

Marc Steiner  
lic.iur., Rechtsanwalt,  
Gerichtspräsident II am Bezirksgericht Aarau,  
Graben 35, 5000 Aarau, Tel. 062 836'56'75

## **Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen**

Vergaberechtliche Studie

erstellt im Auftrag der  
Beschaffungskommission des Bundes (BKB)

Aarau, im Februar 2006

## **Inhaltsübersicht**

A. Abkürzungen	6
B. Literatur	8
C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente	14
I. Einleitung	15
1. Umschreibung des Auftrages	15
2. Ausgangslage	16
3. Vorbemerkung aus vergaberechtsdogmatischer Sicht	18
II. Der verfassungsrechtliche Kontext	20
1. Das Beschaffungsrecht des Bundes als Konkretisierung des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts	20
2. Die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und des Binnenmarktgesetzes im Interesse des Umweltschutzes	21
3. Der Nachhaltigkeitsgedanke bzw. die Verankerung desselben in der geltenden Bundesverfassung vom 18. April 1999	22
III. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen	24
1. Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?	24
2. Art. III GPA als Schranke für die Berücksichtigung ökologischer Aspekte	28
3. Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA	30
3.1 Art. VI GPA: Technische Spezifikationen	30

3.1.1	Marktbeschränkung durch technische Spezifikationen allgemein . . . . .	30
3.1.2	Marktbeschränkung durch ökologische technische Spezifikationen . . . . .	31
3.1.3	Herstellungsbedingungen als technische Spezifikationen	32
3.2	Art. VIII GPA: Die Qualifikation der Anbieter (Qualification of Suppliers) . . . . .	34
3.3	Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung (Award of Contracts)	36
3.4	Art. XXIII GPA: Ausnahmebestimmungen (Exceptions) .	38
IV.	Das EG-Vergaberecht und die umweltfreundliche Beschaffung . . .	41
1.	Was bedeutet das europäische Vergaberecht für die Schweiz? . . .	41
2.	Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs . . . . .	42
2.1	Der Fall Concordia Bus Finland (Helsinki Bus Case). . . . .	42
2.2	Der Fall EVN / Wienstrom . . . . .	45
3.	Die neuen EU-Vergaberichtlinien . . . . .	48
3.1	Missachtung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund	50
3.2	Ökologisches Know-how als Eignungskriterium und Umweltmanagementsysteme . . . . .	51
3.3	Umweltanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen	52
3.4	Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterium . . . . .	53
3.5	Umweltanforderungen als „additional criteria“ bzw. zulässige vergabefremde Aspekte . . . . .	54
4.	Das neue Handbuch zur ökologischen Beschaffung . . . . .	56
V.	Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte innerhalb der verschiedenen vergaberechtlichen Kategorien nach schweizerischem Recht . . .	58
1.	Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund	58
1.1	Auswahl der Anbieter, Ausschlussgrund und Eignungskriterium	58

1.2	Verletzung des umweltschutzrechtlichen Mindeststandards als Ausschlussgrund – ein Wettbewerbsargument? . . . . .	59
1.3	Die Verletzung umweltschutzrechtlicher Mindeststandards durch ausländische Anbieterinnen und Anbieter . . . . .	61
2.	Ökologisches Know-how als Eignungskriterium . . . . .	62
2.1	Vorbemerkung: Die offene Legiferierungsmethode gemäss Art. 9 Abs. 1 BoeB . . . . .	62
2.2	Der Begriff der Eignung und umweltspezifische Anforderungen an den Anbieter . . . . .	63
2.2.1	Der Begriff der Eignung . . . . .	63
2.2.2	Gibt es umweltspezifische Eignungskriterien? . . . . .	64
2.3	Die Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen im Rahmen der Eignungsprüfung . . . . .	65
2.3.1	Kann ein Umweltmanagementsystem als Eignungsnachweis dienen? . . . . .	65
2.3.2	Exkurs: Der „Depotcontainer“-Beschluss des Oberlandesgerichts Saarbrücken . . . . .	67
2.4	Zusammenfassende Feststellungen zu umweltspezifischen Anforderungen an Anbieter als Eignungskriterien . . . . .	68
3.	Ökologische Anforderung in der Form von technischen Spezifikationen 69	
3.1	Die Umschreibung des Gegenstandes der Beschaffung und der Begriff der technischen Spezifikation . . . . .	69
3.2	Die Zulässigkeit umweltspezifischer technischer Spezifikationen allgemein . . . . .	69
3.3	Massgeschneiderte technische Spezifikationen und freihändige Vergabe . . . . .	72
3.4	Die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der technischen Spezifikationen . . . . .	74
3.5	Die Verwendung von Umweltzeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen . . . . .	76
4.	Das Zuschlagskriterium „Umweltverträglichkeit“ und der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots . . . . .	78
4.1	Die Umweltverträglichkeit als konkret-wirtschaftlicher Aspekt . . . . .	78

