<sup>42</sup> Vielmehr zielt der Begriff auf die Abwägung des besten Preis-Leistungsverhältnis ab. Der Preis ist nach wie vor ein entscheidendes Kriterium, der bei der Bewertung immer mitberücksichtigt werden muss, namentlich durch eine Gewichtung von mindestens 20% im Rahmen der Zuschlagskriterien.<sup>43</sup>

### 3.2.3.2 Ökologische Nachhaltigkeit

Die «ökologische Nachhaltigkeit» bezieht sich auf den «Umweltschutz und den Erhalt der natürlichen Ressourcen». Diese Terminologie stammt aus dem WTO-Recht und wurde von den WTO-Streitbeilegungsbehörden im Kontext des WTO-Rechts breit ausgelegt, wobei das WTO/GPA diesbezüglich als *lex specialis* einen breiteren Spielraum einräumt.<sup>44</sup> Ökologische Kriterien an den Beschaffungsgegenstand können so beispielsweise auf die Reduktion von Treibhausgasen in der Produktion (oder u.U. auch im Transport), die Wiederverwendbarkeit von Produkten (bzw. Kreislaufwirtschaft), oder auf die Verwertung von nachwachsenden Ressourcen abzielen.<sup>45</sup>

### 3.2.3.3 Soziale Nachhaltigkeit

Die dritte Dimension, die «soziale Nachhaltigkeit» umfasst im Kontext des Beschaffungswesens klassischerweise die Einhaltung der Arbeitsschutzbedingungen:<sup>46</sup> Einerseits die Einhaltung von Mindeststandards des Arbeitsrechts (für im Ausland erbrachte Leistungen müssen die Einhaltung der acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation [ILO] gewährleistet sein) oder die Lohngleichheit von Mann und Frau, andererseits darüber hinausgehende Kriterien wie die Lehrlingsausbildung.<sup>47</sup> In jüngerer Zeit wird die sozial nachhaltige Beschaffung aber breiter gefasst; so ist generell anerkannt, dass auch über Arbeitsschutzbestimmungen hinausgehende Kriterien unter den Begriff «soziale Nachhaltigkeit» fallen können, insbesondere Kriterien in Bezug auf fairen Handel oder auf Inklusivität im Arbeitsumfeld, wie zum Beispiel Barrierefreiheit, Geschlechtergleichstellung oder, besonders relevant im Bildungssektor, Kindes- und Jugendschutz.<sup>48</sup>

### 3.2.3.4 Digitale Nachhaltigkeit

In diesem Zusammenhang kommt vor allem in Bezug auf IKT-Beschaffungen die Frage auf, ob eine zeitgemässe Interpretation des Nachhaltigkeitsbegriffs auch die digitale Nachhaltigkeit berücksichtigen soll. Dieses besagt, dass digitale Güter und Dienstleistungen als sogenannte «public goods»<sup>49</sup> so konzipiert sein sollen, dass sie den nachhaltigen Zugang und Nutzen zu digitalem Wissen gewährleisten sollen.<sup>50</sup> Auch wenn dieses bis heute wenig erforschte Konzept so nicht vom Wortlaut des Gesetzes erfasst ist, scheint es im Bildungssektor, wo die Endnutzer:innen Kinder und Jugendliche (und somit

<sup>41</sup> Die Bedeutung des Begriffs der «volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit» ist nicht ganz klar. Seine Ursprünge hat er in der (protektionistischen) Absicht, gewisse Sektoren der Schweiz vor ausländischer Konkurrenz abzuschotten. Da er in der Praxis wenig Relevanz hat, soll hier nicht weiter darauf eingegangen werden.

<sup>42</sup> Botschaft BÖB, 1884, KOCH, WTO Law, 196, und unten 4.5.1

<sup>43</sup> BGE 129 I 313 7.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, FN 1799 und 854, KOCH, WTO Law, 199.

<sup>44</sup> KOCH, WTO Law, 77 ff.

<sup>45</sup> Siehe auch KOCH, WTO Law, 23 f.

<sup>46</sup> Die sozial nachhaltige Beschaffung hat ihren Ursprung in der EU im sog. «Max Havelaar-Entscheid», in dem der Europäische Gerichtshof (EuGH) befand, dass die sozialen Arbeitsschutzkriterien des Fairtrade-Labels Max Havelaar durchaus als Zuschlagskriterien gelten können, siehe Urteil des EuGH in der Rechtssache C-368/10 vom 10. Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:284.

<sup>47</sup> Die Lehrlingsausbildung darf als Zuschlagskriterien nur bei Ausschreibungen ausserhalb des Staatsvertragsbereich angewendet werden, da sie sich sonst diskriminierend gegenüber ausländischen Anbietern auswirken könnte (Art. 29 Abs. 2 IVöB).

<sup>48</sup> Botschaft BÖB, 1943; European Commission, Buying Social, 9 und 15.

<sup>49</sup> Ein «Public Good» bezeichnet ein öffentliches Gut, das der Bevölkerung kostenlos und frei nutzbar offenstehen soll. Das Konzept der «digital public goods» wurde von der UNO konzipiert und verbindet Digitalisierung bzw. das damit zusammenhängende Wissen mit dem Konzept des öffentlichen Guts. Siehe auch: <https://www.un.org/teenvoy/content/digital-public-goods>.

<sup>50</sup> STÜRMER 2017, 1.

eine besonders vulnerable Personengruppe) sind, die digitale Nachhaltigkeit mitzuberücksichtigen (dies i.S. einer teleologischen Interpretation entweder als eigenständige Dimension der Nachhaltigkeit oder als Bestandteil der sozialen Nachhaltigkeit). Dies vor dem Hintergrund, dass in der Volksschule die Grundsteine für das spätere Verhalten gelegt werden und Kindern den Umgang mit digitalen Mitteln unabhängig von bestimmten Betriebssystemen bzw. Produkten beigebracht werden soll, um ihnen diesbezüglich eine gewisse Selbstständigkeit mit auf den Weg zu geben und Abhängigkeiten im Erwachsenenalter zu vermeiden.

### 3.2.4 Spannungsfelder und Synergien

Die drei beschaffungsrechtlichen Prinzipien sind eng miteinander verflochten: Transparenz ist die Basis der Gleichbehandlung, ohne die es keinen wirksamen und fairen Wettbewerb gibt. Wenn Anbieter von einer Auftraggeberin also nicht die gleichen Informationen erhalten, ist das eine Verletzung des Transparenzgebots, die gleichzeitig in einer Ungleichbehandlung resultiert und dem Wettbewerb umgeht. Wenn Qualitätsaspekte vernachlässigt werden und ein Zuschlag ungerechtfertigterweise zugunsten des billigsten Preises vergeben wird, verletzt dies das Nachhaltigkeitsgebot und führt zu Preisdumping, was wiederum den Wettbewerb unterbindet.

Gleichzeitig stehen die einzelnen Prinzipien aber auch oft im Zielkonflikt zueinander:<sup>51</sup> So kommen ökologisch oder sozial nachhaltige Lösungen oft mit teureren Anschaffungspreisen einher, was als Konflikt mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot gedeutet wird. Zudem besteht bei sozialen/ökologischen technischen Spezifikationen oder Eignungskriterien das Risiko, dass sich diese wettbewerbseinschränkend auswirken (siehe 4.3).<sup>52</sup> So ist bei strengen Anforderungen an den Datenschutz oder in Bezug auf Umweltzertifikate (z.B. von Hardware) i.S. einer Güterabwägung (siehe 4.1.3) darauf zu achten, dass sich diese nicht wettbewerbseinschränkend als nötig auswirken, insbesondere in Hinblick auf KMU

## 3.3 Verfahrensrechtliche Vorgaben

Auf formeller Ebene enthält das Beschaffungsrecht detaillierte prozessuale Regeln, insbesondere was die Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung anbelangt (siehe Ausführungen zum Beschaffungszyklus, 2.4). Ganz entscheidend dabei ist die Wahl des richtigen Beschaffungsverfahrens, das je nach Schwellenwerte variiert.

### 3.3.1 Offenes Verfahren oder Einladungsverfahren als «Normalfall»

Ab einem Schwellenwert von 250'000 CHF für Produkte und Dienstleistungen muss ein öffentlicher Auftrag im offenen Wettbewerb schweizweit ausgeschrieben werden (Anhang 2 IVöB), ab 350'000 CHF weltweit bzw. in den GPA-Staaten (Anhang 1 IVöB).

Gemäss Art. 18 IVöB schreiben die Auftraggeber im offenen Verfahren ihren Auftrag öffentlich aus, so dass alle interessierten Anbieter ein Angebot einreichen können. Im offenen Verfahren ist eine Vorselektion ausgeschlossen, damit der volle Marktzugang gewährt ist.<sup>53</sup> Im Gegensatz dazu steht das selektive Verfahren (Art. 19 IVöB), das ab denselben Schwellenwerten zur Geltung kommen kann, vorausgesetzt die Auftraggeberin kann nachweislich begründen, wieso eine Vorselektion notwendig ist und dass ein wirksamer Wettbewerb besteht.<sup>54</sup>

Bei einem tieferen Schwellenwert bzw. ab 150'000 CHF bei Produkten und Dienstleistungen kann die Auftraggeberin auf ein offenes Verfahren verzichten und im Einladungsverfahren ausgewählte Marktteure zur Offerteingabe auffordern (Art. 20 IVöB). Im Einladungsverfahren sollen aber wenn möglich auch mindestens drei Angebote eingeholt werden.

<sup>51</sup> Siehe auch STEINER 2020, 9.

<sup>52</sup> Botschaft BöB, 1885, TRÜEB, Handkommentar BöB, zu Art. 2, RZ 9.

<sup>53</sup> Ibid., 1923.

<sup>54</sup> Botschaft BöB, 1924.

### 3.3.2 Freihändiges Verfahren als Ausnahmefall

Beim freihändigen Verfahren findet kein Wettbewerb statt: Die Auftraggeberin vergibt ihren Auftrag direkt an eine ausgewählte Anbieterin. Das freihändige Verfahren ist deshalb nur bei Beschaffungen mit Auftragswert von bis zu 150'000 CHF erlaubt (siehe Anhang 2 IVöB).

Ausnahmen davon sind in den in Art. 21 Abs. 2 IVöB erwähnten Fällen auch bei höherem Auftragswert erlaubt, z.B. wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur eine Anbieterin in Frage kommt (lit. c, sog. «Ausnahmefreihänder»).

