

Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven

Marc Steiner, Rechtsanwalt, Richter am BVerfG¹

Übersicht

- I. Vorbemerkung: Arbeitshypothese zum Paradigmenwechsel**
- II. Ausschlussgründe nach Art. 11 BÖB**
 - A Art. 7 Abs. 2 VöB in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung
 - B Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund
- III. Ökologisches Know-how als Eignungskriterium**
 - A Vorab: Die Eignungsnachweise gemäss VöB sind nicht abschliessend
 - B Know-how und Referenzen
 - C Die Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen im Rahmen der Eignungsprüfung
 - D Neuere Entwicklungen: Die ökologische Mehreignung des Anbieters
- IV. Ökologische Anforderungen in der Form von technischen Spezifikationen**
 - A Die Umschreibung des Gegenstandes der Beschaffung und der Begriff der technischen Spezifikation
 - B Die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der technischen Spezifikationen
 - C Die Verwendung von Umweltzeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen
- V. Das Zuschlagskriterium «Umweltverträglichkeit» und der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots**
 - A Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots
 - B Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit als Qualitätsaspekt
- VI. Fair trade als Zuschlagskriterium**
- VII. Fazit**

¹ Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung, welche das Gericht in keiner Weise bindet.

I. Vorbemerkung: Arbeitshypothese zum Paradigmenwechsel

- 1 Der Beitritt zum WTO-Government Procurement Agreement² und damit verbunden dessen parallele Umsetzung in Bundesrecht und interkantonaies Recht war in einem weiten Sinne Teil des Programms zur marktwirtschaftlichen Erneuerung nach der EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992. Der Bundesrat hatte dazu bereits im Rahmen der Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens festgestellt, dass mit dem Volksentscheid betreffend den EWR auch die Liberalisierungsbestrebungen, welche dieser automatisch mit sich gebracht hätte, abgelehnt worden seien. Andererseits seien die Massnahmen im Interesse des wirtschaftlichen Strukturwandels auch von EWR-Gegnern kaum bestritten worden. Weiterhin müsse es deshalb darum gehen, Wettbewerbshindernisse abzubauen und die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu verbessern.³ Allein der Wettbewerb sichere unserer Wirtschaft ein hohes Mass an Effizienz und zwingt sie zu dynamischem Verhalten und zur Innovation. Zugleich solle die marktwirtschaftliche Erneuerung «ohne Beeinträchtigung der sozialen und ökologischen Errungenschaften» realisiert werden.⁴ So gesehen gibt es eine direkte Parallele zwischen Kartellrechtsreform, Binnenmarktgesetz und der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens.⁵ Es ist damit auch in diesem Sinne TRÜEB zuzustimmen, wenn er mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts nach Art. 1 Abs. 1 lit. b BöB treffend formuliert, dass Vergaberecht und Wettbewerbsrecht «gemeinsame Paten» haben⁶. Zur Zielsetzung des Folgeprogramms passt auch der Briefwechsel zwischen der Schweiz und der Europäischen Kommission vom 15. März bzw. 5. Mai 1994, gemäss welchem die Absicht bekundet wurde, eine gegenseitige Liberalisierung voranzutreiben. Diese Bemühungen mündeten schliesslich als Teilgehalt der Bilateralen I in das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁷.
- 2 In der zweiten Hälfte der 90er Jahre waren Freihandel, Marktöffnung und Liberalisierung Schlüsselbegriffe, wobei die Marktöffnungsziele im Sinne eines

² GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422).

³ Botschaft vom 23. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff.) S. 810.

⁴ Botschaft vom 23. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff.) S. 823.

⁵ Botschaft vom 23. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff.) S. 826 f. und S. 829 f.

⁶ TRÜEB, BöB-Kommentar, N 8 ad Art. 1 BöB.

⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.172.056.1); vgl. zum Ganzen BIAGGINI, S. 651 ff.

der Bierproduktion vergleichbaren Reinheitsgebots⁸ nicht durch die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte⁹ mit Blick auf die Unterstützung anderer Politikziele verunreinigt werden sollten¹⁰. Das sieht heute prima facie deutlich anders aus. Die GPA-Revision hat gezeigt, dass es andere relevante Politikziele gibt wie etwa die Korruptionsbekämpfung, welche nach WTO-Logik normalerweise nicht Thema von Handelsabkommen ist. Dass das SECO diesbezüglich selbst Schlagzeilen macht, ist nicht ohne Ironie. Ausserdem gilt es, Nachhaltigkeitsaspekte gegen die Zielsetzung des möglichst weit gehenden Marktzugangs abzuwägen¹¹. In diesem Sinne werden im revidierten GPA¹² sowohl im Rahmen der Regelung betreffend die technischen Spezifikationen als auch in der neuen Bestimmung zu den Zuschlagkriterien Umweltschutzziele ausdrücklich genannt¹³. Noch deutlicher ist die Trendwende im europäischen Vergaberecht¹⁴. Hier wird einerseits – wenn auch nicht ganz so klar wie in Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) – eine Präferenz für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis erkennbar, was dazu führt, dass die Vergabe nach dem günstigsten Preis tendenziell zurückgedrängt wird¹⁵. Zweitens sind soziale Aspekte als zulässige Zuschlagskriterien anerkannt¹⁶ und drittens wird die Berechnung der Lebenszykluskosten ausdrücklich unter Einschluss externer Umweltkosten postuliert. Daneben gibt es weiterhin die dem Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG entsprechende Kategorie der Bedingungen für die Auftragsausführung, welche insbesondere innovationsbezogene, umweltbezo-

⁸ Vgl. zum «purity principle» etwa ARROWSMITH, S. 251 f., S. 331 f. und S. 343 f.

⁹ Zum verpönten «government by procurement» etwa BIAGGINI, S. 661.

¹⁰ Ergänzt durch die damals wohl herrschende volkswirtschaftliche These, wonach die Förderung etwa des Umweltschutzes mittels anderer staatlicher Handlungsinstrumente und nicht im Rahmen des Vergaberechts erfolgen sollte (BRUNETTI, S. 61 ff.). Ähnlich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht damals auch ZÄCH, S. 59 ff., insb. S. 78 bezüglich Lehrlingsausbildung und Gleichbehandlung der Geschlechter, nicht aber in Bezug auf die Umweltverträglichkeit; vgl. zum Ganzen auch WETTBEWERBSKOMMISSION, S. 392 ff., insb. S. 406.

¹¹ Vgl. dazu etwa STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 101 ff.

¹² Vgl. zur erfolgreichen Revision des GPA etwa die Pressemitteilung des Bundesrates vom 21. März 2012 (<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=43873>); vgl. für eine Übersicht über das revidierte GPA etwa PÜNDER, S. 71 ff.

¹³ Art. X Abs. 6 revGPA (technische Spezifikationen) und Art. X Abs. 9 revGPA (Zuschlagskriterien); ausserdem ist ein Arbeitsprogramm zur nachhaltigen Beschaffung beschlossen worden (Art. XXII revGPA).

¹⁴ Vgl. dazu etwa SCHÄFER, S. 657 ff.

¹⁵ Art. 67 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Amtsblatt L 94 vom 28. März 2014).

¹⁶ So schon in Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-368/10 vom 10. Mai 2012 (sog. Max Havelaar-Fall), Rz. 91 f.; vgl. zum Urteil des EuGH STEINER, Gütesiegel, S. 130 ff., und mit Blick auf das hier zu erörternde schweizerische Recht BEYELER, Kaffee, S. 262 ff.

gene und soziale Belange umfassen können und neu in Artikel 70 verankert sein werden. So gesehen entspricht die Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 18. November 2009 offensichtlich einem zumindest europäischen Konsens. Der Erläuternde Bericht zur Änderung der VöB hält in diesem Sinne denn auch klar fest, dass der Bundesrat eine nachhaltige Beschaffungspraxis fördert¹⁷. Inwieweit sich dieser Trend in Rahmen der durch das neue GPA ausgelösten parallelen Revision von BöB und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) wiederfinden wird, bleibt abzuwarten¹⁸. Das Kind soll andererseits auch nicht mit dem Bade ausgeschüttet werden. Es bleibt bei der Zielsetzung, das Vergaberecht nicht über den Gegenstand der Beschaffung hinaus als Mittel zur Umerziehung von Unternehmen zu verwenden¹⁹. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob sich die Arbeitshypothese eines Paradigmenwechsels aufgrund der Analyse der Vergaberechts des Bundes und rechtsvergleichender Hinweise auf das EU-Vergaberecht erhärten lässt.

II. Ausschlussgründe nach Art. 11 BöB

A Art. 7 Abs. 2 VöB in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung²⁰

- 3 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB vergibt die Auftraggeberin den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieterinnen, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer gewährleisten.²¹ Diese Bestimmung wird durch Art. 7 Abs. 2 VöB in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung²² dahingehend ergänzt, dass die Anbieterin zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation zu gewährleisten hat, wenn die Leistung im

¹⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), vom 19. November 2009, Version vom 1. Januar 2010 (<http://www.news.admin.ch/NSBSsubscriber/message/attachments/17793.pdf>, zuletzt besucht am 7. März 2014), S. 21 (Erläuternder Bericht VöB).

¹⁸ Vgl. zu den entsprechenden Vorarbeiten die Informationen des Bundesamtes für Bauten und Logistik unter <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 12. März 2014.

¹⁹ So etwa der EuGH im Max Havelaar-Fall, a.a.O. [Fn. 16], Rz. 90 sowie Rz. 108; vgl. dazu BEYELER, Kaffee, S. 264 Anmerkung 7.

²⁰ Dieser Abschnitt entspricht weitgehend der entsprechenden Passage des Aufsatzes mit dem Titel «Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?», in: Jusletter vom 16. Januar 2012.

²¹ Siehe zu den Schnittstellen mit dem Entsendegesetz etwa STÖCKLI, Einführung, S. 23 mit Hinweisen.