4.2	Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots	79
4.3	Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB	81
4.4	Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots als Schranke für die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit	83
4.5	Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“	86
4.6	Die Berücksichtigung der Transportwege im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“	89
5.	Erhöhte Anforderungen an die Transparenz der umweltfreundlichen Beschaffung?	94
6.	Die Berücksichtigung des Umweltschutzes in Form eines vergabefremden Kriteriums (de lege ferenda)	97
VI.	Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung als Aufgabe des Beschaffungsrechts	101
VII.	Zusammenfassung der Ergebnisse	104
1.	Ausgangslage	104
2.	Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen	105
3.	Das EG-Vergaberecht und die umweltfreundliche Beschaffung	106
4.	Möglichkeiten und Grenzen in Bezug auf die umweltfreundliche Beschaffung nach dem Vergaberecht des Bundes	108
4.1	Anforderungen an Anbieter: Der Mindeststandard der Umweltschutzgesetzgebung	108
4.2	Anforderungen an Anbieter: Die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten im Rahmen der Eignungsprüfung	109
4.3	Anforderungen an Produkte in Form von technischen Spezifikationen	109

4.4	Anforderungen an Produkte oder Leistungen in Form von Bewertungsvorteilen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit	110
4.5	Dürfen Umweltaspekte auch dann berücksichtigt werden, wenn sie sich nicht direkt zugunsten der Vergabestelle auswirken?	111
4.6	Die Berücksichtigung von Umweltaspekten in Form eines vergabefremden Kriteriums (de lege ferenda)	113
5.	Die Balance zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung als Ziel	114

## A. Abkürzungen

aBV	(alte) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
aIVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BoeB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
Botschaft BGBM	Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BBl 1995 I 1213 ff.
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GATT-Botschaft 1	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde), BBl 1994 IV 1 ff.

GATT-Botschaft 2	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BB1 1994 IV 950 ff.
GPA	Government Procurement Agreement vom 15. April 1994 = WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422; auch zitiert als: ÜoeB)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 in der revidierten Fassung vom 15. März 2001 (AS 2003, 196; SR 172.056.5)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz; SR 173.110)
PPLR	Public Procurement Law Review
ÜoeB	siehe unter GPA
URP	Umweltrecht in der Praxis
VoeB	Verordnung des Bundesrates vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRöB	Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (2. Mai 2002)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WTO	World Trade Organisation
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

## **B. Literatur**

SUE ARROWSMITH, Secondary Policies under the GPA, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 325 ff.

SUE ARROWSMITH, Technical Specifications, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 303 ff.

REGINE BARTH /ALMUTH FISCHER, The European legal regime on green public procurement, in Christoph Erdmenger (Hrsg.), Buying into the Environment, Sheffield 2003, S. 51 ff.

REGINE BARTH /ALMUTH FISCHER, Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz: Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 2002, S. 1184 ff.

MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004

GIOVANNI BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Zürich 2003

GIOVANNI BIAGGINI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (zitiert als: Abkommen), in: Daniel Thürer et alii (Hrsg), Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 307 ff.

MIRJAM BLAAS, Ökologische Aspekte im Vergaberecht, Zürich 2004

CHRISTINE BREINING- KAUFMANN, Ein Sieg für die Umwelt? – Der Entscheid der WTO im Asbest-Streit zwischen Kanada und der Europäischen Union, in: AJP 2001, S. 1169 ff.