### 3.3.3 (Preis-) Verhandlungen

Art. 11 IVöB statuiert als «Verfahrensgrundsatz», dass sog. «Abgebotsrunden», also «Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Preis des Angebots zu senken»<sup>55</sup> nicht mit dem Beschaffungsrecht vereinbar sind. Mit dem Verbot soll verhindert werden, dass Anbieter ihre Preise mit erhöhten Margen angeben, um diese in Hinblick auf spätere Verhandlungsrunden als Teil der Verhandlungsmasse wieder zu senken.<sup>56</sup> Nur im freihändigen Verfahren (unter dem Schwellenwert von 150'000 CHF) sind Preisverhandlungen erlaubt.<sup>57</sup>

Um das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot nicht zu verletzen, sind Verhandlungen mit Anbietern nach erfolgter Ausschreibung (und auch in der Planungsphase) nur noch in geregelterm Rahmen möglich:<sup>58</sup> Einerseits im Dialog gem. Art. 24 IVöB (siehe 4.5.3), wobei dieser aber auch nicht mit dem Zweck der Preisverhandlungen geführt werden darf (Art. 24 Abs. 2), andererseits nach Eingang der Offerten im Rahmen einer Angebotsbereinigung gem. Art. 39 IVöB. Letzteres ist nur gem. den Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 2 IVöB möglich, namentlich wenn die eingegangenen Angebote nicht vergleichbar sind oder wenn eine Anpassung der nachgefragten Leistung sachlich geboten ist (wobei eine solche nicht den Kerncharakter der Ausschreibung verändern dürfen). Allenfalls können sich minime Preisverhandlungen in diesem Rahmen rechtfertigen, dann müsste aber allen Involvierten gleichermaßen die Möglichkeit geboten werden, neue Preisofferten einzureichen.<sup>59</sup> In jedem Fall sind hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebotes Verhandlungen mit allen Anbietern zu führen, deren Angebot für den Zuschlag in Frage kommt.<sup>60</sup>

## 3.4 Zwischenfazit

Schulen und andere Beschaffungsbehörden im Bildungsbereich sind an die Regeln des WTO/GPA und an die kantonalen Beschaffungsgesetze (für die beigetretenen Kantone ist dies das IVöB als Rahmengesetz) sowie an allfällige kommunale Umsetzungsbestimmungen gebunden.

Das Beschaffungsrecht basiert auf drei Säulen:

- i. Das Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebot besagt, dass Schulen und ihre Schulträger grundsätzlich im offenen Wettbewerb ausschreiben und dabei alle Anbieter gleich behandeln müssen. Preisverhandlungen oder die Ausschreibung einzelner Marken sind verboten.
- ii. Das Transparenzgebot gebietet, dass alle relevanten Informationen und Inhalte transparent zu publizieren und Zuschläge zu begründen sind.
- iii. Neu ist das Nachhaltigkeitsgebot, das verlangt, dass Schulen bereits bei der Bedarfsplanung berücksichtigen, inwiefern der Beschaffungsgegenstand in Bezug auf den Umweltschutz und die Arbeitsschutzbedingungen, aber auch in Bezug auf Inklusion oder Kindes- und Jugendschutz differenziert ausgeschrieben werden kann.

Aufgrund der Digitalisierung im Schulbereich stellt sich diesbezüglich auch die Frage, inwiefern auch Anforderungen an die digitale Nachhaltigkeit, beispielsweise in Bezug auf Interoperabilität von Systemen oder Massnahmen gegen «Vendor-Lock-in» reflektiert werden sollen. Dabei scheint es im

<sup>55</sup> Ibid., 1910.

<sup>56</sup> KUNZ-NOTTER in Handkommentar BöB, zu Art. 11, RZ 19.

<sup>57</sup> Botschaft BöB, 1911.

<sup>58</sup> FETZ/STEINER, RZ 135, zum Begriff der «Verhandlungen» als «direkter Kontakt», siehe FETZ/STEINER, RZ 136.

<sup>59</sup> Botschaft BöB, 1911.

<sup>60</sup> FETZ/STEINER, RZ 141.

Bildungsbereich wichtig, Kindern i.S.v. «digital skills» einen nachhaltigen Umgang mit digitalen Mitteln zu vermitteln, ohne sie von gewissen Produkten/Marken «abhängig» zu machen.

## 4 Nachhaltige öffentliche Beschaffung im Bildungssektor

### 4.1 Bedeutung und Grenzen des Nachhaltigkeitsgebots

Art. 2 IVöB nennt neu die Nachhaltigkeit auf all ihren drei Dimensionen explizit als Zweck des Beschaffungsrechts und hebt ökologische und soziale Anliegen an das Beschaffungsobjekt auf dieselbe Stufe wie die Anliegen in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb. Dies ist insofern als «Paradigmenwechsel»<sup>61</sup> zu bezeichnen, als ökologische und soziale Kriterien an den Beschaffungsgegenstand in der Vergangenheit oft als «vergabefremd» und somit illegal abgetan wurde.

Die Verankerung der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit auf Stufe Zweckartikel sowie teilweise auch in den Bestimmungen zu den einzelnen Vergabeinstrumenten eröffnen den Schulen und anderen Beschaffungsbehörden im Bildungssektor also einen grossen Spielraum, wenn es darum geht, ökologische und soziale Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand zu stellen. Inwiefern sich aus dem neuen Nachhaltigkeitsgebot hingegen eine Pflicht zur Berücksichtigung ökologischen oder sozialen Beschaffungskriterien ergibt, erfordert einer differenzierten Betrachtung und ist je nach föderalem Kontext unterschiedlich zu beurteilen.

#### 4.1.1 Obligatorische und freiwillige Komponente

Auftraggeber müssen bei öffentlichen Beschaffungen in der Schweiz sicherstellen, dass die Anbieter (und ihre Subunternehmen) das Schweizer Arbeitsrecht (und die Arbeitsschutzbestimmungen) und das Umweltrecht einhalten sowie die Bestimmungen über die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau gewährleisten (Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 IVöB). Bei im Ausland zu erbringenden Leistungen gilt das analog für die acht ILO-Kernübereinkommen sowie ausgewählte internationale Umweltschutzabkommen (Abs. 2 und Abs. 3). Diese Mindestanforderungen sind obligatorisch einzufordern, bilden also den Kern des Nachhaltigkeitsgebots. Dabei wurde aber ihre Einhaltung in der Praxis bisher i.d.R. lediglich durch Selbstdeklaration eingefordert. Das revidierte Recht schafft diesbezüglich in Art. 12 Abs. 4 und Abs. 5 IVöB die Basis, um je nach Risikoanalyse weitere Nachweise und Audits vorzusehen.

Besteht darüber hinaus eine Pflicht zur Berücksichtigung ökologischer oder sozialer Kriterien? Der Zweckartikel selbst beinhaltet keine konkreten Rechte und Pflichten, ist auf sich allein gestellt so also nicht direkt justiziabel, spricht vor Gericht einklagbar. Nichtsdestotrotz kommt ihm eine starke Signalwirkung zu. Der damalige Finanzminister nannte die Nachhaltigkeit in der parlamentarischen Debatte als «Hauptstossrichtung der Revision» und «roten Faden» des Gesetzes.<sup>62</sup> Daraus ergibt sich eine allgemeine Prüfpflicht in Bezug auf ökologische/soziale Kriterien. Demgemäss haben Schulen und ihre Schulträger bei jeder Beschaffung zu prüfen, ob sie Anforderungen in Bezug auf den Umweltschutz oder die sozialen Herstellungs- und Ausführungsbestimmungen stellen können. Diese Frage kann im Einzelfall auch verneint werden, könnte aber im Rahmen eines Beschaffungscontrollings begründungspflichtig sein.

Abgesehen von dieser grundsätzlichen Pflicht der Prüfung des ökologischen und sozialen Nachhaltigkeitspotenzial beinhaltet das IVöB als Rahmengesetz keine weitergehenden Pflichten. Allerdings steht es den Kantonen und Gemeinden frei, darüberhinausgehende obligatorische Pflichten zur Berücksichtigung der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit festzulegen. Dies geschieht typischerweise auf Stufe kantonales Gesetz oder in Form von Beschaffungsstrategien oder produktebezogenen Weisungen. Einige Gemeinden, Kantone oder Beschaffungsstellen des Bundes haben von diesem Spielraum bereits Gebrauch gemacht, und die ökologische oder soziale Beschaffung bei gewissen Produkten obligatorisch

<sup>61</sup> Siehe STEINER 2006, 49 und STEINER 2014, 150 und 172, darauf bezugnehmend KOCH, Ökologische Beschaffungen, 13.

<sup>62</sup> Siehe Votum von Bundesrat Ueli Maurer in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018, aufrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43590>; BÖB-Botschaft, 1884

gemacht, insbesondere im Fahrzeugsektor oder bei Hardware anbelangt.<sup>63</sup> Die Stadt Bern setzt in Bezug auf die soziale Nachhaltigkeit bei den Nachweisen (für die Mindestanforderungen gem. Art 12 Abs. 1 IVöB) an und verlangt nebst der Selbstdeklaration einen Nachweis i.S.v. einer Lohngleichheitsanalyse gem. Art. 13c des Gleichstellungsgesetzes und führt stichprobeweise Kontrollen durch.<sup>64</sup>

Darüber hinaus steht es Schulen und ihren Schulträgern frei, auf freiwilliger Basis weitergehende ökologische oder soziale Kriterien anzubringen. Um dabei ungerechtfertigte Diskriminierungen zu vermeiden, sind dabei aber die Grenzen des Nachhaltigkeitsgebotes zu beachten (siehe 4.1.3) und auf eine sachgerechte Verwendung der «Vergabeinstrumente» zu achten (siehe 4.3).

#### 4.1.2 Qualitätswettbewerb statt Preiswettbewerb

Das Nachhaltigkeitsgebot setzt ein Zeichen für den Qualitätswettbewerb:<sup>65</sup> «Preis-Leistung» darf nicht mit primärem Fokus auf den Preis ausgelegt werden. Dies unterstreicht auch die Terminologie in Art. 41 IVöB: Dieser sagt, dass der Zuschlag an das «vorteilhafteste» Angebot zu ergehen hat (und nicht mehr an das «wirtschaftlich günstigste Angebot», wie es das alte Gesetz vorsah). Das bedeutet, dass sich Preis- und andere Qualitätsaspekte (vor allem in Bezug auf die ökologische und soziale Nachhaltigkeit) die Waage halten sollen.<sup>66</sup> Das Zuschlagskriterium «Preis» soll also im Verhältnis zu der Qualität weder zu wenig (d.h. unter 20%) noch zu viel gewichtet werden.

Welches Gewichtungsverhältnis angebracht ist, ist im Einzelfall zu entscheiden und bemisst sich anhand von Faktoren wie der Komplexität des jeweiligen Beschaffungsobjekts (4.1.2). Ein Blick auf die Beschaffungstatistik zeigt aber,<sup>67</sup> dass bei vielen Beschaffungen durch Schulen der Preis nach wie vor zu 60% gewichtet wird,<sup>68</sup> was v.a. bei komplexen Beschaffungen eine hohe Gewichtung ist, die Qualitätsaspekte zu vernachlässigen scheint. In jüngster Zeit, so zeigt die Statistik, werden aber vermehrt Einzelbeispiele von Qualität- statt Preiswettbewerb im Schulsektor sichtbar.<sup>69</sup>

#### 4.1.3 Grenzen

##### 4.1.3.1 Erfordernis des Sachlichen Bezuges

Der Bundesrat hat das Kriterium des «sachlichen Bezugs» eingeführt und präzisiert, dass «die Anwendung von Umwelt- und Sozialkriterien stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt» haben muss,<sup>70</sup> das heisst, sich «auf das Produkt selbst oder auf dessen erwünschte Wirkung» beziehen sollen. Demgemäss sind ökologische/soziale Kriterien dann möglich, wenn sie sich auf die Eigenschaft, die Herstellung oder die Wirkung des Beschaffungsgegenstandes beziehen.<sup>71</sup>

So können Auftraggeber verlangen, dass ihre zu beschaffenden Bauten aus umweltverträglichem Holz hergestellt werden;<sup>72</sup> dies aus Gründen der Verhältnismässigkeit aber nur, wenn sie sicherstellen, dass

<sup>63</sup> Siehe z.B. «Richtlinie Fahrzeugbeschaffung der Gemeinde Muttens» vom 30. August 2006, oder für den Kanton Zürich Weisung «Emissionsminderung von Fahrzeugen bei der Beschaffung und dem Betrieb durch die kantonale Verwaltung und beauftragte Unternehmen» aus dem Jahr 2013 sowie auf Bundesebene «Weisungen des VBS über die ökologischen Grundsätze der Beschaffung und Nutzung von Verwaltungsfahrzeugen vom 11. Dezember 2020».