²² AS 2009 6149

Ausland erbracht wird. Die acht einschlägigen Übereinkommen, namentlich betreffend die schlimmsten Formen der Kinder- und Zwangsarbeit, werden im neuen Anhang 2a zur VöB aufgeführt. Bei dieser Neuregelung handelt es sich im Ergebnis auch um eine vorgezogene Teilrevision des BöB. Diese erfolgte mit der Begründung, dass die im Rahmen der Totalrevision BöB vorgeschlagene Verankerung der Kernübereinkommen der IAO als Mindeststandards im Rahmen der Vernehmlassung auf einhellige Zustimmung gestossen sei.²³ Tatsächlich sind zum in diesem Zusammenhang einschlägigen Art. 25 Abs. 3 VE BöB kaum kritische Rückmeldungen eingegangen. Besonders bemerkenswert ist die Stellungnahme des Branchenverbandes Swiss Textiles, wonach aus der Sicht des Wettbewerbers der Grundsatz der gleich langen Spiesse massgeblich sei.²⁴ Das ist präzise die Zielsetzung von Art. 7 UWG, wonach unlauter insbesondere handelt, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind²⁵. Zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB passt nahtlos der nächste Schritt, nämlich die Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung. Hier wird insbesondere auf die tatsächliche Durchsetzung der IAO-Kernübereinkommen durch die ganze Liefer- bzw. Handelskette Wert gelegt, indem von der Anbieterin verlangt wird, auch Subunternehmer und Lieferanten entsprechend zu verpflichten.²⁶ Die neue Vorgabe ist als Ausschlussgrund konzipiert. Hält eine Anbieterin die Anforderungen der Kernübereinkommen nicht ein, so kann die Auftraggeberin sie ausschliessen oder den Zuschlag widerrufen.²⁷ Dabei ist aus juristischer Sicht auch der Umstand nicht problematisch, dass die Vergabestelle, indem sie etwa Audits in Bangladesch veranlasst, auf die Herstellungsbedingungen im Ausland Einfluss nimmt, weil sie das nicht hoheitlich tut im Sinne der extraterritorialen Regulierung von Produktion oder Handel, sondern in ihrer Rolle als Konsumentin. Die ILO Core Labour Standards sind ausserdem von ihrer Rechtsquellennatur her qualifiziertes Völkerrecht,²⁸ womit nach der hier vertretenen Auffassung welthandelsrechtlich nicht argumentiert werden kann, es hafte ihnen der Geruch unzulässiger Diskriminierung an. Im Rahmen der Erläuterungen zur

²³ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 17], S. 7.

²⁴ Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB) – Zusammenstellung der Stellungnahmen vom 5. August 2009 (<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 7. März 2014), S. 155.

²⁵ Vgl. dazu BEVELER, Kaffee, S. 263 Anmerkung 2 mit Hinweisen.

²⁶ Empfehlungen der Beschaffungskommission (heute: Beschaffungskonferenz) des Bundes für die Beschaffungsstellen des Bundes zu einer nachhaltigen Beschaffungspraxis (<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02632/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 7. März 2014), Punkt 2.1.2 Miteinbezug der Subunternehmer und Unterlieferanten.

²⁷ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 17], S. 7.

²⁸ Vgl. zum Ganzen STEINER, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte, S. 27 ff.

Änderung der VöB wird angekündigt, die in Art. 7 Abs. 2 VöB getroffene Regelung im Rahmen der nächsten Gesetzesrevision auf Gesetzesstufe anzuheben²⁹. In vergleichbarer Weise werden die ILO Core Labour Standards nach neuem EU-Richtlinienrecht als möglicher Ausschlussgrund gelten³⁰.

B Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund

- 4 Klar ist zunächst, dass alle Anbietenden bei Leistungserbringung in der Schweiz die Vorschriften zum Schutz der Umwelt einzuhalten haben, die sich aus der eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung ergeben³¹. Der vergaberrechtliche Ausschluss bedarf indessen einer gesetzlichen Grundlage, die derzeit auf Bundesebene fehlt³². Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat mit Urteil VB.2010.00284 vom 31. August 2010 festgestellt, dass § 40 Abs. 2 der Zürcher Submissionsverordnung keine hinreichende Grundlage für eine Sanktion darstellt, welche eine längere Auftragsperre zum Gegenstand hat³³. Von einer solchen Auftragsperre unterscheidet sich zwar der Ausschluss im Sinne von Art. 11 BöB; nichtsdestoweniger legt der materielle Gesetzesbegriff gemäss Art. 164 BV für den nicht vergaberichtlich begründeten Ausschluss auch mit Blick auf dessen rechtspolitische Bedeutung³⁴ eine Regelung in einem formellen Gesetz nahe. Demnach wäre im Übrigen auf interkantonalen Ebene de lege ferenda mit Vorteil nicht § 27 der Vergaberichtlinien (VRöB), sondern Art. 11 IVöB entsprechend zu ergänzen. Gemäss § 23 Abs. 1 lit. f der Vergaberichtlinien zur IVöB in der Fassung vom 1. Dezember 1995 konnte eine Anbieterin von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie sich bei der Produktion nicht an Vorschriften über den Umweltschutz hält, die mit denjenigen am Ort der Ausführung vergleichbar sind. Dieser Logik folgt auch Art. 11 lit. d BöB unter Bezugnahme auf die Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 8 BöB. Der Sache nach handelt es sich demnach bei der Anforderung, wonach die schweizerische Umweltschutzgesetzgebung einzuhalten ist, um einen Verfahrensgrundsatz, wenn das Gesetz denn einen solchen vorsehen würde. Mit Blick auf Erörterungen zu Produktions- und Leistungsort aus binnenmarktrechtlicher Sicht ist mit der IVöB-Revision gemäss Beschluss

²⁹ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 17], S. 7.

³⁰ Art. 57 Abs. 4 i.V.m. 18 Abs. 2 der neuen Richtlinie 2014/24/EU unter besonderer Berücksichtigung des Anhangs X, welcher unter anderem die ILO Core Labour Standards enthält.

³¹ Vgl. dazu LANG, S. 225 ff., S. 244.

³² Vgl. dazu etwa STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 59.

³³ Vgl. dazu etwa auch die Urteilsanmerkung von BEYELER in: BR/DC 2013, S. 225 f. Nr. 309.

³⁴ Vgl. dazu etwa die Zusammenstellung der Stellungnahmen zum VE BöB, a.a.O. [Fn. 24], S. 147.

des Interkantonalen Organs der BPUK vom 15. März 2001 bzw. mit den gestützt darauf erlassenen neuen VRöB die Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund gestrichen worden. Dies obwohl die Anknüpfung an die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes bei Leistungserbringung in der Schweiz völlig unbedenklich wäre³⁵. Einige Kantone kennen denn auch einen derartigen Ausschlussgrund³⁶. In diesem Sinne hat Art. 25 Abs. 1 lit. d VE BöB auf Bundesebene vorgesehen, dass die Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung zum Ausschluss führt. Eine derartige Norm entspricht dem Gebot der Kohärenz der Rechtsordnung. Genauso wie es nicht hinnehmbar ist, wenn auf der Baustelle für das neue Gebäude des Bundesverwaltungsgerichts in St. Gallen Schwarzarbeiter beschäftigt werden, so setzt sich der Bund zur eigenen Rechtsordnung in Widerspruch, wenn die Umweltschutzgesetzgebung im Rahmen seiner eigenen Bauvorhaben nicht durchgesetzt wird. Auch hier gilt im Übrigen das Lauterkeitsargument, wonach keine Wettbewerbsvorteile durch Unterschreiten gesetzlicher Mindeststandards erzielt werden sollen.³⁷ Man darf auch diesbezüglich auf die Gesetzgebungsarbeiten im Rahmen der Umsetzung des revidierten GPA gespannt sein.

III. Ökologisches Know-how als Eignungskriterium³⁸

A Vorab: Die Eignungsnachweise gemäss VöB sind nicht abschliessend

Mit dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 VöB und GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER 5 ist davon auszugehen, dass die Liste der möglichen Eignungsnachweise gemäss Anhang 3 VöB nicht abschliessend ist. Art. 9 Abs. 1 VöB ermächtigt die Auftraggeberin, für die Überprüfung der Eignung der Anbieter *insbesondere* die in Anhang 3 genannten Unterlagen zu erheben und einzusehen³⁹. Entsprechend sind auch die in Art. 9 Abs. 1 BöB genannten Eignungskriterien (finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit) nicht abschliessend zu verstehen. Somit kann bezüglich eines bestimmten Eignungsnachweises nicht generell gesagt werden, ob dieser (in jedem Fall) zulässig ist oder nicht. GALLI/MOSER/LANG/STEINER sprechen insoweit gestützt auf die Praxis der

³⁵ Diesbezüglich denn auch kritisch bereits STEINER, Nachhaltige Beschaffung, S. 54 f.

³⁶ Vgl. etwa Art. 8 Abs. 1 lit. f ÖBG/BE (BSG 731.2).

³⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, N 3 ad Art. 7 Rz. 3; vgl. diesbezüglich zu den ILO Core Labour Standards den Abschnitt II.A hiervor sowie BEYELER, Kaffee, S. 263 Anmerkung 2.

³⁸ Dieses Kapitel lehnt sich stark an die entsprechende Darstellung in der Studie zur umweltfreundlichen Beschaffung an; STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 62 ff.

³⁹ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, S. 107 Rz. 337 Fn. 3; in gleicher Weise ist auch Art. 31 Abs. 2 VE BöB zu verstehen.

Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) von einer offenen Legiferierungsmethode, die der Auftraggeberin einen Ermessensspielraum überlässt⁴⁰. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt der Vergabebehörde bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosser Ermessensspielraum zu⁴¹. Nichtsdestoweniger wäre natürlich die explizite Nennung nachhaltigkeitsspezifischer Eignungsnachweise ein in seiner praktischen Auswirkung nicht zu unterschätzendes Signal an die Beschaffer. Gemäss Anhang 2 zu Art. 31 Abs. 2 und 3 VE BöB waren unter dem Stichwort «Nachhaltigkeit» als Nachweise «Vorkehrungen zur Gewährleistung der Qualität» sowie «Umweltmanagementsystem» vorgesehen. Inwieweit sich der Gesetzgeber an dieser Ergänzung des Nachweiskatalogs orientiert wird, bleibt abzuwarten.

B Know-how und Referenzen

- 6 Die Vergabestelle hat bei der Wahl der Eignungskriterien und -nachweise der Art und dem Umfang des Auftrages Rechnung zu tragen⁴². Wenn in der Ausschreibung auf besondere anspruchsvolle Mindestvorgaben, welche sich aufgrund umweltrechtlicher Regelungen oder anspruchsvoller technischer Spezifikationen ergeben, verwiesen oder die Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium genannt wird⁴³, muss der Anbieter einem Gedanken von GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER folgend nachweisen können, dass er über die nötigen «Umweltverträglichkeits-Kenntnisse» verfügt und damit in der Lage ist, das im Angebot abgegebene Leistungsversprechen zu erfüllen⁴⁴. In diesem Sinne äussern sich auch HAUSER⁴⁵, GROLIMUND⁴⁶ und ESSEIVA⁴⁷, insbesondere in Bezug auf Erfahrungen im Umweltbereich als mögliches Eignungskriterium. Damit sind Referenznachweise, mit welchen im Ergebnis die in umweltsensitiven Bereichen erfahrenen Unternehmen bevorzugt werden, vergaberechtlich zulässig, solange der Auftrag tatsächlich qualifiziertes ökologisches

⁴⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 556 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der BRK.

⁴¹ BVGer B-1470/2010 E. 2.2 (29.09.2010).

⁴² BVGer B-6082/2011 E. 2.1.4 (08.05.2012).

⁴³ DAGEFÖRDE, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, S. 319 unter besonderer Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen.

⁴⁴ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, S. 212 Rz. 385. Die Textstelle bezieht sich explizit nur auf den Rückschluss von der Verwendung des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit auf die Eignung; dasselbe muss aber auch für anspruchsvolle umweltrechtliche Vorgaben oder technische Spezifikationen gelten.

⁴⁵ HAUSER, S. 339 ff., insb. S. 355.

⁴⁶ GROLIMUND, S. 12.

⁴⁷ ESSEIVA, Anmerkung zu Entscheid S6, in: BR/DC 2/2000, S. 56 f. (Besprechung des Zürcher Holzschnitzelfalles).

Know-how erfordert⁴⁸. Insoweit gehört die aus Nachhaltigkeitsperspektive erwünschte Ausführung des Auftrags zu dessen Qualität, worauf sich wiederum ohne Weiteres Eignungsanforderungen beziehen können, ohne dass damit der Auftragsbezug derselben in Frage gestellt würde. Die entsprechenden Referenznachweise lassen sich problemlos unter die in Anhang 3 VöB genannten Referenzangaben subsumieren; dasselbe gilt für die erforderliche Qualifikation des Schlüsselpersonals. Im selben Sinne hat die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen festgehalten, es liege fraglos im Ermessen der Vergabestelle, von den Anbietern bei der Vergabe von umweltrelevanten Arbeiten den Nachweis zu verlangen, dass sie über ausreichende einschlägige Erfahrungen in Bezug auf solche Aufträge verfügen⁴⁹.

C Die Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen im Rahmen der Eignungsprüfung

Mit Umweltmanagementsystemen soll eine transparente Systematik von Verfahren geschaffen werden, mittels welcher Ziele, Verantwortlichkeiten und Überprüfungsmöglichkeiten in Bezug auf den betrieblichen Umweltschutz definiert werden können⁵⁰. Es geht damit um den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit⁵¹. ESSEIVA ist schon früh davon ausgegangen, dass ein Umweltmanagementzertifikat, etwa ISO 14001, einen zulässigen Eignungsnachweis darstellt, wenn der Zusammenhang zum zu vergebenden Auftrag gegeben ist⁵². Während die Lehre zunächst die Frage aufgeworfen hat, ob ein derartiges Zertifikat nicht zu allgemein bzw. zu wenig spezifisch auf die leistungsrelevanten Anforderungen an die Anbieter zugeschnitten sei⁵³, hat die Gerichtspraxis den Eignungsnachweis mittels Umweltmanagementzertifikaten mit zunehmender Marktdurchdringung derselben unabhängig von derartigen Bedenken zugelassen⁵⁴. In diesem Sinne nennt auch TRÜEB als mögliche

⁴⁸ Vgl. mutatis mutandis die Rechtsprechung zum Qualitätsmanagementsystem, welches naturgemäss bei einer komplexen Dienstleistung eher als auftragsbezogen erscheint als beim Einkauf von standardisierten Gütern (BVGer B-1470/2010 E. 5.2 [29.09.2010]).

⁴⁹ Entscheid BRK 2004-007 E. 2e (22.09.2004). Konkret ging es um die Erfahrungen der Anbieter mit der Entfernung und Entsorgung von PCB-haltigem Material, weshalb der Nachweis mindestens einer PCB-Sanierung in mit dem zu vergebenden Auftrag vergleichbarer Grössenordnung verlangt wurde.

⁵⁰ BVGer B-6082/2011 E. 5.3.4 (08.05.2012); DAGEFÖRDE, S. 243.

⁵¹ So für das europäische Vergaberecht auch der Erwägungsgrund 88 der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, welche die Richtlinie 2004/18/EG ersetzt.

⁵² ESSEIVA, Anmerkung zu Entscheid S6, a.a.O. [Fn. 47], S. 57.

⁵³ Siehe etwa STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 65 f.

⁵⁴ Anfänglich herrschte auch in Bezug auf das Zertifikat ISO 9001 eine gewisse Skepsis, wie etwa mit GAUCH/STÖCKLI, S. 20 f., illustriert werden kann.

Gesichtspunkte «Qualitätssicherung und Umweltmanagement»⁵⁵. Dasselbe gilt auch für ein Eignungskriterium, welches sowohl eine Zertifizierung ISO 9001 als auch eine solche nach ISO 14001 voraussetzt⁵⁶. In gleicher Weise hat bereits DAGEFÖRDE festgestellt, es sei nicht einzusehen, warum öffentlichen Auftraggebern ein Instrument zur Prüfung ihrer Vertragspartner genommen werden solle, welches privatwirtschaftlichen Auftraggebern selbstverständlich zur Verfügung stehe und sich in der dortigen Handhabung auch bewährt habe⁵⁷. ESSEIVA hat in diesem Zusammenhang auf Ziffer 10 des Anhangs 3 zur VöB hingewiesen, wonach eine Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems verlangt werden kann. Der Nachweis von Umweltmanagementsystemen kann allerdings – vergleichbar anderen ökologischen Eignungsnachweisen – nur dann als hinreichend auftragsbezogen angesehen werden, wenn aus der Umschreibung des Auftrags hervorgeht, dass ein umweltsensibler Auftrag vergeben werden soll. Dabei ist in der Ausschreibung der Hinweis anzubringen, dass auch ein anderer gleichwertiger Nachweis möglich ist⁵⁸. Eine sinnvolle Klarstellung enthält in diesem Zusammenhang der Erwägungsgrund 88 der neuen EU-Vergaberichtlinie für den öffentlichen Sektor, wonach der Anbieter den Nachweis zu erbringen hat, dass er die Anforderungen anders als durch die seitens der Vergabestelle gewünschten Zertifizierung erfüllen kann. Das hat auch für das schweizerische Recht zu gelten. Ebenfalls zulässig ist nach der Rechtsprechung die Berücksichtigung eines begonnenen Zertifizierungsprozesses⁵⁹, jedenfalls wenn dies die Formulierung des Eignungskriteriums gemäss Ausschreibung nicht ausschliesst. Die Rechtsprechung bleibt kritisch, soweit die Vergabestelle das ISO-Zertifikat 14001 generell als «wünschbar» bezeichnet und die Umweltsensitivität des in Frage stehenden Projekts «nicht sehr ausführlich

⁵⁵ TRÜEB, BöB-Kommentar, N 4 ad Art. 9 BöB.

⁵⁶ KGer VS A1 10 266 (07.10.2011), betreffend einen (nach zutreffender gerichtlicher Feststellung komplexen) Dienstleistungsauftrag für die Abfall- und Wertstoffentsorgung, E. 4.3.1 f. quasi obiter dictum, weil das Gericht der Auffassung war, die Beschwerdeführerinnen könnten sich auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen, welche die Zertifizierungsvorgabe enthalten, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags ohnehin nicht mehr berufen (E. 3.4.1). Es half den Beschwerdeführerinnen nicht, dass zwar das eine Mitglied der ARGE doppelt zertifiziert war, das andere aber erst bei der Schweizerischen Vereinigung für Qualitäts- und Managementsysteme (SQS) für das Zertifizierungsverfahren nach den beiden verlangten Normmodellen angemeldet war.

⁵⁷ DAGEFÖRDE, S. 266.

⁵⁸ HAUSER hat diesbezüglich zu Umweltzeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen die Frage aufgeworfen, ob bei hinreichender Marktdurchdringung des nachgefragten Labels von der Zulässigkeit anderer Nachweise nicht abgesehen werden könne (S. 353 f.). Vergleichbar auch der Erwägungsgrund 88 der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, indem dort nach der Leichtigkeit des Zugangs zu den Zertifikaten differenziert wird.