AYMO BRUNETTI, Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Nuove tendenze negli appalti pubblici in Italia, in Svizzera e nell'unione europea, Milano 2002, S. 61 ff.

PETER FRIEDRICH BULTMANN, Beihilferecht und Vergaberecht, Tübingen 2004

MARC BUNGENBERG, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 2003, S. 314 ff.



MARC BUNGENBERG, Das Binnenmarktkonzept im Lichte anderer Gemeinschaftsziele am Beispiel des Umweltschutzes (zitiert als: Binnenmarktkonzept), in: EuR 2004, S. 57 ff.

MARC BUNGENBERG/CARSTEN NOWAK, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, in: ZUR 2003, S. 10 ff.

HEIKO BÜSING, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen: Eine Untersuchung seines Regelungsgehalts unter besonderer Berücksichtigung der local remedies rule, Göttingen 2002

VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002

EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997

EVELYNE CLERC, Commentaire LMI, art. 5 resp. art. 9, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Ed.), Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, S. 1304 ff. (zitiert als: Commentaire LMI)

THOMAS COTTIER/ALEXANDRA CAPLAZI, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in: FS Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 257 ff.

THOMAS COTTIER/BENÔIT MERKT, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 35 ff.

THOMAS COTTIER/MARION PANIZZON, Die sektoriellen Abkommen und das Recht der WTO: Grundlagen und Spannungsfelder, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU: Erste Analysen, Basel/Genf/München/Bruxelles 2001, 43 ff.

THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, International Trade Regulation, Bern 2005

ANGELA DAGEFÖRDE, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004

- ANGELA DAGEFÖRDE/MIRIAM DROSS, Reform des europäischen Vergaberechts – Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, in: NVwZ 2005, S. 19 ff.
- BEAT DENZLER, Bewertung der Angebotspreise, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.
- BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER (HRSG.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (zitiert als: St. Galler BV-Kommentar), Zürich 2002
- DENIS ESSEIVA, Les problèmes liés au prix, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 27 ff.
- RENÉ L. FREY/CHRISTOPH KILCHENMANN/NICOLAI KAUTTER (Hrsg.), Geltende Rechtssetzungskompetenz und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, Basel 2003
- PETER GALLI/DANIEL LEHMANN /PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996
- PETER GALLI/ANDRÉ MOSER /ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003
- GEORGE GANZ, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG aktuell 1/2003, S. 5 ff.
- PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999
- PASCAL GROLIMUND, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004
- MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrechts (zitiert als: Zuschlagskriterien), in: AJP 2001, S. 1405 ff.
- MATTHIAS HAUSER, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht (zitiert als: Umweltaspekte), in: URP 2002, S. 339 ff.

- MATTHIAS HAUSER, Umweltschutz als Zuschlagskriterium, in: Baurecht 1/2003, S. 35 f. (insbesondere Besprechung des Helsinki Bus Case; zitiert als: Umweltschutz)
- MEINRAD HILF / STEFAN OETER, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005
- RAOUL HOFFER / ALICE EPLER, EuGH erlaubt ökologische Kriterien im Vergabeverfahren, in: ecolex 2002, S. 937 ff. (Besprechung des Helsinki Bus Case)
- MICHAEL HOLOUBEK, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL) 60, Berlin/New York 2001, S. 513 ff.
- GERHARD KUNNERT, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998
- PETER KUNZLIK, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (Ed.), The Environmental Performance of Public Procurement, Paris 2003, S. 157 ff.
- ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 105 ff.
- HERBERT LANG, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – Das Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Nicolas Michel/Roger Zäch (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 15 ff. (zitiert als: Binnenmarkt)
- HERBERT LANG, Neue Rechtsgrundlagen für das Vergabewesen in der Schweiz – Das Abkommen CH-EU im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBl 2003, S. 32 ff. (zitiert als: Rechtsgrundlagen).
- LUZIUS MADER, Umwelt in neuer Verfassung?, in: URP 2000, S. 105 ff.
- BERND MARQUARDT, Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz, in: URP 2003, S. 201 ff.