<sup>64</sup> Siehe Stadt Bern, Merkblatt zum Nachweis der Lohngleichheit im Beschaffungswesen.

<sup>65</sup> Siehe dazu STEINER 2020, 9, der sogar die Frage nach einem «ungeschriebenen Gesetzesziel» aufwirft.

<sup>66</sup> Siehe auch FETZ/STEINER, RZ 46, mit Referenz auf STEINER 2014, 165 ff.

<sup>67</sup> Siehe <https://intelliprocure.ch/>

<sup>68</sup> Siehe z.B. die Ausschreibung von Schul-Laptops durch die Stadt Rapperswil-Jona, Ausschreibung vom 11.12.22 (Meldung 1244979), [https://intelliprocure.ch/beschaffungen-ausschreibungen/1244979/Gemeinde%20Rapperswil-JonaErsatzbeschaffung%20und%20Erweiterung%20Laptops%20f%C3%BCr%20die%20Schule%202022?order=datePublication\\_DESC](https://intelliprocure.ch/beschaffungen-ausschreibungen/1244979/Gemeinde%20Rapperswil-JonaErsatzbeschaffung%20und%20Erweiterung%20Laptops%20f%C3%BCr%20die%20Schule%202022?order=datePublication_DESC), oder die Ausschreibung für Schul-Hardware durch die Gemeinde Rorschach vom 23.08.22 (Meldung 1283001), [https://intelliprocure.ch/beschaffungen-zuschlaege/1283001/Gemeinde%20RorschachBeschaffung%20Hardware%20Schule%20Rorschach?order=datePublication\\_DESC](https://intelliprocure.ch/beschaffungen-zuschlaege/1283001/Gemeinde%20RorschachBeschaffung%20Hardware%20Schule%20Rorschach?order=datePublication_DESC).

<sup>69</sup> Siehe z.B. die Ausschreibung der Gemeinde Opfikon für Bildschirme (Visualisierungslösungen an Schulen) vom 01.11.22 (Meldung 1315481), die den Preis 30% und die Qualität 50% gewichtet: [https://intelliprocure.ch/beschaffungen-zuschlaege/1315481/Schule%20OpfikonBeschaffung%20von%20Visualisierungsl%C3%B6sungen%20f%C3%BCr%20die%20Schule%20Opfikon?order=datePublication\\_DESC](https://intelliprocure.ch/beschaffungen-zuschlaege/1315481/Schule%20OpfikonBeschaffung%20von%20Visualisierungsl%C3%B6sungen%20f%C3%BCr%20die%20Schule%20Opfikon?order=datePublication_DESC).

<sup>70</sup> In der EU ist das analoge Kriterium der «Verbindung mit dem Auftragsgegenstand» schon seit 2004 im Beschaffungsgesetz verankert (siehe z.B. Art. 67(3) der Richtlinie 2014/24/EU).

<sup>71</sup> Es darf vermutet werden, dass diese Kriterien bei Dienstleistungen analog anwendbar sind, auch wenn die Botschaft dies nicht explizit erwähnt.

<sup>72</sup> Botschaft BÖB, 1885;

dieses Holz auch nachhaltig geschlagen worden ist (und nicht aus illegalem Holz schlag stammt). Schweizer Holz einzufordern hingegen wäre diskriminierend und nicht mit dem Beschaffungsrecht vereinbar. Auch kann eine Schule für Verpflegungsleistungen (Mensa) einfordern, dass Lebensmittel aus artgerechter tierischer Haltung stammen.<sup>73</sup> Hingegen ist es zulässig, saisonales Gemüse zu verlangen, auch wenn dadurch im Ergebnis vor allem, aber nicht nur lokales Gemüse bevorzugt wird. Auch ist es möglich, bei IKT-Dienstleistungen der Nachweis der fairen Entlohnung der Mitarbeitenden einzufordern.

#### 4.1.3.2 Lösung: Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall

Die Bestimmung, ob ein ökologisches/soziales Zuschlagskriterium (oder eine technische Spezifikation) das Wettbewerbsgebot und das Diskriminierungsverbot verletzt, bemisst sich im Einzelfall: Die Auftraggeberin hat bei jedem spezifischen Kriterium i.S. einer Verhältnismässigkeitsprüfung abzuwägen, ob das ökologische/soziale Kriterium den Wettbewerb zu sehr einschränkt und sich diskriminierend auswirkt.<sup>74</sup> Wobei diese Abwägung immer in Hinblick auf die wettbewerbseinschränkende Wirkung des Kriteriums und den wünschenswerten Erfolg («Umwelt-Impact» oder den «sozialen Impact auf die betroffenen Menschen») zu erfolgen hat.<sup>75</sup>

Kriterien mit einem grossen «Impact» ist eine grössere Toleranz hinsichtlich des potenziell diskriminierenden Effekts zuzugestehen. So ist es beispielsweise vertretbar die CO<sub>2</sub>-Bilanz des Transportwegs stark zu gewichten, wenn der Transport den Kernbestandteil der jeweiligen Leistung ausmacht, wie es z.B. bei der Abfallentsorgung oder bei der Lieferung von Lebensmitteln für eine Mensa auf täglicher Basis der Fall ist. Dasselbe bei der einmaligen Lieferung eines Produktes zu fordern, wäre unverhältnismässig, da dort der Transportweg auf die ganze Lieferkette des Produktes bemessen einen geringen «Impact» hat.

## 4.2 Exkurs: Innovation

Öffentliche Beschaffungen können als Instrument zur Förderung von Innovation genutzt werden. Einerseits kann die öffentliche Hand gezielt innovative Lösungen nachfragen (Beschaffung von Innovation) oder Ausschreibungen bewusst offen gestalten, um innovative Lösungen eine Chance auf den Zuschlag zu geben (innovationsfördernde Beschaffung).<sup>76</sup> Die öffentliche Hand, insbesondere auch Schulen, können ihr Kaufverhalten bzw. ihre «Nachfragemacht» gezielt einsetzen, um innovativen Lösungen zu fördern (oder überhaupt marktreif zu machen).

Die EU hat dieses Potenzial erkannt. Das EU-Beschaffungsrecht betont die Wichtigkeit der innovationsfördernden Beschaffung (siehe z.B. Erwägungsgründe 47–49 Richtlinie 2014/24/EU) und führte mit der «Innovationspartnerschaft» (Art. 31 Richtlinie 2014/24/EU) ein vergaberechtliches Instrument zur Innovationsförderung ein. Dieses Potenzial wird auf strategischer Ebene von der EU-Kommission im Rahmen eines Leitfadens zusätzlich betont.<sup>77</sup>

Auch wenn die Bemühungen hierzulande diesbezüglich vergleichsweise bescheiden sind, so ist die Innovation im Bereich des Beschaffungswesens seit der Gesetzesrevision 2021 auch auf gesetzlicher und strategischer Ebene verankert: Art. 29 IVöB zu den «Zuschlagskriterien» (siehe sogleich, 4.3.2) führt mit dem «Innovationsgehalt» eines Angebots ein neues Zuschlagskriterium auf. Das bedeutet, dass Schulen innovative Offerten mit Zusatzpunkten belohnen können.

Auch die neue Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung weist auf das Potenzial der innovationsfördernden Beschaffungen hin, wenn «die Innovationskraft der Unternehmen mit der gezielten Nachfrage nach innovativen Leistungen und durch die geeignete Ausgestaltung der Ausschreibungen belohnt wird».<sup>78</sup> Ähnlich wie die EU-Richtlinien betont auch sie, dass Innovation auch zu ökologisch nachhaltigeren Lösungen beiträgt und somit auch im Sinne der Nachhaltigkeit gefördert werden soll.<sup>79</sup> Die

<sup>73</sup> Ibid., 1885

<sup>74</sup> FETZ/STEINER, RZ 48.

<sup>75</sup> Zur Verhältnismässigkeitsprüfung im WTO-Recht siehe KOCH, WTO Law, 81 f.

<sup>76</sup> KOCH 2020, Innovation, 85.

<sup>77</sup> Europäische Kommission, 2021.

<sup>78</sup> Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung, 2020.

<sup>79</sup> Ibid., 11.

Beschaffungsstrategie geht schliesslich einen Schritt weiter und verordnet den Auftraggeberinnen auf Bundesebene i.S. eines Innovationsgebotes, ihre Beschaffungen so zu gestalten, «dass Raum für innovative Lösungen besteht».<sup>80</sup>

Aktuell sind viele Kantone im Rahmen des durch den IVöB-Beitritt herbeigeführten Revisionsprozesses daran, neue Beschaffungsstrategien und -weisungen zu erarbeiten. Es kann angenommen werden, dass zumindest wirtschaftsfreundliche Kantone das Innovationsgebot in ihren kantonalen Weisungen oder Gesetzen aufnehmen werden. Je nach Kanton sind Schulen also explizit zu innovationsfördernden öffentlichen Beschaffungen angehalten. Unabhängig vom Kanton oder der Gemeinde, steht es den Schulen offen, auf freiwilliger Basis die neuen Spielräume für Innovationsförderung zu nutzen, um so neue Absatzmärkte für KMU oder Start-ups erschliessen. Dies kann zu neuen, innovativen Lösungen führen, von denen schliesslich Schüler:innen profitieren. Auf jeden Fall sind auch Schulen verpflichtet, funktional statt innovationshemmend auszuschreiben (wie es bei Bezugnahme auf Marken oder deskriptive Anforderungen der Fall ist).

### 4.3 Instrumente zur Umsetzung des Nachhaltigkeitsgebots

Anhand der «Vergabeinstrumente» können Schulen die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand konkretisieren (zwingende Anforderungen in Form der Technischen Spezifikationen, darüberhinausgehende freiwillige Charakteristika in Form von Zuschlagskriterien) oder zwingende Anforderungen an die Anbieter stellen (Eignungskriterien).

#### 4.3.1 Technische Spezifikationen

Technische Spezifikationen sind obligatorischen Kriterien, die festlegen, welche Kriterien der Beschaffungsgegenstand erfüllen muss. Das WTO/GPA definiert sie als «Anforderungen, die die Merkmale einschliesslich *Qualität, Leistung und Sicherheit* (...) einer zu beschaffenden Ware oder Dienstleistung oder die *Produktionsprozesse und -verfahren* festlegen» (Art. 1.u GPA).