⁵⁹ VGer ZH VB.2012.00176 E. 9.2 (05.10.2012) (in Bezug auf ein Zuschlagskriterium, mit welchem die diesbezügliche Mehreignung bewertet wird).

begründet»⁶⁰. Würde von sämtlichen Anbietern, die Bundesaufträge erhalten wollen, ein Umweltmanagementzertifikat verlangt, wäre darin, was für vergabefremde Aspekte typisch ist, der Versuch zu sehen, das Verhalten der Anbieter über die Erfordernisse der konkreten Beschaffung hinaus zu steuern. So soll auch im Rahmen der Eignungsprüfung nicht abgefragt werden, was die Anbieter tun, um über den Auftrag hinaus einen möglichst hohen Beitrag zur Nachhaltigkeit zu leisten⁶¹. Zugleich stellt sich wie bei allen Eignungsanforderungen die Frage, welche Auswirkungen der Eignungsnachweis auf den Anbietermarkt hat; je kleiner der Anbietermarkt, desto genauer wird ein Gericht prüfen, ob der in Frage stehende Eignungsnachweis objektiv erforderlich ist. Die Vergabestelle hat bei der Festsetzung der Eignungsanforderungen die Auswirkung ihrer Nachfrage auf den Anbieterwettbewerb mitzubetrachten; es muss ein hinreichender Restwettbewerb verbleiben⁶². Selbstverständlich vorausgesetzt wird im Übrigen die Bindung der Vergabestelle an die bekannt gegebenen Eignungskriterien. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil B-5032/2013 vom 21. Oktober 2013 auf gemeinsamen Antrag von Beschwerdeführerin und Vergabestelle einen Zuschlag aufgehoben, der einer Anbieterin ohne Zertifizierung ISO 14001 erteilt worden war, obwohl das Umweltmanagementzertifikat gemäss der Ausschreibung klar als Eignungsnachweis vorgegeben war.

D Neuere Entwicklungen: Die ökologische Mehr-eignung des Anbieters

Die Frage, ob eine allfällige Mehreignung berücksichtigt werden darf, ist nicht nur relevant mit Blick auf die dogmatische Differenzierung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Vielmehr setzt die Zulassung der Berücksichtigung der Mehreignung auch ein Signal, wonach sich die Beschaffung mehr am Qualitäts- als am Preiswettbewerb orientieren soll. Diesbezüglich ist die Meinung vertreten worden, wenn allgemein die Berücksichtigung von Mehreignung als zulässig angesehen werde, müsse dies auch für die umweltspezifische Mehreignung gelten⁶³. Allerdings war damals noch nicht eindeutig erkennbar, wie die Zulässigkeit der Mehreignung schliesslich beurteilt werden würde⁶⁴. Mit der Regeste des Bundesgerichtsentscheids BGE 139 II

⁶⁰ VGer B-6082/2011 E. 5.4.2 (08.05.2012).

⁶¹ Vgl. zum europäischen Vergaberecht den Max Havelaar-Entscheid, a.a.O. [Fn. 16], Rz. 98 ff.

⁶² BVGE 2010/58 E. 6.3; das bedeutet aber keine Verpflichtung zur Förderung von KMU (BVGE 2010/58 E. 6.2).

⁶³ STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 68.

⁶⁴ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung, S. 189 ff.

489 kann nun festgehalten werden, dass es nicht grundsätzlich unzulässig ist, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten. Zumindest dort, wo es auf fachliche Eignung oder Erfahrung ankommt, ist die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags nach dieser Rechtsprechung zulässig⁶⁵. Interessanterweise wird auch in Art. 67 der neuen EU-Richtlinie 2014/24/EU, welche die Richtlinie 2004/18/EG ersetzt, entgegen der Rechtsprechung des EuGH⁶⁶ die Berücksichtigung der Mehreignung vorgesehen. Im erläuternden Erwägungsgrund 94 heisst es dazu, dass es öffentlichen Auftraggebern gestattet sein soll, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterien zugrunde zu legen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals für das Niveau der Auftragsausführung relevant ist. Das erscheint auch nach schweizerischem Recht insbesondere bei komplexen Dienstleistungen naheliegend in Bezug auf das für die Auftragsausführung zur Verfügung stehende Schlüsselpersonal⁶⁷. Aber auch in Bezug auf die das Unternehmen als solches betreffende Zertifizierung nach ISO 140001 hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, es bestehe kein Grund, für ein Mehr an Eignung von anderen Voraussetzungen auszugehen als bei der Eignung selbst, womit die Berücksichtigung umweltspezifischer Mehreignung bei hinreichendem Projektbezug als zulässig erscheint⁶⁸. Davon geht auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich aus, ansonsten sich die Beurteilung der mit Blick auf die Zertifizierung erhobenen Bewertungsrügen erübrigen würde⁶⁹. Zum gleichen Schluss kommt das Kantonsgericht des Kantons Wallis in Bezug auf einen Dienstleistungsauftrag für Abfall- und Wertstoffentsorgung⁷⁰.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen auch Art. 40 Abs. 2 VE BöB.

⁶⁶ EuGH Slg. 2008, I-251 Emm. G. Lianakis AE u.a./Dimos Alexandroupolis u.a., Rz. 30.

⁶⁷ BEYELER, Ziele und Instrumente, Rz. 173.

⁶⁸ BVGer B-6081/2011 E. 2.1.4 (08.05.2012); im Ergebnis bereits ebenso, wenn auch mit etwas knapper Begründung das BVGer B-7252/2007 E. 8.1 in fine (06.02.2008)

⁶⁹ VGer ZH VB.2012.00176 E. 9.2 (05.10.2012).

⁷⁰ KGer VS A1 10 266 E. 4.3.1 (07.10.2011).

IV. Ökologische Anforderungen in der Form von technischen Spezifikationen⁷¹

A Die Umschreibung des Gegenstandes der Beschaffung und der Begriff der technischen Spezifikation

Technische Spezifikationen sind im Unterschied zu gesetzlichen Vorgaben von der Auftraggeberin festgelegte absolute Mindestanforderungen an Produkte; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Offerten zur Nichtberücksichtigung des Angebots⁷². Dass sie den Anbietermarkt beschränken, liegt in der Natur der Sache. Soll ein Haus aus Holz gebaut werden, so schliesst das Anbieter, die nur Betonhäuser bauen, von vornherein vom Vergabeverfahren aus⁷³. Das Ermessen der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Anforderungen gehört trotz Vergaberecht zu den «gesicherten Handlungsspielräumen»⁷⁴. Schon GAUCH/STÖCKLI haben daraus in den Vergabethesen 1999 den Schluss gezogen, dass eine öffentliche Auftraggeberin den Umweltschutz in umfassender Weise fördern kann, indem sie bereits im Rahmen der Beschreibung der Produkte oder Dienstleistungen, die sie anschaffen will, oder in die Definition der technischen Anforderungen, denen die zu beschaffende Leistung zu genügen hat, umweltrelevante Überlegungen einfließen lässt⁷⁵. Als Beispiel genannt sei etwa die Vorgabe, dass neu zu erstellende öffentliche Bauten dem Minergiestandard entsprechen sollen. CLERC erwähnt in diesem Zusammenhang etwa biologischen Tee oder Kaffee⁷⁶. Solche Anforderungen an Produkte können auch in Form einer Negativumschreibung festgehalten werden etwa in dem Sinne, dass gewisse chemische Substanzen in den Produkten nicht enthalten sein sollen⁷⁷. Dabei ist zu berücksichtigen, dass vor allem ehrgeizige technische Spezifikationen einen härteren Eingriff in den Wettbewerb darstellen können als Zuschlagskriterien, welche aufgrund ihrer relativen Natur gegen den Preis abgewogen werden⁷⁸. Dementsprechend ist bei anspruchsvollen Anforderungen (ähnlich wie bei der Festsetzung der Eignungsanforderungen) darauf zu achten, dass

⁷¹ Dieses Kapitel baut auf der entsprechenden Darstellung in der Studie zur umweltfreundlichen Beschaffung, STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 69 ff., auf.

⁷² BVGer B-3526/2013 E. 6.2 (20.03.2014); TRÜEB, BöB-Kommentar, N 2 zu Art. 12 BöB.

⁷³ BEYELER, Ziele und Instrumente, S. 35.

⁷⁴ Formulierung nach STÖCKLI, zitiert in: Zwischenverfügung BVGer B-822/2010 E. 4.3 (10.03.2010).

⁷⁵ GAUCH/STÖCKLI, S. 22 f. unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union vom 11. März 1998, KOM (1998) 143, S. 30 f.

⁷⁶ CLERC, Commentaire romand, N. 132 ad Art. 5 BGBM.

⁷⁷ Buying green!, A handbook on green public procurement, 2. Aufl. 2011 (http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm), S. 28 (zit. Buying green!).

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 71.

ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt⁷⁹. Die zu starke Einschränkung des Anbieterwettbewerbs kann durch eine Kombination von technischen Spezifikationen und Zuschlagskriterien vermieden werden. Beispiel: Für die Beschaffung von Computern wird ein Höchstenergieverbrauch als technische Spezifikation vorgegeben. Zusätzlich können für die deutliche Unterschreitung dieser Vorgabe im Rahmen des Kriteriums Umweltverträglichkeit Bewertungsvorteile vorgesehen werden.