- NICOLAS MICHEL/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998
- HANS-JOACHIM PRIESS, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, S. 621 ff.
- HANS-JOACHIM PRIESS/CHRISTIAN PITSCHAS, 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.
- RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998
- SÖREN RÖSSNER/CHRISTOPH SCHALAST, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach „Concordia Bus Finland“, in: NJW 2003, S. 2361 ff.
- RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Thomas Cottier/Remo Arpagaus (Hrsg.), Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht (SBR), Basel/Genf/München 1999
- JENS-PETER SCHNEIDER, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, in: DVBl 2003, S. 1186 ff.
- JÜRGEN SCHWARZE, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: Ders. (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 13 ff.
- RAINER J. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt, in: AJP 1994, S. 739 ff.
- RICHARD SENTI, WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Zürich/Wien 2000
- PHILIPP STEINBERG, Die „Wienstrom“-Entscheidung des EuGH, in: EuZW 2004, S. 76 ff.
- MARC STEINER, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen (zitiert als: Nachhaltige Beschaffung), in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff.

- MARC STEINER, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht – ein Wink aus Europa, in: Beschaffungsmanagement 5/2004, S. 12 f.
- HUBERT STÖCKLI (Hrsg.), Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Auflage, Fribourg 2004
- PIERRE TERCIER, Introduction à la LMI, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Ed.), Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, S. 1239 ff.
- ROBERT WOLF, Der Angebotspreis, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 ff.
- ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmittel, ZBl 2003, S. 1 ff.
- KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen- Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Basel 1998
- ROGER ZÄCH, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in: Submissionswegen im Binnenmarkt Schweiz: erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zürich 1998, S. 59 ff.
- HANS RUDOLF TRÜEB, Umweltrecht in der WTO – Staatliche Regulierungen im Kontext des internationalen Handelsrechts, Zürich 2001
- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002
- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JACQUES DUBEY, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Fribourg 2003
- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/JACQUES DUBEY, Etude complémentaire en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Fribourg 2004

## **C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente**

KBBK, Bericht über die Auswirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz, Bern 2001

Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Schlussbericht der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 14. März 2002 (zitiert als: Liberalisierungsbericht)

Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 27. März 2002

Institut für Schweizerisches und internationales Baurecht, Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft, Bericht zum Forschungsauftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco), Fribourg 2003

BKB/KBOB, Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis, Darstellung und Analyse der Antworten auf die Umfrage zu den Stärken und Schwächen des geltenden Vergaberechts, Bern 2004

OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement (23 January 2002 – C[2002]3)

Interpretierende Mitteilung der EU-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 endg.; zitiert als: Interpretierende Mitteilung)

Grünbuch der EU-Kommission zur integrierten Produktpolitik vom 7. Februar 2001 (KOM [2001] 68 endg.)

Mitteilung der EU-Kommission zur integrierten Produktpolitik vom 18. Juni 2003: Auf dem ökologischen Lebenszyklus-Ansatz aufbauen (KOM [2003] 302 endg.)

Buying green! A handbook on environmental public procurement, Arbeitsdokument der EU-Kommission vom 18. August 2004

# I. Einleitung

## 1. Umschreibung des Auftrags

Die Beschaffungskommission des Bundes (BKB) hat die vorliegende Studie im Hinblick auf die Revision des Beschaffungsrechts des Bundes in Auftrag gegeben. Sie hat als eines der Revisionsziele die Erhöhung der Rechtssicherheit formuliert<sup>1</sup>. Im Sinne eines Mittels zu diesem Zweck besteht die dem Gutachter gestellte Aufgabe darin, die rechtlichen Möglichkeiten und vor allem die Grenzen der ökologischen Beschaffung vertieft zu untersuchen. Der Titel stellt klar, dass keine Ausführungen zur Frage erwartet werden, ob sich aus der Rechtsordnung allenfalls die Pflicht der Vergabestelle ergibt, im Rahmen der Vergabe ökologische Aspekte zu berücksichtigen<sup>2</sup>. Durch die Wahl des Begriffes „ökologische Beschaffung“ wird klargestellt, dass nicht alle Aspekte der nachhaltigen Beschaffung Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind. Dies gilt insbesondere für das Thema der Berücksichtigung sozialer Standards.