Wie bereits erwähnt sollen technische Spezifikationen aufgrund des Wettbewerbgebots «anbieterneutral» sein (siehe 2.4.2). Zusätzlich sollen technische Spezifikationen funktional bzw. «lösungsorientiert» sein (Art. X:2 b GPA), also sich auf Lösungen beziehen, statt Wege dahin vorzuschreiben. Eine bestimmte Marke vorzuschreiben ist wettbewerbseinschränkend und gem. WTO-Recht nicht erlaubt (Art. X:4 GPA, unrechtmässig wäre z.B. die Ausschreibung der Marke «Microsoft» bei IT-Lösungen oder die Marke «Tesla» bei Elektroautos [siehe 4.2]).

Dass ökologische technische Spezifikationen gesetzmässig sind, ist seit der Revision des WTO/GPA 2012 (und des Schweizer Beschaffungsrechts 2021) klar in Art X:6 GPA und Art. 30 IVöB verankert. Doch wie können soziale Aspekte im Rahmen von technischen Spezifikationen berücksichtigt werden? Das Gesetz beinhaltet keine Regeln zu «sozialen technischen Spezifikationen». Werden Produkte beschafft, kann der sozialen Dimension auf zwei Arten Rechnung getragen werden: Durch Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand selbst (z.B. Accessibility-Anforderungen wie Barrierefreiheit),<sup>81</sup> oder den Herstellungs- und Lieferprozess (z.B. Fairtrade).<sup>82</sup> Im Sinne der digitalen Nachhaltigkeit wären auch technische Spezifikationen in Bezug auf die Interoperabilität von IT-Systemen als soziale Kriterien denkbar.

Schulen haben sich an den einschlägigen Bestimmungen ihres Kantons oder ihrer Gemeinden zu orientieren und zu prüfen, ob diese in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand Weisungen in Bezug auf die ökologische oder soziale Nachhaltigkeit herausgebracht haben: Im IT-Sektor haben die Kantone oder Gemeinden bisweilen Mindestanforderungen in Bezug an die Energieeffizienz (zum Beispiel in Form des Labels «Energy Star») oder der Reparierfähigkeit vorgesehen.<sup>83</sup> Wenn keine kantonalen Gesetze oder Weisungen bestehen, steht es den Schulen frei, ökologische/soziale technische Spezifikationen zu implementieren. Dabei ist immer zu berücksichtigen, wie etabliert die jeweiligen Kriterien auf dem

<sup>80</sup> Ibid., 14; die RL 2014/24/EU spricht in diesem Zusammenhang von «Öko-Innovationen».

<sup>81</sup> So auch TRÜEB/CLAUSEN, RZ 8.

<sup>82</sup> HAUSER/PISKÓTY, Zusammenfassung, 9.

<sup>83</sup> Siehe z.B. Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich Nr. 1425/2013, Weisung «Emissionsminderung von Fahrzeugen bei der Beschaffung und dem Betrieb durch die kantonale Verwaltung und beauftragte Unternehmen».

Markt sind (Wettbewerbsgebot) und inwiefern sie eine Schutzwirkung erzielen können (siehe zur Verhältnismässigkeitsprüfung vorgängig, 4.1.3.2).

### 4.3.2 Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien dienen der Evaluation des «vorteilhaftesten Angebots» gem. Art. 41 IVöB. Durch sie können also «nice-to-have»-Eigenschaft an das Beschaffungsobjekt gestellt werden, die entsprechend ihrer Wichtigkeit gewichtet werden. Die Erfüllung eines Zuschlagskriterien wird mit einer bestimmten Anzahl Punkte belohnt, wobei dasjenige mit der höchsten Punktzahl den Zuschlag gewinnt. Zuschlagskriterien sind das wettbewerbsschonendste und somit geeignetste Instrument zur Implementierung von ökologischen und sozialen Beschaffungskriterien.<sup>84</sup>

Die Zuschlagskriterien sind in Art. 29 IVöB geregelt: «Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, (. . .), neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit (. . .).» Diese (nicht abschliessende) Aufzählung zeigt, dass den Schulen grundsätzlich ein grosses Ermessen bei der Wahl ihrer Zuschlagkriterien zukommt. Somit liegt es ihnen frei, ökologische/soziale Zuschlagskriterien festzulegen und diese entsprechend ihren Präferenzen zu gewichten. So können Schulen bei IT-Beschaffungen generell die Energieeffizienz oder den CO<sub>2</sub>-Ausstosse über die Lieferkette hinweg berücksichtigen und entsprechend gewichten. Auch Faktoren wie die Diversität der Arbeitnehmer:innen oder deren Arbeitsbedingungen können durch eine entsprechende Bepunktung in die Gesamtrechnung der Qualität miteinfließen.

Dabei ist zu beachten, dass sich Zuschlagskriterien in Bezug auf die Qualität (wozu auch soziale und ökologische Zuschlagskriterien gehören) die Waage halten mit dem Kriterium Preis (siehe auch bei den Ausführungen zum Qualitätswettbewerb, 4.1.2). Letzteres hat sich dabei idealerweise auf die Lebenszyklus- und nicht auf die Anschaffungskosten zu beziehen.<sup>85</sup>

### 4.3.3 Eignungskriterien

Gem. Art. 27 Abs. 2 IVöB geregelt können sich die Eignungskriterien insbesondere auf die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische oder organisatorische Leistungsfähigkeit so wie die Erfahrung der potenziellen Anbieterin beziehen». Da diese Bestimmung nicht abschliessend ist, lässt sie auch Raum für Kriterien der ökologischen oder sozialen Nachhaltigkeit, solange diese «in Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sind» (Art. 27 Abs. 2 IVöB). Ökologische oder soziale Kriterien müssen also in anderen Worten einen starken sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben und sich in der Verhältnismässigkeitsprüfung als erforderlich zur Erreichung der Beschaffung erweisen und den Wettbewerb nicht übermässig einschränken.<sup>86</sup> Zudem sollen sie klar messbar sein.

Dass ökologische und soziale Eignungskriterien grundsätzlich legitim und bisweilen sogar obligatorisch sind, zeigt Art. 12 IVöB, der auf das Arbeitsrecht die Arbeitsschutzbestimmungen (inkl. ILO-Kernübereinkommen und Umweltschutzgesetzgebungen in der Schweiz und auf internationaler Ebene Bezug nimmt (dazu bereits ausführlich unter 4.1.1).

Über diese Mindeststandards hinausgehende Eignungskriterien in Bezug auf die ökologische und soziale Nachhaltigkeit sind denkbar, solange sie objektiv erforderlich sind. Dies ist eine hohe Hürde, da der Nachweis der «objektiven Erforderlichkeit» mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist und für eine Auftraggeberin schwierig zu erbringen sein könnte. Bei Beschaffungsleistungen, bei denen das umwelttechnische Know-how im Zentrum steht, beispielsweise beim Bau von technisch komplexen Gebäuden oder Anlagen oder u.U. auch bei gewissen IT-Leistungen, könnte es durchaus erforderlich sein, Referenzobjekte, eine entsprechende Ausbildung (z.B. als Umweltingenieur:in) oder z.B. eine Zertifizierung für Umweltmanagementsysteme gem. ISO 14001 zu fordern. Für Schulen könnte dies in Frage kommen, wenn Schulhäuser nach einem gewissen Umweltstandard gebaut werden sollen.

<sup>84</sup> KOCH 2020, Ökologische Beschaffungen, 9.

<sup>85</sup> Siehe zu den Lebenszykluskosten 4.5.1, oder detaillierter KOCH 2020, WTO Law, 196, ausführlich HAUSER/PISKÓTY, GUT-ACHTEN, 15 ff.

<sup>86</sup> Siehe Botschaft BöB, 1941 und zur Verhältnismässigkeitsprüfung oben 4.1.3.2.

In Bezug auf die sozialen Kriterien gibt es wenig international anerkannte Normen, die sich nicht auf den Beschaffungsgegenstand selbst sondern den Anbieter beziehen. Über die acht Kernübereinkommen der ILO hinausgehenden Anforderungen sind grundsätzlich denkbar, eignen sich aber eher in Form von Zuschlagskriterien.<sup>87</sup> Schulen können so bei der Erstellung von Webseiten die «Webaccessability» ins Zentrum zu stellen, was angesichts der Tatsache, dass zu den Nutzer:innen auch Kinder gehören, als erforderlich gelten könnte. Doch auch hier scheint aufgrund der geringen Verbreitung der entsprechenden Zertifikate eine Implementierung durch Zuschlagskriterien als das geeignetere und weniger wettbewerbseinschränkende Mittel.

#### 4.3.4 Vertragserfüllungsklauseln

Während der Beschaffungsvertrag bzw. die darin verankerten Vertragsklauseln im EU-Recht praktisch den Status eines eigenständigen Vergabeinstrument erreicht haben («conditions for performance of contracts»)<sup>88</sup> und vermehrt auch in der Forschung untersucht wird,<sup>89</sup> hat er hierzulande bislang noch wenig Aufmerksamkeit erhalten.<sup>90</sup> Dies ist wohl vor dem Hintergrund zu sehen, dass gem. der sogenannten «Zweistufen-Theorie»<sup>91</sup> der Vertrag oft als privatrechtlicher Aspekt angeschaut wird, der von der öffentlichen Ausschreibung bzw. hoheitlichen Zuschlagsverfügung gesondert zu behandelnd ist.

Dies ist insofern im Umbruch begriffen, als es in der Praxis zunehmend üblich ist, der Ausschreibung einen Vertragsentwurf beizulegen. Somit gilt der Entwurf, ähnlich wie die technischen Spezifikationen, als zu akzeptierender Bestandteil der Ausschreibung. Er muss bzw. darf nach erfolgtem Zuschlag nicht mehr nachverhandelt werden (höchstens, was die Details gemäss Offerte anbelangt),<sup>92</sup> v.a. was der Preis anbelangt (siehe auch 3.3.3). Damit sich die Vertragserfüllungsklauseln nicht übermässig wettbewerbseinschränkend auswirken, enthält das EU-Recht die Voraussetzung, dass sich einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen sollen und bereits in der Ausschreibung spezifiziert und publiziert sein sollten (Art. 70 RL 2014/24/EU).

Der Vertrag kann mit sog. Erfüllungsklauseln die in der Ausschreibung eingeforderten Kriterien reflektieren und zudem auch Kontrollmechanismen zu ihrer Erfüllung aufnehmen. Somit sind Vertragserfüllungsklauseln, insbesondere was die Nachhaltigkeitskriterien anbelangen, ein wichtiges Durchsetzungsinstrument.

#### 4.4 Exkurs: Datenschutz

Bereits in der Planungsphase sollten sich Schulen beim Kauf von IT-Lösungen Gedanken machen, ob damit Personendaten «bearbeitet»<sup>93</sup> werden oder Persönlichkeitsprofile erstellt werden können («profiling» i.S.v. Art. 5 lit. f nDSG). Wenn dies bejaht wird, sind die datenschutzrechtlichen Mindestanforderungen an den Beschaffungsgegenstand in die Ausschreibung aufzunehmen. Da es sich bei den Mindestanforderungen um obligatorische Kriterien handelt, eignen sich dafür die technischen Spezifikationen. Diese können sich z.B. auf die technischen Massnahmen beziehen, die nötig sind, um eine Weitergabe von Personendaten zu verhindern («Bestimmungen zur Auftragsbearbeitung» Art. 9 nDSG) oder die Löschung der Daten nach Gebrauch bzw. Zweckverwirkung sicherzustellen (Art. 6 Abs. 3 nDSG). Auch kann es sich anbieten, die neuen Anforderungen an Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 7 nDSG; «Privacy by design and default») im Rahmen der technischen Spezifikationen einzufordern.