B Die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der technischen Spezifikationen

- 10 Bereits in der (inzwischen teilweise überholten) Interpretierenden Mitteilung der EU-Kommission betreffend die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen ist richtigerweise darauf hingewiesen worden, dass Art. VI GPA das Produktionsverfahren ausdrücklich erwähnt⁸⁰. Dank des GPA liegt für das Beschaffungswesen im Ergebnis eine Art *lex specialis* im Vergleich zu den welthandelsrechtlichen Vorgaben etwa in Bezug auf Importbeschränkungen vor⁸¹. Die öffentliche Hand hat in Bezug auf die Produktionsbedingungen einen weiteren Spielraum, wenn sie selbst als Konsumentin auftritt, im Vergleich zur Rolle, in der sie regulatorisch die Wahlmöglichkeiten privater Konsumenten beschränkt⁸². Folglich ist auch die EU-Kommission bereits im Jahre 2001 zum Schluss gekommen, dass die Verwendung eines bestimmten Produktionsverfahrens vorgeschrieben werden kann, wenn dies dazu beiträgt, Anforderungen an das Produkt oder an die Dienstleistung zu spezifizieren. Das Produktionsverfahren deckt alle herstellungsspezifischen Anforderungen und Gesichtspunkte ab, welche zur Charakterisierung des Produkts beitragen, ohne im Endprodukt sichtbar zu werden. Als Beispiele werden organisch gewachsene Nahrungsmittel oder grüner Strom genannt⁸³. Inzwischen geht der Erwägungsgrund 74 der neuen EU-Richtlinie, welche die Richtlinie 2004/18/EG ablösen soll, noch etwas weiter. Deren erster Satz lautet wie

⁷⁹ Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 E. 5 (10.03.2010).

⁸⁰ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. Juli 2001, KOM(2001) 274, Punkt II/1.2 S. 12 mit Fn. 19 (zit. Interpretierende Mitteilung).

⁸¹ Anders wohl noch das Urteil VB.98.00369 des VGer ZH E. 3c (15.12.1998). Es ist hier nicht der Ort, auf die durchaus bemerkenswerten jüngsten Entwicklungen in Bezug auf die Diskussion zu den Herstellungsbedingungen im Rahmen des klassischen WTO-Rechts einzugehen.

⁸² ARROWSMITH/KUNZLIK, S. 21 ff.

⁸³ Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 80], Punkt II/1.2 S. 12 f.; vgl. auch *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 77], S. 29; vgl. zur erneuerbaren Energie auch als Zuschlagskriterium EuGH Slg. 2003, I-14527 EVN AG und Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich, Rz. 34.

folgt: «Die von öffentlichen Beschaffern erstellten technischen Spezifikationen müssen es erlauben, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen und Nachhaltigkeitsziele zu erreichen.» Anschliessend wird ausgeführt, dass demzufolge die Einreichung von Angeboten möglich sein soll, welche auf der Grundlage von Leistungskriterien im Zusammenhang mit dem Lebenszyklus und der Nachhaltigkeit des Produktionsprozesses erstellt wurden. Dementsprechend wird in Artikel 42 der Richtlinie festgehalten, dass Produktionsmethoden auch dann Berücksichtigung finden können, wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismässig sind. In diesem Sinne lässt sich dank Art. VI GPA – was dann umso mehr für Art. X Abs. 6 revGPA gelten wird – auch das schweizerische Recht auslegen. Damit ist es – was vor zehn Jahren durchaus noch nicht unbestritten war – etwa auch zulässig, bei der Herstellung von Baumwolle Vorgaben zum Wasserverbrauch im Rahmen der Produktion zu machen, obwohl sich die dadurch erreichte bessere Umweltbilanz auf die Baumwolle selbst nicht auswirkt⁸⁴.

Indessen bleibt es dabei, dass Anforderungen, die der Anbieter selbst zu erfüllen hat, nicht in die Form von technischen Spezifikationen gekleidet werden können⁸⁵. Verpönt sind und bleiben unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls Anforderungen, die sich nicht auf den Produktionsprozess, sondern unabhängig von diesem auf den Anbieter selbst beziehen. Es ist unzulässig, im Rahmen einer Beschaffung von Möbeln zu verlangen, dass der Anbieter für seine Büroarbeiten nur Recyclingpapier verwendet⁸⁶. Ausserdem sind fair trade-Anforderungen etwa für Kaffee nach dem Konzept des EuGH keine technischen Spezifikationen⁸⁷. Davon ist auch für das neue Richtlinienrecht ebenso wie für das schweizerische Recht auszugehen.

C Die Verwendung von Umweltzeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen

Je mehr sich ein Umweltzeichen durchgesetzt hat, je bekannter und je breiter abgestützt (durch die Art des Zustandekommens der entsprechenden Anfor-

⁸⁴ Damit erscheint das Urteil VB.98.00369 des VGer ZH E. 3c (15.12.1998) insoweit überholt. Nach wie vor absolut unbestritten ist die Zielsetzung des Entscheids sicherzustellen, dass ökologische Aspekte nicht als unglaubwürdiges Deckmäntelchen für traditionellen Protektionismus verwendet werden.

⁸⁵ PRIESS/PITSCHAS, S. 171 ff., insb. S. 187.

⁸⁶ Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 80], Punkt II/1.3 S. 13; vgl. auch Buying green!, a.a.O. [Fn. 77], S. 25.

⁸⁷ Max Havelaar-Urteil des EuGH, a.a.O. [Fn. 16], Rz. 73 ff.; vgl. dazu BEYELER, Kaffee, S. 262 f., und CLERC, Commentaire romand, N 132 ad Art. 5 BGBM.

derungen) es ist, desto eher entspricht es dem Gedanken des Vergaberechts. Entsprechend sieht Art. 12 Abs. 2 BÖB in Anlehnung an Art. VI GPA vor, dass die Auftraggeberin bei der Umschreibung der technischen Spezifikationen soweit als möglich Bezug nimmt auf internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen. Insbesondere die Zugänglichkeit der Dokumentation für die Anbieter wird ausdrücklich als entscheidender Gesichtspunkt erwähnt. Entsprechend sind auch private Labels als Grundlage für technische Spezifikationen zulässig wie etwa die Labels FSC oder PEFC für nachhaltige Waldbewirtschaftung⁸⁸. Einen Schritt weiter geht HAUSER, der die Meinung vertritt, dass sowohl für das schweizerische Recht als auch für das GPA auf die alternative Zulässigkeit individueller Nachweise verzichtet werden kann, wenn die Labels allgemein verbreitet, aussagekräftig und für alle Anbieter fair und innert vernünftiger Frist zugänglich sind. In diesem Fall ist es nach HAUSER den Anbietern zuzumuten, diese Form des Nachweises auf sich zu nehmen. Der genannte Autor schränkt seine Aussage allerdings sogleich wieder ein, wenn er festhält, soweit das GPA anwendbar sei, müsse sich die Verbreitung und Zugänglichkeit des Labels auf die Gesamtheit der Vertragsstaaten beziehen. Falls nicht alle diese Voraussetzungen erfüllt seien, müssten alternative Nachweise zugelassen werden⁸⁹. In gewisser Weise vergleichbar ist der Ansatz, welcher dem Artikel 43 der neuen EU-Richtlinie zugrunde liegt. Zwar sollen die Auftraggeberinnen alle Gütezeichen akzeptieren, welche bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen. Restriktiver sollen aber die Voraussetzungen sein, wenn es um andere Nachweise geht, welche keinen Zertifizierungsprozess beinhalten. Nur wenn die Gütezeichen nicht zugänglich sind, soll der Anbieter auf andere Weise nachweisen können, dass die Anforderungen erfüllt sind. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss auch, dass es nicht Sache der Auftraggeberin sein soll, die Nichtgleichwertigkeit nachzuweisen. Demgegenüber gilt nach Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG, dass die öffentlichen Auftraggeber jedes andere geeignete Beweismittel akzeptieren müssen⁹⁰. Darüber hinausgehend hat der EuGH erkannt, dass die Vergabestelle detaillierten Eigenschaften (das «Kleingedruckte»), welche dem Label zugrunde liegen, angeben muss, um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen⁹¹. Für das schweizerische Recht gilt nach dem

⁸⁸ Vgl. zum EU-Vergaberecht *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 77], S. 30 f.

⁸⁹ HAUSER, S. 353 f.

⁹⁰ Siehe auch *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 77], S. 31

⁹¹ *Max Havelaar-Urteil* des EuGH, a.a.O. [Fn. 16], Rz. 66 ff.; vgl. dazu BEYELER, Kaffee, S. 262, und CLERC, *Commentaire romand*, N 132 zu Art. 5 BGBM. In diesem Punkt sind die Schlussanträge der Generalanwältin JULIANA KOROTT, Rz. 52 und Rz. 56, ausdrücklich abgewichen. Der Logik der neuen Richtlinie entspricht die Sichtweise der Generalanwältin insoweit wohl eher als diejenige des EuGH.

Gesagten wohl nach wie vor, dass dem Anbieter der alternative Nachweis, dass er die technischen Spezifikationen erfüllt, grundsätzlich offen stehen muss.

V. Das Zuschlagskriterium «Umweltverträglichkeit» und der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

A Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Gemäss Art. 21 Abs. 1 BöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag, welches wiederum anhand von verschiedenen Zuschlagskriterien ermittelt wird. Dabei gibt es zwei Arten von Zuschlagskriterien. Einerseits handelt es sich um solche, die im Sinne von Gauch/Stöckli konkret-wirtschaftlich⁹² verstanden werden müssen wie namentlich der Preis, aber auch etwa die Betriebskosten⁹³. Das Zuschlagskriterium Preis ist dadurch geprägt, dass unter diesem Titel nur Aspekte berücksichtigt werden dürfen, die einen konkret-wirtschaftlich messbaren Vorteil für die Vergabestelle mit sich bringen. Das gilt auch für die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten im Sinne von Art. 27 Abs. 2 VöB, welche auf dem Total Cost of Ownership-Ansatz aufbauen. Die Lebensdauerkosten werden gemäss Erläuterndem Bericht verstanden als Kosten, die für den Betrieb, den Unterhalt, die allfällige Weiterentwicklung und die Entsorgung entstehen⁹⁴. Es wäre demnach de lege lata nach der hier vertretenen Auffassung – anders als nach dem neuen EU-Richtlinienrecht, welches unter «life-cycle costing» im Sinne des neuen Artikels 68 ausdrücklich auch «environmental externalities» versteht⁹⁵ – unzulässig, in der Rubrik Preis oder Kosten gestützt auf Energiebilanzen externe Kosten der Nutzung nicht umweltfreundlicher Energie mitzubewerten⁹⁶. Andererseits gibt es neben Preis und Kosten als konkret-

⁹² GAUCH/STÖCKLI, S. 22.