Der Gutachter befasst sich im Folgenden mit rechtsdogmatischen Aspekten der umweltfreundlichen Beschaffung. Die rechtspolitischen Fragen interessieren nur soweit, als rechtsdogmatische Argumente zu deren Beantwortung herangezogen werden können. Die Darstellung des Vergaberechts der Kantone gehört nicht zum Auftrag. Die Ergebnisse der Studie von Jean-Baptiste Zufferey insbesondere zum kantonalen Vergaberecht<sup>3</sup> werden insoweit beigezogen, als die wiedergegebenen Bestimmungen der Erörterung grundsätzlicher dogmatischer Fragen zu dienen vermögen. Dies kann dazu führen, dass zu diesem Zweck auch interkantonale oder kantonale vergaberechtliche Normen dogmatisch analysiert werden.

Verlangt ist nebst der Einbettung der umweltfreundlichen Beschaffung in den verfassungsrechtlichen Kontext auch die Frage nach den Grenzen, die das massgebende WTO-Recht, namentlich das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (im Folgenden: Government Procurement Agreement, GPA), der Berücksichtigung ökologischer Anliegen in der öffentlichen

---

Frau lic.iur. Elisabeth Lang, Rechtsanwältin, Brugg, gebührt herzlicher Dank für die kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> Der Klärungsbedarf ist bereits Thema des Schlussberichts der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle „Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht“ zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 14. März 2002 (zitiert als: Liberalisierungsbericht) gewesen (Punkt 5 S. 37).

<sup>2</sup> Dasselbe gilt auch für die Frage, ob der öffentlichen Hand durch Beschaffungspolitik eine Vorbildfunktion gegenüber privaten Beschaffern zukommen soll („encouraging by example“; vgl. dazu Arrowsmith, Secondary Policies, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 325 ff., S. 355).

<sup>3</sup> Dies unter besonderer Berücksichtigung der Zusatzstudie zu den sogenannten vergabefremden Kriterien (Etude complémentaire en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Les critères dits „étrangers à l’adjudication“, Fribourg 2004).

Beschaffung setzt. Dabei wird die Frage, inwieweit die Einhaltung gesetzlicher oder staatsvertraglicher umweltrechtlicher Mindeststandards von ausländischen Anbietenden im Sinne eines Ausschlussgrundes verlangt werden darf, in Absprache mit der Auftraggeberin nicht vertieft. Gegenstand der vorliegenden Studie ist weiter das europäische Vergaberecht im Sinne rechtsvergleichender Hinweise auf die neuesten Entwicklungen, zumal die europarechtlichen Regelungen auch Rückschlüsse auf die WTO-Konformität der umweltfreundlichen Beschaffung zulassen. Demgegenüber ist das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Abkommen mit der EG vom 21. Juni 1999 über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens für den Auftragsgegenstand ohne Bedeutung.

## 2. Ausgangslage

Das WTO-Vergaberecht wie auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, mit welchem die Eidgenossenschaft das Government Procurement Agreement umgesetzt hat, haben zum Zweck, den Gedanken des Wettbewerbs und der Liberalisierung zum Durchbruch zu verhelfen. Das BoeB ist ein wichtiges Element im „Prozess der marktwirtschaftlichen Erneuerung“<sup>4</sup>. Auf kantonaler Ebene verfolgt das Binnenmarktgesetz, insbesondere in Art. 5 und Art. 9 BGBM, unter anderem dasselbe Ziel. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB will der Bund mit dem Beschaffungsrecht des Bundes den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Die Formulierung dieses Ziels reflektiert unter anderem die Annahme, dass öffentliche Auftraggeber eher als private zur Unwirtschaftlichkeit tendieren<sup>5</sup> bzw. dass das Beschaffungswesen traditionell durch eine protektionistische Grundhaltung geprägt ist<sup>6</sup>. Daneben gewinnt die Perspektive der einzelnen Anbieterinnen und Anbieter namentlich durch das in Art. XX GPA vorgesehene Rechtsmittel vermehrt Bedeutung im Rahmen der Ausgestaltung des Vergaberechts. Die Gleichbehandlung aller Anbietenden ist ein gesetzgeberisches Ziel (Art. 1 Abs. 2 BoeB). Die Optimierung des Beschaffungsvorgangs im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bedeutet zugleich, dass das Beschaffungswesen der Fremdbestimmung durch politische Ziele entzogen werden soll<sup>7</sup>; „government by