Datenschutzrechtliche Anforderungen an die Anbieterin selbst können im Rahmen von Eignungskriterien eingefordert werden. Denkbar wäre je nach Beschaffungsgegenstand eine Zertifizierung im Bereich

<sup>87</sup> LANDMARK, anhand verschiedener Beispiele.

<sup>88</sup> Siehe u.a. EG 104 und Art. 70 der RL 2014/24/EU, sowie in den einzelnen Bestimmungen zu den Vergabeinstrumenten)

<sup>89</sup> Siehe z.B. ANDHOV, 747 ff.

<sup>90</sup> KOCH, WTO Law, 148 f.; HAUSER/PISKÓTY, Gutachten, 126 ff.

<sup>91</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ 1088 ff.

<sup>92</sup> Ibid., RZ 1089 ff.

<sup>93</sup> Gem. Art. 5 lit. d nDSG bedeutet «bearbeiten»: «jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten.»

Datenschutz oder Informationssicherheit einzufordern,<sup>94</sup> Anforderungen an die Leistungsstandorte der Firma zu stellen (z.B. eine «geo-redundante»<sup>95</sup> Server-Infrastruktur) oder die Einhaltung der Schweizer (bzw. einer kantonalen) Datenschutzgesetzgebung.

Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen und Eignungskriterien nicht wettbewerbseinschränkender als nötig (in Hinblick auf die Zielerreichung) auswirken. So ist es fraglich, ob es mit dem Wettbewerbsgebot vereinbar ist, i.S.d. Geo-Redundanz zu fordern, dass die Anbieter über Rechenzentren auf mindestens drei Kontinenten verfügen müssen,<sup>96</sup> da sich Geo-Redundanz auch über weniger wettbewerbseinschränkende Anforderungen erreichen lässt. Anforderungen an die Geo-Redundanz und andere (über die Mindestanforderung des Datenschutzrechts hinausgehende) Kriterien in Bezug auf den Datenschutz sind somit idealerweise auf freiwilliger Basis als Zuschlagskriterien mit Zusatzpunkten belohnt werden. Ob es zulässig ist, den «Serverstandort Schweiz» mit Zusatzpunkten zu belohnen ist hingegen mit Blick auf das Diskriminierungsverbot ausländischer Anbieter höchst fraglich.<sup>97</sup> Aus Datenschutz- und Informationssicherheitsperspektive könnte es auch zielführend sein, das Vorliegen eines Datenschutzkonzepts zu bewerten und je nach Qualität mit Zusatzpunkten belohnen.

Wichtig ist, dass die per «Vergabeinstrumente» eingeforderten datenschutzrechtlichen Kriterien später im Vertrag so verankert werden, dass sie auch auf vertraglichem Weg eingesetzt/eingefordert werden können (siehe auch Art. 9 nDSG). In dieser Hinsicht sollte im Vertrag auch Schweizer Recht (ein Gerichtsstandort in der Schweiz) geltend gemacht werden. Auch weitergehende Pflichten wie die Führung eines Verzeichnisses der Datenbearbeitungstätigkeiten i.S. von Art. 12 nDSG oder Mechanismen zur Meldung von Datenleaks sind im Vertrag festzuhalten.

## 4.5 Mehr Flexibilität dank neuen Vergabeinstrumenten

### 4.5.1 Lebenszykluskosten

Art. 29 IVöB enthält neu exemplarisch das Zuschlagskriterium der «Lebenszykluskosten». Lebenszykluskosten umfassen alle Kosten, die sich von der Beschaffung über den Betrieb, den Rückbau und die Entsorgung erstrecken.<sup>98</sup> Gemäss der ISO Norm 20400 umfasst dies nicht nur direkte Kosten (Wartungsaufwand, Recycling), sondern auch indirekte Umwelt- und Sozialkosten (z.B. Schäden durch Treibhausgasemissionen).<sup>99</sup> Der Bund empfiehlt zur Förderung der Nachhaltigkeit die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten.<sup>100</sup> Weil ökologische Nachhaltigkeit auf die langfristige Erhaltung, Nutzung und Entsorgung von Ressourcen abzielt, bietet die Lebenszykluskostenrechnung ein Instrument, die Nachhaltigkeitsaspekte phasenübergreifend zu optimieren. Ökologische und sozial nachhaltige Beschaffungen sind typischerweise teurer in der Anschaffung, aufgrund von höheren Produktionskosten. Wird im Beschaffungswettbewerb auf das Zuschlagskriterium des Preises abgestellt, wirkt sich das als Wettbewerbsnachteil für umweltschonende Beschaffungslösungen aus.

Die Lebenszykluskostenrechnung fördert auch die wirtschaftliche Nachhaltigkeit, bzw. das Einsparpotential. Der Kaufpreis widerspiegelt oftmals nicht die vollen Kosten, die ein Produkt während seines gesamten Lebenszyklus verursacht. Studien, die umweltverträgliche und konventionelle

<sup>94</sup> Z.B. ein Informationssicherheits- und managementsystem gemäss ISO 27001 oder die Zertifizierung nach ISO 27018: Datenschutzrechtliche Anforderungen für die Anbieter von Cloud-Diensten. Bei der Forderung nach Labels/Zertifizierungen ist jedoch immer darauf zu achten, dass Anbieter ohne Zertifizierung den Nachweis der Gleichwertigkeit ermöglicht wird (siehe nachfolgend 4.5.2).

<sup>95</sup> Siehe zum Begriff der «geo-redundancy» Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2021, B-3238/2021, 6.7.1: «Data that is geo-redundant is stored redundantly in at least two separate geographic places separated by at least 100 miles. »

<sup>96</sup> So geschehen in der Ausschreibung «Public Clouds Bund» der Bundeskanzlei für die ganze Bundesverwaltung (SIMAP-Meldungsnummer 1202937; Projekt-ID 204859).

<sup>97</sup> Dies war der Fall bei der Cloud-Ausschreibung des Bundes, siehe Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2021, B-3238/2021, wobei dieses Zuschlagskriterium von Google nicht angefochten wurde.

<sup>98</sup> Botschaft BöB, 1886.

<sup>99</sup> ISO – International Organization for Standardization, ISO 20400:2017, abrufbar unter: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:20400:ed-1:v1:en>

<sup>100</sup> BKB, 2.

Beschaffungsvarianten in Berlin, Wien und China verglichen haben, zeigten, dass die Lebenszykluskosten von ökologischen Produkten in zwei Drittel der Fälle günstiger waren.<sup>101</sup>

#### 4.5.2 Normen und Zertifizierungen

Bei der Formulierung von technischen Spezifikationen stützt sich die Vergabestelle, soweit möglich, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften und anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen (Art. 30 Abs. 2 IVöB). Um Diskriminierungen zu vermeiden, ist auf die Verwendung von Schweizer Normen zu verzichten, zumindest in Form von technischen Spezifikationen oder Eignungskriterien.

Das revidierte Beschaffungsrecht lässt die Berücksichtigung von auf Nachhaltigkeit ausgerichtete Normen, Standards und Zertifizierungen zu. Normen und Standards formulieren Anforderungen an Produkte, Herstellungsprozesse und Dienstleistungen und stellen Richtlinien auf, wie diese Kriterien in den Einkaufsprozess zu integrieren sind. Die wichtigsten internationalen Normen in Bezug auf die Nachhaltigkeit sind die ILO-Kernarbeitsnormen, die SA8000 und die ISO 20400. Die ILO-Kernarbeitsnormen stellen einen wichtigen Ausgangspunkt für die Sicherstellung der Mindeststandards der sozialen Nachhaltigkeit dar.<sup>102</sup> Die ISO 20400 ist die internationale Norm für nachhaltige Beschaffung. Ihre Verwendung als Leitfaden empfiehlt sich beispielsweise, wenn eine strategische Ausrichtung des Lieferkettenmanagements auf Nachhaltigkeit angestrebt wird.<sup>103</sup> Im Gegensatz zu Normen und Standards weisen Zertifizierungen die Einhaltung einer Norm, eines Regelwerks oder einer Anforderung nach. Wenn Zertifikate in Ausschreibungen gefordert werden, muss darauf verwiesen werden, dass gleichwertige Zertifikate oder andere Arten des Nachweises zugelassen sind.

Produktzertifikate liefern Nachweise darüber, ob das Produkt qualitativ den definierten Richtlinien oder Angaben entsprechen. Sie werden meistens bei der Überprüfung ökologischer Kriterien eingesetzt.<sup>104</sup> Eine Ausnahme stellen «Fairtrade International» und «TCO Certified» dar, die sich bei der Zertifizierung ebenfalls auf soziale Kriterien fokussieren. Was die Überprüfung der sozialen Nachhaltigkeit und der ILO-Normen betrifft, bieten Sozial-Audits und Fabrik-Zertifikate ein Instrument zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen in Fabriken.<sup>105</sup> Fabrik-Zertifikate bieten gegenüber Audits den Vorteil, dass sie transparent und öffentlich einsehbar sind und den Beschaffungsbehörden Arbeit ersparen, eigene Audits durchzuführen.

#### 4.5.3 Dialog

Raum für Flexibilität bietet auch der «Dialog», der in Art. 24 IVöB neu geregelt ist. Das Instrument kommt aus der EU und war auf kantonaler Ebene bisher unbekannt.<sup>106</sup> Art. 24 IVöB besagt, dass eine Auftraggeberin mit Anbietern einen Dialog führen kann, wenn der Auftrag komplex oder innovativ ist (also nicht bei Standardprodukten oder -dienstleistungen). Ziel dieses Dialogs ist es, «den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen» (Abs. 1), nicht aber Preise zu verhandeln (Abs. 2). Der Dialog findet nach der Ausschreibung statt und wird in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt (Abs. 3).

Im Austausch mit den Marktakteuren kann die Beschaffungsbehörde von deren Fachwissen profitieren, die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand präzisieren und dabei zu deskriptive bzw. markthemmende Kriterien vermeiden. So können Missverständnisse vermieden, die Kommunikation in geregelter Rahmen verbessert und letztlich auch Innovationspotenzial genutzt werden.<sup>107</sup> Da der Dialog immer auch mit der Gefahr einhergeht, das Wettbewerbsgebot zu verletzen, kommt er mit Transparenz- und Gleichbehandlungsregeln einher (Art 24 Abs. 3-5 IVöB).

<sup>101</sup> HAUSER/PISKÓTY, Zusammenfassung, 22.

<sup>102</sup> Botschaft BÖB, 1886.

<sup>103</sup> ISO – International Organization for Standardization, <https://www.iso.org/standard/63026.html>

<sup>104</sup> BMI, 14.

<sup>105</sup> Ibid., 34f.

<sup>106</sup> Botschaft BÖB, 1933.

<sup>107</sup> Ibid.