⁹³ De lege ferenda wird in Art. 32 Abs. 2 VE und Art. 39 Abs. 3 VE BöB der Begriff «monetäre Zuschlagskriterien» verwendet (vgl. auch Erläuternder Bericht Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1606/Bericht.pdf>, zuletzt besucht am 7. März 2014), S. 50 zu Art. 32 Abs. 2 VE BöB. Nach dieser Konzeption ist das Zuschlagskriterium «Umweltverträglichkeit» allerdings auch dann «nicht monetär», wenn sich der geringere Treibstoffverbrauch langfristig auch «monetär» auszahlt.

⁹⁴ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 17], S. 21.

⁹⁵ Vgl. zum vergleichbaren Entwurf der Kommission etwa CLERC, Commentaire romand, N 133 ad Art. 5 BGBM.

⁹⁶ STEINER, Swiss Approach, S. 73 ff., insb. S. 75 f. Vgl. zum aus umweltpolitischer Sicht naheliegenden Wunsch, externe Umweltkosten zu internalisieren, bereits KROHN, S. 30 ff. mit

wirtschaftlichen Aspekten auch Zuschlagskriterien, die sich nicht direkt im Sinne eines monetären Vorteils auswirken, sondern vielmehr in Abwägung gegenüber dem Preis der Ermittlung des richtigen Verhältnisses zwischen Preis und Leistung dienen. Das gilt insbesondere in Bezug auf die Qualität des nachgefragten Produkts (Art. 21 Abs. 1 BÖB). Die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (bzw. «Kosten-Leistungsverhältnisses») der Angebote durch die Würdigung aller Zuschlagskriterien ist «der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens»⁹⁷. Damit ist das wirtschaftlich günstigste oder vorteilhafteste Angebot («most advantageous tender»⁹⁸; vgl. auch «best value for money»⁹⁹) als Antwort auf die Frage nach dem Preis-Leistungs-Verhältnis definitionsgemäss nicht das billigste¹⁰⁰.

- 14 Aus dem Vergleich mit der internationalen Regulierung des Vergaberechts – das GPA kennt in Art. XIII Abs. 4 lit. b bekanntlich die freie Wahl zwischen niedrigstem Preis und vorteilhaftestem Angebot unter Berücksichtigung mehrerer Bewertungskriterien¹⁰¹ – erhellt, dass das Bekenntnis zu einer Mehrzahl von Zuschlagskriterien als Regel und damit zum Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Unterschied zur blossen Frage nach dem günstigsten Preis bereits die Orientierung am Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung des Qualitätswettbewerbs mit sich bringt¹⁰². Art. 21 Abs. 1 BÖB bringt in diesem Sinne eine klare Wahl zum Ausdruck¹⁰³. Entsprechend hält der Erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision fest, ursprünglich seien das preislich günstigste und das wirtschaftlich günstigste Angebot eher als gleichwertige Alternativen vorgesehen gewesen; indessen sei diese Wahlfreiheit in den parlamentarischen Beratungen eingeschränkt worden¹⁰⁴. Dies erkennt man deutlich am Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 BÖB in der schliesslich beschlossenen Fassung. Nach dieser Bestimmung kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch nach dem Kriterium

Hinweisen auf die praktischen Probleme dieser Internalisierung.

⁹⁷ Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 93], S. 54 zu Art. 39 Abs. 3 VE BÖB; vgl. auch das BGer 2P.274/1999, 02.03.2000 (Girsbergunnel), E. 3f, und zum deutschen Recht OPITZ, S. 12 ff., S. 13 mit Hinweisen.

⁹⁸ Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA.

⁹⁹ Vgl. dazu etwa ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO S. 4.

¹⁰⁰ Siehe nur GANZ, S. 14; bauenschweiz weist mit Positionspapier vom 9. November 2012 darauf hin, dass faktisch gleichwohl oft einzig der Preis entscheide, was nicht im wohlverstandenen Interesse der öffentlichen Hand sein könne; es müsse vielmehr zu einer Gesamtbeurteilung kommen.

¹⁰¹ ESSEIVA, Les problèmes liés au prix, S. 27 ff., S. 27 mit Fn. 5; vgl. dazu auch KUNNERT, S. 275.

¹⁰² Vgl. dazu rechtsvergleichend BRAUN/KAPPENMANN, S. 544 ff., insb. S. 545.

¹⁰³ BVGer B-743/2007 E. 2.2.3.3 (16.12.2011); RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, S. 372 f.

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 93], S. 54 zu Art. 39 Abs. 2 VE BÖB.

des niedrigsten Preises erfolgen¹⁰⁵. Demgegenüber hatte der Entwurf gemäss GATT-Botschaft 2¹⁰⁶ gelautet, der Zuschlag könne «ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen», ohne dass dafür besondere Voraussetzungen genannt worden wären. Indessen war bereits schon in der Botschaft erläuternd festgehalten worden, der Zuschlag allein aufgrund des niedrigsten Preises komme «praktisch nur bei der Beschaffung standardisierter Güter vor»¹⁰⁷. Diese Erläuterung ist aufgrund des Einzelantrages Baumberger zum Gesetzestext erhoben worden¹⁰⁸. Aufbauend auf den Merksatz «Qualität ist langfristig stets das Billigste» hat die Begründung des Einzelantrags namentlich dahingehend gelautet, es müsse der «Preis als ausschliessliches Kriterium auf einen Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter einschränken, [...] Nur in diesem Falle könne [der Preis] das einzige Kriterium sein.»¹⁰⁹ Damit ist sowohl aufgrund des Wortlauts aber auch angesichts der Entstehungsgeschichte der geltenden Fassung von Art. 21 Abs. 3 BöB ohne weiteres der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber ein derartiges Vorgehen bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern und namentlich bei Dienstleistungen als nicht sachgerecht erachtet¹¹⁰. Die Beschaffung nach dem Konzept des wirtschaftlich günstigsten Angebots soll demnach nach geltendem Recht die Regel sein, wogegen die Beschaffung nach dem niedrigsten Preis eher die Ausnahme ist¹¹¹, und wobei der Vergabestelle ein gewisses Ermessen bei der Definition des Begriffs «weitgehend standardisiert» zukommt¹¹². BAUDENBACHER geht weiterführend davon aus, dass die Qualitätssensitivität nicht nur im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne eines Erfolgsrezepts eine Schweizer Eigenart ist¹¹³. Dementsprechend hat etwa bereits GANZ betont, das öffentliche Vergaberecht stelle der nachhaltigen Beschaffung keine Hindernisse in den Weg¹¹⁴. In dieselbe Richtung bewegt sich neu auch das europäische Vergaberecht, wenn in Artikel 67 Abs. 2 der neuen klassischen Richtlinie gesagt wird, die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass

¹⁰⁵ Nach Sinn und Zweck der Bestimmung muss – so das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich – die Standardisierung der Leistung so weit gehen, dass die Vergabestelle auch ohne Verwendung weiterer Zuschlagskriterien mit einer ihren Bedürfnissen genügenden Leistung rechnen kann (VGer ZHVB.2003.00116 E. 3d [11.09.2003]).

¹⁰⁶ BBl 1994 IV 1211.

¹⁰⁷ GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1193.

¹⁰⁸ Amtliches Bulletin NR 1994 IV 2303 f.; im Ständerat unbestritten geblieben mit dem Hinweis, es gehe «lediglich um eine Präzisierung» (Amtliches Bulletin SR 1994 IV 1317).

¹⁰⁹ Amtliches Bulletin NR 1994 IV 2302.

¹¹⁰ WOLF, S. 17; STEINER, Sekundärzwecke, S. 3 mit Fn. 17; Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 93], S. 54 zu Art. 39 Abs. 2 VE BöB.

¹¹¹ Anders wohl unter Begünstigung des reinen Preiswettbewerbs RHINOW/SCHMID/BIAGINI/UHLMANN, § 19 Rz. 42.

¹¹² Vgl. dazu das VGer ZHVB.2003.00116 (11.09.2003).

¹¹³ BAUDENBACHER, S. 419 ff., insb. S. 454.

¹¹⁴ GANZ, S. 15.

die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen¹¹⁵. Alternativ ist vorgesehen, dass die Verwendung dieser Kriterien auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränkt werden kann. Ob der Wirtschaftlichkeitsbegriff nach Art. 21 BöB dann doch noch Grenzen setzt, entscheidet sich namentlich bei Gewichtungsvorgaben¹¹⁶ etwa betreffend das Mindestgewicht des Preises.

B Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit als Qualitätsaspekt

- 15 Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit ist in Art. 21 Abs. 1 BöB ausdrücklich vorgesehen. Mit der per 1. Januar 2010 in Kraft getretenen VöB-Revision ist der Kriterienkatalog durch die Aspekte Nachhaltigkeit und Innovationsgehalt ergänzt worden. GAUCH/STÖCKLI haben die Umweltverträglichkeit inspiriert durch die EU-Kommission (Meinungsstand vor Ergehen des EuGH-Entscheids in Sachen Concordia Bus Finland¹¹⁷) als Vergabekriterium konkret-wirtschaftlich verstanden. Nach dieser Konzeption dürfen Umweltaspekte nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für die Vergabestelle mit einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verbunden sind¹¹⁸. So interpretiert kann ein geringerer Energieverbrauch, der sich auf die Betriebskosten günstig auswirkt, etwa einen höheren Anschaffungspreis rechtfertigen¹¹⁹. Selbstverständlich kann die Methode bzw. die Art der Berücksichtigung von Servicekosten wieder rechtliche «Bedenken» wecken¹²⁰. Soweit Umwelteigenschaften Auswirkungen auf die bei der Vergabestelle anfallenden Lebenswegkosten haben können, ist die Zulässigkeit der Berücksichtigung demnach unbestritten. Wenn darin aber die einzige mögliche Art der Berücksichtigung bestünde, wäre das Kriterium Umweltverträglichkeit letztlich überflüssig und würde im Kriterium Kosten aufgehen, was gegen eine entsprechende Auslegung spricht. Was gilt nun aber in Bezug auf das Verständnis der Umweltverträglichkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BöB? In der GATT-Botschaft 2 wird der Begriff der Umweltverträglichkeit anhand von Beispielen erläutert. Demnach können darunter etwa «geringe Schad-

¹¹⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte und der Position des Europäischen Parlaments STEINER, *Swiss Approach*, S. 75 f. mit Hinweisen.