---

<sup>4</sup> Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (zitiert als: Abkommen), in: Thürer et alii (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 307 ff., S. 342; vgl. auch den Liberalisierungsbericht, a.a.O. [Fn. 1], Punkt 1.2 S. 1

<sup>5</sup> Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Fribourg 2004, S. 128 ff., insb. Rz. 182

<sup>6</sup> So etwa Biaggini, a.a.O. [Fn. 4], S. 318 mit Hinweisen

<sup>7</sup> Priess, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, S. 621 ff., insb. S. 648; vgl. auch Grolimund, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004, S. 17



procurement“ erscheint aus dieser Sicht unerwünscht<sup>8</sup>. Zur Beschreibung der Versuche politischer Determination des Beschaffungswesens wird unter Beschaffungsjuristinnen und –juristen der Begriff „Berücksichtigung vergabefremder Aspekte“ verwendet. Diese sind besonders dann verpönt, wenn sie zum protektionistischen Instrument werden, indem sie der Bevorzugung inländischer bzw. ortsansässiger Anbieter dienen sollen. Die Rechtsprechung nennt namentlich regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen<sup>9</sup>. Aus ökonomischer Sicht wird dazu ausgeführt, dass sich die politischen Ziele, denen die Beschaffung nicht (mehr) dienstbar gemacht werden soll, mit anderen, direkten Instrumenten zweckmässiger und/oder kostengünstiger verfolgt werden können<sup>10</sup>.

Kernaussage 1: Historisch und funktionell ist das Beschaffungsrecht des Bundes nicht nur als Umsetzung übergeordneten Rechts, sondern auch als Teilelement eines Konzepts der marktwirtschaftlichen Erneuerung zu verstehen.

Neben das dargestellte Konzept des Vergaberechts ist die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates getreten, mit welcher sich die Landesregierung gestützt auf den in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 verankerten Nachhaltigkeitsgedanken das strategische Ziel gesetzt hat, Rahmenbedingungen zu schaffen, die gewährleisten, dass sich die Beschaffungspraxis insbesondere der Bundesverwaltung nicht nur, aber auch nach ökologischen Vorgaben ausrichtet. Der politische Rahmen der umweltfreundlichen Beschaffung ist in der integrierten Produktpolitik zu sehen. Diesem Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass die ökologische Vergabe, jedenfalls soweit sich die geforderten Umwelteigenschaften auf das zu beschaffende Produkt beziehen, ein wirkungsvolles Mittel zur Umsetzung umweltpolitischer Ziele darstellt, ohne dass damit die primäre Zwecksetzung des Vergaberechts in Frage gestellt würde. Entsprechend empfiehlt auch die EU-Kommission den Mitgliedstaaten unter anderem, öffentlich zugängliche Aktionspläne für eine ökologischere Gestaltung ihrer öffentlichen Aufträge zu erstellen<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vgl. zur Tradition des „government by procurement“ Biaggini, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht, Zürich 2003, S. 11 f.

<sup>9</sup> Vgl. etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. Mai 1999, in: Baurecht 2/2002, S. 57 S11 mit zustimmender Anmerkung Esseiva, der insbesondere auf die Prozentklauseln hinweist, mit welchen lokale Anbieter bisher regelmässig begünstigt worden sind. Derartige Prozentklauseln sind insbesondere nicht GPA-konform (vgl. den Liberalisierungsbericht, a.a.O. [Fn. 1], Punkt 2.2 S. 7).

<sup>10</sup> Brunetti, Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Nuove tendenze negli appalti pubblici in Italia, in Svizzera e nell'unione europea, Mailand 2002, S. 61 ff., S. 63

<sup>11</sup> Mitteilung der EU-Kommission zur integrierten Produktpolitik vom 18. Juni 2003: Auf dem ökologischen Lebenszyklus-Ansatz aufbauen (KOM [2003] 302 endg.), S. 12 f.