#### 4.5.4 Rahmenverträge

Mithilfe eines Rahmenvertrags kann eine Beschaffungsbehörde eine «Leistung, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden soll» ausschreiben. Statt den Beschaffungsgegenstand fix zu definieren, kann sie so eine Gesamtleistung (und den Preisrahmen dafür) festlegen. Diese wird in Einzelleistungen aufgeteilt, die durch einen oder verschiedene Anbieter erbracht wird. Bei Rahmenverträgen mit mehreren Anbietern werden die Einzelaufträge bei Bedarf im sog. «Abrufverfahren» in einem internen Wettbewerb (auch «Mini-Tender» genannt) vergeben (Art. 25 Abs. 5 IVöB). Rahmenverträge eignen sich besonders dann, wenn das Beschaffungsprojekt zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht abschliessend bestimmbar ist. Rahmenverträge mit mehreren Zuschlagsempfänger wiederum eignen sich aus Gründen der Versorgungssicherheit, zur Senkung der Transaktionskosten oder Vermeidung von Abhängigkeiten («Vendor Lock-In»)<sup>108</sup>.

Ein Rahmenvertrag räumt der Beschaffungsbehörde die Flexibilität ein, den Beschaffungsgegenstand je nach geänderter Bedürfnislage anzupassen und führt so zu Zeit- und Kosteneinsparungen;<sup>109</sup> einzelne Leistungen müssen nicht jedes Mal aufs Neue ausgeschrieben und grundlegende vertragliche Erfordernisse nicht jedes Mal aufs Neue verhandelt werden.

Rahmenverträge dürfen nicht mit der Absicht (oder der Wirkung) abgeschlossen werden, den Wettbewerb zu umgehen (Art. 25 Abs. 2 IVöB); sie haben sich immer auf eine Ausschreibung und auf einen Zuschlag zu stützen.<sup>110</sup> Zudem müssen sie sich auf eine konkrete Leistung beziehen, um nicht sachlich getrennte Leistungen zusammen dem Wettbewerb zu entziehen.<sup>111</sup> Werden viele kleinere Aufträge zu einem grossen Auftrag «gebündelt», der dann als Rahmenvertrag einmal ausgeschrieben wird, ist dies in Hinblick auf den Wettbewerb kritisch: Dies kann sich insofern marktverzerrend auswirken, als für weniger marktmächtige Firmen (wie Start-ups) so keine Möglichkeit besteht, sich in einem fairen Wettbewerb auf Einzelaufträge zu bewerben.

So führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass eine Ausschreibung für den gesamten IT-Bedarf der Bundesverwaltung als Verletzung des Wettbewerbsgebots klar rechtswidrig wäre.<sup>112</sup> Zu der Frage, ob die Rahmenvertrags-Ausschreibung der gesamten «Cloud-Dienste» des Bundes ebenfalls ein zu grosses «Leistungspaket» war, zeigte sich das Bundesverwaltungsgericht zurückhaltender, warf aber zumindest die Frage auf, ob es nicht sinnvoller gewesen wäre «verschiedene Pakete zu schnüren und mehrere Rahmenverträge auszuschreiben».<sup>113</sup>

Anders als die Bundesverwaltung sind Schulen dezentral organisiert und können nicht von einer vorgelegerten Stelle als Koordinationsorgan bzw. Beschaffungsbehörde profitieren. Denkbar wäre ist, dass sich Schulen und ihre Schulträger beim Kauf von komplexen IT-Leistungen zusammenschliessen (oder die Beschaffungen an Dritte delegieren) und dabei mehrere Zuschlagsempfänger durch einen Rahmenvertrag binden.

#### 4.6 Zwischenfazit

Schulen und ihre Schulträger sind bei Beschaffungen an das Nachhaltigkeitsgebot gebunden.<sup>114</sup> Sie müssen sich bereits in der Planungsphase überlegen, welche ökologischen und sozialen Kriterien in Form von obligatorischen technischen Spezifikationen oder den weniger wettbewerbseinschränkenden Zuschlagskriterien an die zu beschaffende Leistung gestellt werden kann. Dabei sind die obligatorischen Mindestanforderungen gem. Art. 12 IVöB (ILO-Kernübereinkommen, Umwelt- und Arbeitsschutzgesetzgebung) als Eignungskriterien einzuhalten.

<sup>108</sup> Ibid., 1938.

<sup>109</sup> Ibid., 1935–1938; Andrecka, 135.

<sup>110</sup> Botschaft BÖB, 1935 f., REMUND in Handkommentar BÖB, zu Art. 25, 344.

<sup>111</sup> Botschaft BÖB, 1936, REMUND weist im Handkommentar BÖB darauf hin, dass die Frage, wann ein Rahmenvertrag «zu weit gefasst» ist, zum jetzigen Zeitpunkt noch schwierig abgrenzbar ist, 346.

<sup>112</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2021, B-3238/2021, E.5.4.4

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Vorausgesetzt sie gehören einem IVöB-Kanton an oder die Beschaffungsgesetze ihres Kantons beinhalten eine analoge oder ähnliche Zweckregelung wie das IVöB in Art. 2.

Es steht Schulen und ihren Schulträgern frei, darüberhinausgehende ökologische und soziale Kriterien zu formulieren und den Nachweis der obligatorischen Mindestanforderungen durch geeignete Kontrollmechanismen sicherzustellen. Im IT-Sektor haben sich in Bezug auf die ökologische Nachhaltigkeit viele international anerkannte Normen (v.a. Labels) etabliert.<sup>115</sup> Diese haben zum Vorteil, dass sich Schulen und ihre Schulträger auf die mit der Zertifizierung einhergehenden Kontrollmechanismen (z.B. Audits) verlassen können. Auf rein schweizerische Labels ist in Hinblick auf das Diskriminierungsverbot von ausländischen Anbietern zu verzichten.

In diesem Zusammenhang ist es essenziell, dass die Beschaffungsbehörden die Kriterien an den Beschaffungsgegenstand auch in Hinblick auf die Zielgruppe definieren. So macht es einen Unterschied, ob die Verwaltung selbst Nutzerin des Beschaffungsobjektes ist, oder, ob dieser direkt der Bevölkerung, im Fall von Schulen Kinder und Jugendlichen, somit können soziale Kriterien wie Web-Accessibility, oder die Vermeidung von Abhängigkeiten als ein Aspekt des Kindes und Jugendschutz eine grössere Rolle spielen.

Vor allem in Bezug auf komplexe IT-Beschaffungen können Schulen und andere Schulträger schliesslich auf Flexibilitätsinstrumente wie den Dialog oder Rahmenverträge zählen. Dabei ist aber darauf zu achten, dass z.B. Rahmenverträge nur dann angewendet werden, wenn dies inhaltlich geboten ist, um Marktverzerrungen zu vermeiden. Der Dialog muss transparent geführt werden und darf nicht für Preisverhandlungen genutzt werden.

<sup>115</sup> Ein umfassender Katalog an möglichen Umweltkriterien im Hardware-Bereich beinhaltet die Weisung des Bundes «P025», als Beispiel für eine ökologische Zertifizierung im Software-Bereich kann das junge Label «Blauer Engel» genannt werden.

## 5 Kernaussagen

Aus der Analyse ergeben sich zehn Kernaussagen, die bei öffentlichen Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern zu beachten sind. Diese werden im folgenden Schlusskapitel rekapituliert und in Hinblick auf mögliche praxistaugliche Lösungsvorschläge diskutiert.

### 1. Ausschreibungspflicht bei Aufträgen über einem gewissen Auftragswert beachten

Schulen unterstehen dem öffentlichen Beschaffungsrecht und sind verpflichtet, Aufträge über einem gewissen Auftragswert (Schwellenwert) öffentlich auszuschreiben. Dabei sind die drei Grundprinzipien des Beschaffungsrechts – die Nachhaltigkeit, der Wettbewerb und die Transparenz – gleichermaßen zu beachten.

In Bezug auf den Auftragswert sind im Sinne des Wettbewerbgebots folgende drei Punkte zu beachten: i) Aufträge sollen nicht in verschiedene Teilaufträge aufgeteilt werden (Stückelungsverbot), damit Schwellenwerte nicht umgangen und Ausschreibungen vermieden werden. Zweitens sollen Aufträge auch nicht ohne sachlichen Zusammenhang zu grösseren Aufträgen («Leistungspakete») zusammengefasst und nur einmal ausgeschrieben werden. Drittens ist zu beachten, dass sich der Auftragswert über die gesamte Vertragsdauer bemisst, i. d. R. also über fünf Jahre hinweg (Art. 15 IVöB), wobei der Vertrag alle zusammenhängenden Leistungen (also nicht nur die Anschaffung, sondern auch Wartungs- oder Entsorgungsleistungen) umfassen soll.

### 2. Beim Einkauf den Wettbewerb nicht verfälschen, sondern fördern

Der Staat und staatliche Stellen sind an die Wettbewerbsneutralität gebunden (Art. 94 BV). Sie dürfen keine «Marktkonkurrenten» gegenüber anderen bevorzugt behandeln. Im öffentlichen Beschaffungswesen kommt diesem Prinzip besondere Relevanz zu, da sich das Kaufverhalten von staatlichen Stellen aufgrund des schieren Volumens von ca. 41 Milliarden CHF jährlich durchaus dazu eignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Wie viel von diesem Volumen auf Schulen fällt, ist statistisch nicht erfasst. Allerdings sind auch Schulen aufgrund ihres hohen (und tendenziell steigenden) Bedarfs an Bauten, Gütern und Dienstleistungen gewichtige Nachfragerinnen auf dem privaten Markt. Ausserdem sind sie aufgrund ihrer Nähe zu den Bürger:innen wichtige Repräsentantinnen der öffentlichen Hand, was mit einer besonderen Visibilität einerseits und einer besonderen Verantwortung auch im Kaufverhalten andererseits einherkommt.

Das öffentliche Beschaffungswesen basiert vor diesem Hintergrund auf der Förderung des fairen Wettbewerbs und enthält zur Vermeidung von Marktverzerrungen wettbewerbsrechtliche Mechanismen. Um den Wettbewerb nicht zu verfälschen ist es wichtig, dass Schulen erstens ihre Aufträge ausschreiben (siehe Pkt. 1), die Ausschreibung offen, funktional und anbieterneutral (also nicht markenbezogen) formulieren (siehe Pkt. 3), aber auch dass sie keine Preisverhandlungen mit ausgewählten Anbietern durchführen.

### 3. Ausschreibung funktional und anbieterneutral gestalten

Eine Ausschreibung soll einen möglichst fairen Wettbewerb zulassen (Art. 2 lit. d IVöB). Nur so kann garantiert werden, dass geeignete Offerten eintreffen und das «vorteilhafteste Angebot» (i.S. von Art. 41 IVöB) den Zuschlag erhält. Zudem soll eine Ausschreibung nach Möglichkeit «funktional» formuliert sein (Art. X:2 GPA). Schulen und ihre Schulträger sollen mit den Ausschreibungskriterien (Technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien) gezielt nach Lösungen zur Deckung eines Bedarfs fragen, statt starre Wege zur Erreichung dieser Lösung vorzugeben. Im Rahmen einer Ausschreibung eine bestimmte Marke zu fordern, widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot und ist nicht mit dem Beschaffungsrecht vereinbar (Art. X:2 GPA).