¹¹⁶ BVGer B-743/2007 E. 2.2.3.3 (16.12.2011), Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 E. 6 (19.07.2009) mit Hinweisen; BEYELER, *Kaffee*, S. 263 f., Anmerkung 4.

¹¹⁷ Nach KUNZLIK, S. 143, ist diese Auffassung der Kommission aus heutiger Sicht unhaltbar.

¹¹⁸ GAUCH/STÖCKLI, S. 22; so wohl auch ESSEIVA, *Urteilsanmerkung in: BR/DC 2/2000*, S. 56 (S6).

¹¹⁹ GROLIMUND, S. 37 f. mit den in Fn. 170 enthaltenen Hinweisen; GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1193.

¹²⁰ VGer ZHVB.2009.00623 E. 4.1 (10.02.2010), *Beamerlampen*.

stoffbelastung, Entsorgung, Schonung von Ressourcen, Reparierbarkeit etc. verstanden werden»¹²¹. Daraus haben wiederum GALLI/MOSER/LANG/CLERC im Sinne der historischen Auslegung geschlossen, dass damit die aus dem Beschaffungsgegenstand selbst fließenden Vorteile (für die Stadt, in welcher die schadstoffarmen Busse fahren) gemeint sind¹²². Somit ergibt sich zugleich, dass die Möglichkeit der Berücksichtigung globaler Umweltaspekte nicht selbstverständlich ist¹²³. Hauser führt in diesem Zusammenhang allerdings aus, dass die «Schonung von Ressourcen», welche in der Botschaft als möglicher Gesichtspunkt genannt wird, eindeutig globale Bedeutung hat¹²⁴. GALLI/MOSER/LANG/CLERC verweisen, da sie den Willen des historischen Gesetzgebers weniger weit interpretieren als Hauser, insoweit auf die Möglichkeit der objektiv-zeitgemässen Auslegung von Art. 21 BöB¹²⁵. Dafür spricht auch die Auslegung des Vergaberechts des Bundes mit Blick auf die zum Zeitpunkt des Erlasses der BöB noch nicht in dieser Form verankerten Nachhaltigkeitsziele der Bundesverfassung¹²⁶. Nach GALLI/MOSER/LANG/STEINER lässt sich schliesslich der EuGH-Entscheid in Sachen EVN/Wienstrom als Auslegungshilfe heranziehen, nach welchem unter Wahrung des hinreichenden Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand die Berücksichtigung von globalen Umweltinteressen im Rahmen der Zuschlagskriterien ausdrücklich zulässig ist¹²⁷. Richtig ist aber auch, dass in Bezug auf die Berücksichtigung des Herstellungsprozesses die Protektionismusfalle zuzuschnappen droht, wie TRÜEB treffend feststellt¹²⁸. Nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach mit TRÜEB festzuhalten, dass es unzulässig ist, im Rahmen von technischen Spezifikationen die Herkunft von zertifiziertem Holz aus Schweizer Wäldern vorzuschreiben. Unproblematisch ist demgegenüber ebenso wie die technische Spezifikation «FSC-Holz oder gleichwertig» die Belohnung von Anbietern mit Extrapunkten im Rahmen der Bewertung des Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit, welche einen grösseren Teil der nachgefragten Ware aus nachhaltiger Forstwirtschaft anbieten¹²⁹. In diesem Sinne wird denn auch rechtsvergleichend in Art. 67 Abs. 3 der neuen klassischen EU-Richtlinie ausdrücklich gesagt, dass das Erfordernis des hinreichend engen Zusammen-

¹²¹ BBl 1994 IV 950 ff., S. 1193.

¹²² GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 522.

¹²³ So hat etwa OPITZ festgehalten, vergaberechtlich irrelevant sei auch der Nutzen, der nicht beim Auftraggeber eintritt (OPITZ, S. 12 ff., S. 14).

¹²⁴ HAUSER, S. 375 mit Hinweis auf die GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1193.

¹²⁵ GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Rz. 522 in fine.

¹²⁶ STEINER, Swiss Approach, S. 74 f.

¹²⁷ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 839 mit Fn. 1751.

¹²⁸ TRÜEB, BöB-Kommentar, N 15 zu Art. 21 BöB, spricht von einem «Einfallstor für protektionistische Massnahmen»; im gleichen Sinne GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 839 in fine, sowie CLERC, Commentaire romand, N 133 ad Art. 5 BGBM.

¹²⁹ Anders wohl TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 502.

hangs mit dem Auftragsgegenstand auch Faktoren einschliesst, welche mit dem spezifischen Prozess der Herstellung zusammenhängen. Damit darf die Rechtsauffassung, wonach alle Aspekte, welche als technische Spezifikation möglich sind, auch im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit zulässig sind¹³⁰, nunmehr als zunehmend etabliert gelten. Im Rahmen der Qualitätsaspekte ist es demnach auch problemlos möglich, die bessere CO₂-Bilanz zu belohnen, womit faktisch ein Minus an externen Kosten gegen den Preis aufgewogen wird, was im Ergebnis zur Internalisierung externer Kosten führt, wenn auch im Unterschied zum neuen EU-Richtlinienrecht nicht in der Form von Kostenbestandteilen¹³¹.

VI. Fair trade als Zuschlagskriterium

- 16 Mit der Regelung betreffend die Kernarbeitsnormen als Mindeststandard ist das Thema Fair Trade für das schweizerische Recht *de lege ferenda* nicht erledigt. Der EuGH hat mit dem Max Havelaar-Entscheid erkannt, dass fair trade-Anforderungen *als Zuschlagskriterien* mit dem Richtlinienrecht vereinbar sind¹³². Vorher war deren Berücksichtigung bereits im Rahmen von Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG möglich. Im Rahmen der Totalrevision BöB (VE BöB 2008) ist zu im Erläuternden Bericht quasi – je nach politischer Optik – im Sinne eines diskreten Appetithäppchens für die NGOs oder im Sinne der verpönten Bereitschaft zum ordnungspolitischen Sündenfall festgehalten worden, es stehe der Vergabestelle nach künftigem Vergaberecht grundsätzlich frei, von den Anbieterinnen auf vertraglicher Basis zu verlangen, dass sie weitere Anforderungen erfüllen müssen.¹³³ Wenn damit wirklich das angedeutet werden sollte, was einige Vernehmlassungsadressaten interpretiert haben, nämlich dass damit vergabefremde Aspekte *de lege ferenda* nach dem Vorbild von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG im Rahmen einer separaten Kategorie ausserhalb von Ausschlussgründen, Eignungs- und Zuschlagskriterien – «auf vertraglicher Basis» – berücksichtigt werden können,¹³⁴ dann gehört dieser Satz nicht in die Materialien, sondern aufgrund des anzuwendenden Konzepts des materiellen Gesetzesbegriffs im Sinne von Art. 164 BV ins künftige Beschaffungsgesetz selbst. Die Berücksichtigung (zumindest nach bisherigem Verständnis) vergabefremder Kriterien bedarf auf jeden Fall einer formell-

¹³⁰ STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung, S. 56 f. mit Fn. 230 und S. 86 ff.

¹³¹ STEINER, Swiss Approach, S. 76.

¹³² EuGH-Urteil im Max Havelaar-Fall, a.a.O. [Fn. 16], Rz. 91 16; BEYELER, Kaffee, S. 263; CLERC, Commentaire romand, N 132 ad Art. 5 BGBM.

¹³³ Erläuternder Bericht Vernehmlassungsvorlage Totalrevision, a.a.O. [Fn. 93], S. 44.

¹³⁴ Zusammenstellung der Stellungnahmen vom 5. August 2009, a.a.O. [Fn. 24], S. 155.

gesetzlichen Grundlage¹³⁵. Dies entspricht auch der Bedeutung derartiger Ausnahmen aus der Sicht des Vergaberechts¹³⁶. Folgerichtig spricht etwa das Verwaltungsgericht Aargau von positivrechtlich geregelten vergabefremden Kriterien¹³⁷. Auf denselben Prämissen baut auch das Urteil VB.2012.00055 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2012 auf. Nach der Regeste darf das nicht am Nutzen des Angebots orientierte Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung nur aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung berücksichtigt werden; eine solche ist demgegenüber für weitere sozialpolitische Kriterien nicht vorhanden. Daraus ergibt sich unter anderem, dass etwa die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung nach geltendem Vergaberecht des Bundes unzulässig ist¹³⁸. Trotz nicht abschliessender Aufzählung der Zuschlagskriterien in Art. 21 Abs. 1 BÖB würde der Einbezug von fair trade-Aspekten entgegen bisher herrschender Ansicht den Rahmen objektivzeitgemässer Auslegung nach der hier vertretenen Auffassung sprengen. Selbst wenn man im Übrigen davon ausgehen würde, dass eine Änderung von Art. 27 VöB für die Einführung sozialer Zuschlagskriterien genüge, könnte das eher unbestimmte Kriterium «Nachhaltigkeit» dazu nur dienen, wenn zumindest aus dem Erläuternden Bericht in einer gewissen Klarheit hervorgehe, dass diesbezüglich ein Paradigmenwechsel gewollt ist. Davon kann jedoch nach der hier vertretenen Auffassung keine Rede sein¹³⁹. Unabhängig davon, ob der faire Handel etwa nach Schweizer Art als mehr oder weniger moderat gewichtetes Zuschlagskriterium¹⁴⁰ oder inspiriert durch die Richtlinie 2004/18/EG (vor Ergehen des Max Havelaar-Urteils) als Bedingung für

¹³⁵ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19 Rz. 19 S. 358; anders wohl HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1418.