Im Sinne des Wettbewerbgebots soll eine Ausschreibung auch anbieterneutral sein. Schulen und ihre Schulträger haben bei der Formulierung ihrer Ausschreibungskriterien also darauf zu achten, dass diese nicht auf einzelne Anbieter zugeschnitten sind und andere Anbieter diskriminieren.

#### **4. Beschaffungen als Prozess planen und Bedarfsdefinitionsphase nicht vernachlässigen**

Eine Beschaffung ist mehr als eine Ausschreibung: Sie ist zyklisch als Prozess aufgebaut, der mit der Planung beginnt und mit der Vertragserfüllung (oder bei Produkten je nach Vertrag sogar mit der Entsorgung/dem Recycling) aufhört.

Dabei ist die Planungsphase (und insbesondere die Bedarfsdefinition) entscheidend, um i) die richtige Beschaffungslösung zu kaufen, ii) alle relevanten Kriterien (u.a. in Bezug auf die Nachhaltigkeit und den Datenschutz) zu implementieren und iii) im richtigen Beschaffungsverfahren «einzuspüren». Auch wenn das Beschaffungsrecht keine Regeln dafür enthält, ist eine sorgfältige Bedarfs- und Marktanalyse wichtig; denn die Frage, *was* man eigentlich beschaffen will, ist entscheidend für den Projekterfolg, insbesondere auch für die Ausschöpfung des Nachhaltigkeits- und Innovationspotenzial.

Die Ausschreibung selbst hat funktional und anbieterneutral zu erfolgen (siehe Pkt.3) und soll alle relevanten Informationen gem. Art. 35 IVöB beinhalten, wenn möglich auch einen Vertragsentwurf. Der Vertrag (siehe Pkt. 5) wird nach dem Zuschlag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen und beinhaltet alle für die Leistungserfüllung relevanten Details gemäss Pflichtenheft und Offerte. Wichtiger Vertragsbestandteil ist der Preis, der gemäss Offerte und als Kostendach aufzuführen ist. Er darf nicht vor- oder nachverhandelt werden.

Halten Schulen und ihre Schulträger die Reihenfolge des Beschaffungszyklus nicht ein, beispielsweise durch direkte Vertragsabschlüsse und -verhandlungen ohne Zuschlag, verstösst dies gegen das Wettbewerbsgebot (zumindest im überschwelligen Bereich ab 150'000 CHF, siehe dazu Pkt.2). Die Bevorteilung von Marktkonkurrenten ist eine Diskriminierung, die auch in Hinblick auf das Transparenz- und das Wirtschaftlichkeitsgebot kritisch zu beurteilen ist.

#### **5. Der Vertrag als Instrument in der Ausschreibung nutzen**

Der Vertrag ist als Teil des öffentlichen Beschaffungswesens zu betrachten: Einerseits sollte aus Gründen der Rechtssicherheit in der Ausschreibung bereits ein Vertragsentwurf enthalten sein, damit Vertragsinhalten nicht im Nachhinein verhandelt werden müssen. Dabei ist zu betonen, dass der Preis gemäss Offerte (und nach Möglichkeit als Kostendach) im Vertrag aufgeführt werden.

In Hinblick auf die Beschaffungen von Schulen und ihren Schulträgern könnte es sich diesbezüglich anbieten, Musterverträge für den Bildungsbereich auszuarbeiten und diese je nach Bedarf (auf freiwilliger Basis) den Ausschreibungen beizulegen. Dies wird auch in der Bundesverwaltung so gehandhabt: Der Bund hat Musterverträge für verschiedene Vertragsarten (u.a. Informatikdienstleistungen) ausgearbeitet, welche die einzelnen Beschaffungs- und Bedarfsstellen bereits der Ausschreibung beilegen können.<sup>116</sup> Diese Vertragsvorlagen können bei Bedarf i.S. der Vertragsfreiheit auch den eigenen Bedürfnissen angepasst werden.

Inhaltlich soll der Vertrag die wichtigsten Kriterien der Ausschreibung durch geeignete Implementierungsmassnahmen verankern (Datenschutzklauseln, Review-Mechanismen, Sanktionen bei Nichteinhaltung etc.). Nach erfolgter Ausschreibung sollte ein bereits in der Ausschreibung beigelegter Vertragsentwurf aber nur noch «ausgefüllt», und höchstens in Bezug auf Details, die den Leistungsgegenstand nicht grundlegend verändern, modifiziert werden.

Schliesslich sind sog. Vertragserfüllungsklauseln, wie sie im EU-Recht in Art. 70 RL 2012/24 EU reguliert sind, ein geeignetes Instrument, um die Erfüllung von vorgängig in der Ausschreibung eingeforderte oder gewünschte Nachhaltigkeitskriterien zu gewährleisten.

#### **6. Ökologische und soziale Nachhaltigkeit in der Ausschreibung und im Vertrag verankern**

Gemäss revidiertem Beschaffungsrecht müssen öffentliche Mittel nicht nur wirtschaftlich, sondern auch ökologisch und sozial nachhaltig eingesetzt werden. Dies sollen Schulen und ihre Schulträger bereits in der Bedarfsplanung berücksichtigen.

<sup>116</sup> Einsehbar unter <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/dokumente-entlang-des-beschaffungs-ablaufs.html>

Dabei sind die obligatorischen Mindestanforderungen gem. Art. 12 IVöB (ILO-Kernübereinkommen, Umwelt- und Arbeitsschutzgesetzgebung) als Eignungskriterien obligatorisch einzufordern. Da es im Bildungssektor besonders wichtig scheint, dass die ILO-Kernübereinkommen eingehalten werden und dass insbesondere Kinderarbeit durch die Lieferkette hinweg vermieden wird, kann von den Anbietern vertraglich einen Nachweis in Form eines regelmässigen schriftlichen oder mündlichen Berichts eingefordert werden.

Zudem haben Schulen und ihre Schulträger zu prüfen, inwiefern sie über die Mindestkriterien hinausgehenden Anforderungen der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit implementieren können. Grosses Potenzial besteht dabei bei IKT-Beschaffungen. Im Bereich ökologische Nachhaltigkeit haben sich im Hardware-Sektor bereits Normen und Labels durchgesetzt, die von Schulen freiwillig (in Form von Zuschlagskriterien) oder obligatorisch (in Form von Eignungskriterien oder Technischen Spezifikationen) eingefordert werden können.<sup>117</sup> Bei der Beschaffung von IKT-Lösungen für Schüler:innen oder «Educational Technologie» stellt sich im Schulbereich immer auch die Frage, inwiefern soziale Aspekte der digitalen Nachhaltigkeit i.S. von Kindes- und Jugendschutz mitberücksichtigt werden sollen, um Abhängigkeiten von bestimmten Plattformanbietern zu vermeiden. Auch hier sind Schulen angehalten, Anforderungen in Form von Zuschlagskriterien oder technischen Spezifikationen zu stellen und Ausschreibungen offen zu formulieren, damit nicht nur marktmächtige Anbieter den Zuschlag erhalten (Pkt. 9).

## **7. Auf Qualitäts- statt Preiswettbewerb setzen**

Das Nachhaltigkeitsgebot und die Zuschlagerteilung an das «vorteilhafteste» Angebot (und nicht an das «wirtschaftlich günstigste») verdeutlichen, dass beim besten «Preis-Leistungs-Verhältnis» der Fokus nicht mehr nur auf dem Preis, sondern auch auf der Qualität liegt. Dabei kann der Preis sich auch auf die ganze Lebensdauer (Lebenszykluskosten) beziehen. Die Qualität bemisst sich auch anhand von Kriterien der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit.

Schulen und ihre Schulträger haben den Qualitätswettbewerb in Form der Zuschlagskriterien zu implementieren, indem sie den (Anschaffungs-) Preis nicht stärker gewichten als die Qualität. Die genaue Gewichtung ist im Einzelfall zu bestimmen, aber ein Zuschlagskriterium Preis mit 60%, zu gewichten, wie es gemäss Beschaffungsstatistik vielerorts üblich ist, vernachlässigt Qualitätsaspekte.<sup>118</sup> Bei komplexen Ausschreibungen kann eine Gewichtung des Preises von 30% und eine Gewichtung der Qualität von 40% oder mehr durchaus gerechtfertigt sein.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass Schulen und ihre Schulträger typischerweise unter Budget-Druck stehen: Dieser kann durch den Qualitätswettbewerb insofern abgefedert werden, als qualitativ hochwertige Lösungen für die Kinder und Jugendlichen einen längerfristigen Nutzen stiften und sich über den ganzen Lebenszyklus gerechnet auch wirtschaftlich lohnen.

## **8. Neue Vergabeinstrumente richtig nutzen**

Besonderes bei komplexen IT-Beschaffungen können Schulen und andere Beschaffungsbehörden im Bildungssektor auf die neu mit der Revision eingeführten Vergabeinstrumente wie den Dialog (Art. 24 IVöB) oder den Rahmenvertrag (mit einem oder mehreren Zuschlagsempfängern, Art. 25 IVöB) zurückgreifen oder auf die neu im Katalog der Zuschlagskriterien (Art 29 IVöB) aufgeführten Lebenszykluskosten oder Label Bezug nehmen.

Dabei birgt insbesondere die Ausschreibung von Rahmenverträgen mit mehreren Zuschlagsempfänger grosses Potenzial, um den komplexen Bedarf an IT-Lösungen im Schulbereich gebündelt und effizient durchführen zu können und dabei mit dem Mini-Tender-Verfahren dennoch ein Mindestmass an Wettbewerb zu gewährleisten. Auch kann die Ausschreibung eines Rahmenvertrags für mehrere Schulen bzw. Schulträger Hebelwirkung in Bezug auf die ökologische und soziale Nachhaltigkeit entfalten und gezielt zertifizierte Hard- oder Software verlangen. Sowohl bei der Nutzung der Rahmenverträge als auch den Dialog ist aber zu berücksichtigen, dass diese nicht dazu genutzt werden dürfen, den Wettbewerb auszuhebeln oder Preise zu verhandeln.

<sup>117</sup> Siehe z.B. Weisung «P025» des Bundes.

<sup>118</sup> Siehe Intelliprocure.ch. Eine statistische Auswertung zu den einzelnen Gewichtungen gibt es jedoch noch nicht.

## 9. Innovationspotenzial erschliessen

Schulen und ihre Schulträger können die neuen Flexibilitätsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht nutzen, um Innovation zu fördern und entsprechende Potenziale zu erschliessen. Das öffentliche Beschaffungswesen hat aufgrund seines schieren Volumens eine grosse volkswirtschaftliche Hebelwirkung und kann gezielt genutzt werden, um die Nachfrage nach innovativen Lösungen zu steigern oder diese überhaupt erst marktfähig zu machen.