¹³⁶ Vgl. dazu nur MARX, insb. S. 81; siehe zur Entstehungsgeschichte des deutschen Vergaberechtsänderungsgesetzes in Bezug auf diese Frage DAGEFÖRDE, Umweltschutz, S. 28 ff. und S. 222 f.

¹³⁷ Entscheid vom 28. Mai 1999, publiziert in: BR/DC 2/2000, S. 57 (S10 und S11). So im Ergebnis auch GAUCH/STÖCKLI, S. 28, wenn sie als Ausnahmen von der Unzulässigkeit diejenigen vergabefremden Kriterien vorbehalten, die nach Massgabe des anwendbaren Vergaberechts berücksichtigt werden müssen oder dürfen.

¹³⁸ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, S. 413 Rz. 917; STEINER, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte, S. 16 und spezifisch in Bezug auf Fair Trade-Aspekte auf Bundesebene S. 34 f.; anderer Auffassung wohl BEYELER, Kaffee, S. 263 f. Anmerkung 4. Vgl. zur eher symbolischen Regelung betreffend die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung bei gleichwertigen Angeboten Art. 27 Abs. 3 VöB und dazu BEYELER, revidierte BÖB, S. 106 ff., und zum Ganzen neuerdings die Stellungnahme des Bundesrates zur parlamentarischen Initiative 03.445 vom 3. Juli 2013 (BBl 2013 5457 ff.) sowie den Beschluss des Nationalrats vom 10. März 2014.

¹³⁹ Auch diesbezüglich wohl anderer Ansicht BEYELER, Kaffee, S. 263 f. Anmerkung 4.

¹⁴⁰ Vgl. zu den Gewichtungsvorgaben etwa in Bezug auf die Lehrlingsausbildung GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 930 mit Hinweisen auf die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich; zur Gewichtung von fair trade-Aspekten etwa STEINER, Gütesiegel, S. 136, und grosszügiger Beyeler, KAFFEE, S. 263 f. Anmerkung 4.

die Auftragsausführung konzipiert wird, wird sich jedenfalls die Frage stellen, ob dieser Gesichtspunkt berücksichtigt werden soll.¹⁴¹

VII. Fazit

- 17 Die Rechtsprechung des EuGH, namentlich die Fälle *Helsinki Bus*, *EVN/Wienstrom* und *Max Havelaar*, haben die rechtliche Landschaft entscheidend verändert¹⁴², was sich auch auf die Schweiz schon ausgewirkt hat und möglicherweise weiterhin auswirken wird. Das neue EU-Richtlinienrecht kann als klares Bekenntnis zur nachhaltigen Beschaffung verstanden werden, was ebenfalls rechtsvergleichend von Bedeutung ist. Für die Schweiz darf bereits die Änderung der VöB-Revision vor allem in Bezug auf die ILO Core Labour Standards (Art. 7 Abs. 2 VöB) als Paradigmenwechsel gelten. Entscheidend scheint aber die übergeordnete Erkenntnis, dass eine Mindestkohärenz der Rechtsordnung in dem Sinne herzustellen ist, dass die Binnenmarkt- und Marktzugangslogik als Teil des materiellen Wirtschaftsverfassungsrechts nicht absolut gesetzt werden können. Dementsprechend bildet der Umweltschutz auch ein anerkanntes öffentliches Interesse, mit welchem die Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt werden kann. Daraus ergibt sich für das Vergaberecht, dass eine gewisse Durchlässigkeit im Sinne geeigneter Rahmenbedingungen für die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen erwünscht ist, ohne dass aber die traditionellen primären Zwecksetzungen des Vergaberechts deswegen in nicht hinnehmbarer Weise relativiert werden sollen; es geht um eine ausgewogene Balance¹⁴³. Das Vergaberecht ist eine Rahmenordnung, die weder für Privatisierung noch für Rekommunalisierung spricht, sondern einfach sagt, was gilt, wenn ein Wettbewerb organisiert werden soll¹⁴⁴. Genauso soll die Rahmenordnung funktionieren unabhängig davon, ob eine Energiewende vollzogen wird oder nicht. Wie das BöB im Sinne von «what to buy»-Vorgaben nicht zur umweltfreundlichen Beschaffung verpflichtet, soll es diese auch nicht verunmöglichen. Die anvisierte Balance setzt Differenzierungen in Bezug auf die verschiedenen Kategorien des Vergaberechts voraus. Wer nur politische Ziele formuliert und so der Auseinandersetzung mit rechtsdogmatischer Argumentation im Ergebnis auszuweichen sucht, wird wahrscheinlich an der Logik des Vergaberechts scheitern. In diesem Sinne darf man auf die anroll-

¹⁴¹ Vgl. dazu etwa die Motion Corrado Pardini vom 12. September 2012 (Curia Vista Geschäftsnummer 12.3693).

¹⁴² Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH etwa CLERC, *Commentaire romand*, N. 131 f. ad Art. 5 BGBM. Nach dieser Autorin ist es nützlich, sich auch für das schweizerische Recht rechtsvergleichend auf die Rechtsprechung des EuGH zu beziehen.

¹⁴³ STEINER, *Umweltfreundliche Beschaffung*, S. 101 ff.

¹⁴⁴ BVGE 2011/17 E. 2

lende Gesetzgebung (parallele Revision des Vergaberechts von Bund und Kantonen) besonders gespannt sein.

Literaturverzeichnis

ARROWSMITH SUE, *Government Procurement in the WTO*, Den Haag 2003

ARROWSMITH SUE/KUNZLIK PETER, *General Principles*, in: Arrowsmith/Kunzlik (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 21 ff.

BAUDENBACHER CARL, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, in: ZSR 2012 II S. 419 ff.

BAUDENBACHER CARL/GLÖCKNER JOCHEN, *Kommentierung zu Art. 7 UWG*, in: Baudenbacher (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2001

BEYELER MARTIN, *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Zürich 2008 (zit. Ziele)

BEYELER MARTIN, *Kaffee: Bio und Fair Trade*, in: BR/DC 2012, S. 262 ff. (zit. Kaffee)

BEYELER MARTIN, *Die revidierte BöB – ein Kurzkommentar*, in: BR/DC 2010, S. 106 ff. (zit. revidierte BöB)

BIAGGINI GIOVANNI, *Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens*, in: Thürer Daniel et alii (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU*, Zürich 2007

BRAUN JOACHIM/KAPPENMANN JÜRGEN, *Die Bestimmung des wirtschaftlichsten Bieters nach den Zuschlagskriterien der Richtlinie 2004/18/EG*, in: NZBau 2006, S. 544 ff.,

BRUNETTI Aymo, *Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen*, in: *Nuove tendenze negli appalti pubblici in Italia, in Svizzera e nell'unione europea*, Milano 2002

CLERC, *Commentaire de l'art. 5 LMI*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. Commentaire romand)

DAGEFÖRDE ANGELA, *Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe*, Berlin 2004

ESSEIVA DENIS, Les problèmes liés au prix, in: BR/DC 2004, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 27 ff.

GALLI PETER/LEHMANN DANIEL/RECHSTEINER PETER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/CLERC EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007

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

GANZ GEORGE, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG 1/2003, S. 5 ff.

GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999

GROLIMUND PASCAL, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004

HAUSER MATTHIAS, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, in: URP 2002, S. 339 ff. (zit. Umweltaspekte)

HAUSER MATTHIAS, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP 2001, S. 1405 ff. (zit. Zuschlagskriterien)

KROHN WOLFRAM, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, Köln 2003

KUNNERT GERHARD, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998

KUNZLIK PETER, Green Procurement under the new regime, in: Nielsen/Treumer (Hrsg.), The New EU Public Procurement Directives, Kopenhagen 2005, S. 117 ff.

LANG HERBERT, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBl 2000, S. 225 ff.

MARX FRIDHELM, Vergabefremde Aspekte im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, in: Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechtes, Baden-Baden 2000, S. 77 ff.

MICHEL NICOLAS/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998

OPITZ MARC, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberichts, in: NZ-Bau 2001, S. 12 ff.

- PRIESS HANS-JOACHIM/PITSCHAS CHRISTIAN, Secondary Policy Criteria and their Compatibility with E.C. and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration, in: PPLR 2000, S. 171 ff.
- PÜNDER HERMANN, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im GPA, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
- SCHÄFER PETER, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013
- STEINER MARC, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, in: European Law Reporter 2010, S. 189 ff. (zit. Die Berücksichtigung der Mehreignung)
- STEINER MARC, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung (IGÖB), 2. Fassung 2010 (zit. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte)
- STEINER MARC, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes, 2006 (zit. Die umweltfreundliche Beschaffung)
- STEINER MARC, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung, in: European Law Reporter 2012, S. 130 ff. (zit. Gütesiegel)
- STEINER MARC, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?, in: EPPPL 2013, S. 73 ff. (zit. Swiss Approach)
- STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, in: BR/DC 2004, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 54 ff. (zit. Nachhaltige Beschaffung)
- STEINER MARC, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, in: Jusletter vom 16. Januar 2012 (zit. Sekundärziele)
- STÖCKLI HUBERT, Einführung, in: Das Vergaberecht der Schweiz, 8. Aufl., Zürich 2012, S. 23

TRÜEB HANS RUDOLF, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011

TRÜEB HANS RUDOLF, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 502

WETTBEWERBSKOMMISSION, Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, in: RPW 2006, S. 392 ff.

WOLF ROBERT, Der Angebotspreis, in: BR/DC 2004, Sonderheft Vergabetaugung 2004, S. 12 ff.