Das Innovationspotenzial bei Beschaffungen im Bildungsbereich ist vor allem im Bereich der IKT-Beschaffungen relevant. Diesbezüglich können Schulen und ihre Schulträger darauf achten, dass sie die Ausschreibung von Software (aber auch Hardware) zu Kommunikationszwecken oder im Bereich der «Educational Technologie» offen gestalten, um so den Markt nicht unnötig auf marktmächtige Anbieter zu beschränken. Durch eine so gestaltete lösungsorientierte Nachfrage kann eine Angebotsdiversifikation erfolgen, die schliesslich auch zur Förderung von KMU und Start-ups sowie zu ökologischen oder sozialen Innovationen beiträgt. Um Innovation nicht unnötig zu hemmen, sollen Ausschreibungen keine nicht notwendigen technische Spezifikationen enthalten, zu detailorientiert sein oder gar bestimmte Marken nachfragen.

## 10. Beschaffungskompetenzen bündeln wo sinnvoll und möglich

Vor dem Hintergrund der i) hohen Regulierungsdichte des Beschaffungsrecht, ii) der zunehmenden Komplexität des Beschaffungsbedarfes und iii) der daraus resultierende Notwendigkeit von Professionalisierung kann es ökonomisch sinnvoll sein, wenn sich Schulen und ihre Schulträger zusammenschliessen, um Beschaffungen koordiniert durchzuführen.

Besonders bei IT-Beschaffungen zeigt sich auf Bundesebene eine Tendenz zur Bündelung durch Ausschreibungen von Rahmenverträgen mit mehreren Zuschlagsempfängern (siehe 4.5.1). So hat die Bundeskanzlei die Cloud-Dienstleistungen für die ganze Bundesverwaltung ausgeschrieben und auch das Bundesamt für Informatik führt regelmässig IT-Beschaffungen stellvertretend für andere Bundesämter durch.

Schulen und ihren Schulträgern steht es frei, sich je nach Sektoren (zum Beispiel für bestimmte Kommunikationssoftware oder Hardware) zu Gemeindeverbänden zusammenzuschliessen oder einzelne Beschaffungen *ad hoc* kooperativ durchzuführen (und dafür Stellvertretungsverträge abzuschliessen). Auch eine Delegation von Beschaffungskompetenzen an externe Stellen kann sich je nach Sektor anbieten, wobei diese mit einem konkreten Beschaffungs-Mandat (per Gesetz oder *ad hoc* auf Vertragsbasis) ausgestattet sein muss und unabhängig von ihrer rechtlichen Organisation (z.B. als Stiftung oder Verein) auch dem Beschaffungsrecht unterstellt ist.

Aufgrund der Gemeindesouveränität (bzw. der Souveränität der Kantone im nachobligatorischen Schulbereich) bestünde bei beiden Konstellationen keine Bezugspflicht für die einzelnen Schulen und Schulträger. Ein Abruf von einem Rahmenvertrag in Form eines «Mini-Tenders» kann somit freiwillig dann erfolgen, wenn es für die einzelne Schule zu Effizienzgewinnen führt.

## Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BK	Bundeskanzlei
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweiz
BPUK	Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz
Ed.	Editor(s)
EG	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EMS	Environmental Management System
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
f./ff.	Folgend/folgende
gem.	gemäss
GPA	Government Procurement Agreement
Hrsg.	Herausgeber
ILO	International Labor Organization
IKT	Informations- und Kommunikationstechnik
ISO	International Organization for Standardization
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
KRK	Kinderrechtskonvention
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
LMVZ	Lehrmittelverband des Kantons Zürichs
nDSG	Neues Bundesgesetz über den Datenschutz
Org-VöB	Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung
RL	Richtlinie
RZ	Randziffer
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
sog.	sogenannt(e)
TCO	total costs of ownership
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
WTO	World Trade Organization
z.B.	zum Beispiel

## Literaturverzeichnis

- ANDRECKA (ANDHOV) MARTA, «Framework Agreements, EU Procurement Law and the Practice», in: *Procurement Law Journal* 2015, 127-149.
- ANDHOV MARTA, «Article 70 Conditions for Performance of Contracts», Commentary Chapter in: Caranta/Sanchez-Graells (eds.), *European Public Procurement*, 2021, 747 ff.
- ARROWSMITH SUE, *Government Procurement in the WTO*, 2003.
- BESCHAFFUNGSAMTES DES BMI, «Sozial-Audits als Instrument zur Überprüfung von Arbeitsbedingungen», 2021.
- BESCHAFFUNGSKONFERENZ DES BUNDES BKB, Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung (Güter und Dienstleistungen), [https://woeb.ch/images/dokumente/PDF/DE/BKB\\_Leitsatze.pdf](https://woeb.ch/images/dokumente/PDF/DE/BKB_Leitsatze.pdf).
- BILDUNGSDIREKTION KANTON ZÜRICH, Volksschulamt, Auszug aus *Handbuch für Zürcher Schulbehörden und Schulleitungen*, <https://behoerdenhandbuch.ch/web/>.
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017, 1851 (zit. Botschaft BÖB).
- BUNDESKANZLEI, Digitale Transformation und IKT-Lenkung, Cloud, <https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/digitale-transformation-ikt-lenkung/bundesarchitektur/cloud.html/>.
- BUNDESKANZLEI, Digitale Transformation und IKT-Lenkung, «P025 - Ressourcen- und Umweltvorgabe für die Beschaffung der IKT-Infrastruktur», 2022 (zit. Weisung «P025»), [https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/dti/ikt-vorgaben/prozesse-methoden/p025/P025\\_2-1-0\\_Beilage-1\\_GENEHMIGT\\_d.pdf.download.pdf/P025\\_2-1-0\\_Beilage-1\\_GENEHMIGT\\_d.pdf](https://www.bk.admin.ch/dam/bk/de/dokumente/dti/ikt-vorgaben/prozesse-methoden/p025/P025_2-1-0_Beilage-1_GENEHMIGT_d.pdf.download.pdf/P025_2-1-0_Beilage-1_GENEHMIGT_d.pdf).
- BUNDESRAT, Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung, Umsetzungsstrategie zur Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Strategieperiode 2021–2030, [https://www.kbob.admin.ch/dam/kbob/de/dokumente/Themen%20und%20Trends/revidiertes-beschaffungsrecht/Beschaffungsstrategie\\_Bund\\_Deutsch\\_A4.pdf.download.pdf/Beschaffungsstrategie\\_Bund\\_Deutsch\\_A4.pdf](https://www.kbob.admin.ch/dam/kbob/de/dokumente/Themen%20und%20Trends/revidiertes-beschaffungsrecht/Beschaffungsstrategie_Bund_Deutsch_A4.pdf.download.pdf/Beschaffungsstrategie_Bund_Deutsch_A4.pdf).
- EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR VERTEIDIGUNG, BEVÖLKERUNGSSCHUTZ UND SPORT VBS, Weisungen über die ökologischen Grundsätze der Beschaffung und Nutzung von Verwaltungsfahrzeugen, 11. Dezember 2020.
- EUROPEAN COMMISSION, «Buying Social, A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement», 2nd ed., 2021, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45767>
- EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitfaden für eine Innovationsfördernde Öffentliche Auftragsvergabe, C(2021) 4320 final.
- FETZ MARCO/MARC STEINER, «Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes», in: Cottier/ Oesch (Hrsg.), *SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Bd. XI (3. Ed.), 2020, 539 ff.
- FISCHER THOMAS M., Kommentar zu Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts, in: Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, 249 ff.
- GALLI PETER/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., 2013.
- HAUSER MATTHIAS/REKA PISKÓTY, «Nachhaltige öffentliche Beschaffung, Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU mit dem neuen BÖB und der neuen VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung», Gutachten (und Zusammenfassung davon) im Auftrag des BAFU vom 26. April 2021.
- KOCH RIKA, *Green Public Procurement under WTO Law – Experience of the EU and Prospects for Switzerland*, 2020 (zit. KOCH 2020, WTO Law).
- KOCH RIKA, «Das Öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument», in: Meier/Zurkinden/Staffler (Hrsg.), *Recht und Innovation, APARIUZ - Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, 2020, 81 ff. (zit. KOCH 2020, Innovation).
- KOCH RIKA, «Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem Revidierten Vergaberecht», in: Jusletter vom 28. September 2020 (zit. KOCH 2020, Ökologisches Beschaffungswesen).

- KUNZ-NOTTER PANDORA, Kommentar zu Art. 11 Verfahrensgrundsätze, in: Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, 211 ff.
- LANDMARK PROJECT, «Success Stories in Socially Responsible Public Procurement – Using Public Spending to Drive Improvements for Workers in Global Supply Chains», 2017, <https://www.oneplanetnetwork.org/knowledge-centre/resources/success-stories-socially-responsible-public-procurement-using-public>.
- OESCH MATTHIAS, «Entwicklung des Vergaberechts in der Schweiz», in: *Die Volkswirtschaft*, 2010, 5 ff.
- PATRAȘ MIRELA VIOLETA/CRISTIAN SILVIU BĂNACU, Critical Phases in the Process of Awarding Public Procurement Contracts: A Romania Case Study», in: *Journal of Engineering, Project, and Production Management*, 2016, 6(2), 104-119.
- REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH, Emissionsminderung von Fahrzeugen bei der Beschaffung und dem Betrieb durch die kantonale Verwaltung und beauftragte Unternehmen, Weisung gemäss Beschluss Nr. 1425/2013.
- REMUND MICHÈLE, Kommentar zu Art. 25 Rahmenverträge, in: Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, 342 ff.
- STADT BERN, Merkblatt zum Nachweis der Lohngleichheit im Beschaffungswesen, 2022, <https://www.bern.ch/wirtschaft/beschaffung/fur-anbieterinnen-und-anbieter/verlangte-nachweise/informationen-fuer-anbietende-zu-dem-nachweis-lohngleichheit-bei-staedtischen-auftraegen/dokumente-zur-lohngleichheit/merkblatt-zum-nachweis-der-lohngleichheit-im.pdf/view>.
- STEINER MARC, Kurzaufsatz zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019, in: *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, BR 1/2020, 8 ff. (zit. STEINER 2020).
- STEINER MARC, «Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung», erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) im Oktober 2017 (zit. STEINER 2017).
- STEINER MARC, «Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven», in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2014*, 149 ff. (zit. STEINER 2014).
- STEINER MARC, «Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen», Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes 2006 (zit. STEINER 2006).
- STÜRMER MATTHIAS, «Chancen und Herausforderungen der Digitalisierung im Bildungsbereich», Artikel basierend auf einem Referat im November 2021 am nationalen VPOD-Bildungsforum, <https://www.ch-open.ch/chancen-und-herausforderungen-der-digitalisierung-im-bildungsbereich/> (zit. STÜRMER 2021).
- STÜRMER MATTHIAS, «Digitale Nachhaltigkeit: Digitale Gemeingüter für die Wissensgesellschaft der Zukunft», in: *IT business 2/2017*, 9 ff. (zit. STÜRMER 2017).
- TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020 (zit. Handkommentar BöB).
- TRÜEB HANS RUDOLF/ NATHALIE CLAUSEN, Kommentar zu Art. 30 BöB, in: Oesch et al. (Hrsg.) *Wettbewerbsrecht II*, 2021, 452 ff.
- WELZ TOBIAS/MATTHIAS STÜRMER, «Sustainability of ICT hardware procurement in Switzerland – A status quo analysis of the public procurement sector», in: *Proceedings of ICT for Sustainability, 7th International Conference*, 2020, 158 ff.