Angesichts dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Konzept der nachhaltigen Beschaffung zu den wirtschaftspolitischen Zielen und zur Dogmatik des Beschaffungsrechts in Widerspruch steht bzw. ob und wie ein Ausgleich zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung, angewandt auf das öffentliche Beschaffungswesen, möglich ist. Dieser Gegenstand soll im Folgenden aus rechtsdogmatischer Sicht erörtert werden. Die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates geht dabei im Grundsatz davon aus, dass sich die im Beschaffungsrecht zu konkretisierenden wirtschaftlichen und ökologischen Ziele in Einklang bringen lassen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Rahmenbedingungen der ökologischen Beschaffung nach schweizerischem ebenso wie nach WTO-Recht als noch wenig durchdrungener Gegenstand gelten müssen<sup>12</sup>. Zufferey hält schliesslich zutreffend fest, dass die als die Beschaffung beeinflussenden öffentliche Interessen ein dynamisches Konzept sind und bleiben müssen, das sich mit der Gesellschaft entwickelt<sup>13</sup>. Entsprechend wandeln sich auch die rechtlichen Auffassungen zu vergabefremden Aspekten allgemein und zur umweltfreundlichen Beschaffung im Besonderen.

Kernaussage 2: Der Bundesrat hat sich zum Ziel gesetzt, den Gedanken der Nachhaltigkeit in der Beschaffungspraxis umzusetzen, womit sich die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der umweltfreundlichen Beschaffung stellt. Der Bundesrat geht von der Prämisse aus, dass sich die Integration des Nachhaltigkeitsgedankens in der Beschaffungspraxis grundsätzlich mit dem seiner Natur nach wirtschaftsrechtlichen Konzept des Beschaffungsrechts in Einklang bringen lässt.

### **3. Vorbemerkung aus vergaberechtsdogmatischer Sicht**

Eines der schwierigsten Hindernisse in Bezug auf die gewünschte Versachlichung der rechtspolitischen Debatte über die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Vergabe liegt darin, dass die Förderer der umweltfreundlichen Beschaffung tendenziell versucht sind, die Ergebnisse der Ökobilanzen in die Beschaffungspraxis zu integrieren ohne Rücksicht darauf zu nehmen, wo

---

<sup>12</sup> Daraus ergibt sich, dass das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung stellenweise nur in der Feststellung von Tendenzen und nicht in eindeutigen Aussagen bestehen kann. Dementsprechend ist der Gutachter für Anregungen und Kritik gleichermaßen dankbar.

<sup>13</sup> Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 18

welcher Aspekt aus der Sicht der beschaffungsrechtlichen Dogmatik eingeordnet werden muss. So hat etwa Hauser festgehalten, dass es von grosser Bedeutung ist, dass die Umweltschutzanliegen im richtigen Verfahrensschritt und in der richtigen Form in das Vergabeverfahren eingebracht werden<sup>14</sup>. Auch unter Vergaberechtlern führt die nicht einheitliche Verwendung von Begriffen wie „vergabefremder Aspekt“, Ausschlussgrund, Eignungs- oder Zuschlagskriterium immer wieder zu Missverständnissen<sup>15</sup>. Jeder Beitrag zur Klärung der Begrifflichkeiten, soweit diese angesichts des derzeitigen Kenntnisstandes im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung möglich ist, wird dazu führen, dass deutlicher wird, ob die rechtlichen und rechtspolitischen Differenzen allenfalls leichter überbrückbar sind als bisher angenommen. In diesem Zusammenhang ist vorab festzuhalten, dass nicht von der Arbeitshypothese ausgegangen werden darf, dass Umweltschutzaspekte im Vergabeverfahren per se beschaffungsfremd sind und die Verfolgung von Umweltschutzziele im Rahmen der öffentlichen Beschaffung nur mittels „vergabefremder“ Kriterien erfolgt<sup>16</sup>. So ist etwa unbestritten, dass sich der niedrige Treibstoffverbrauch eines Automobils, der sich aufgrund niedrigerer Betriebskosten auch finanziell zugunsten der Vergabestelle auswirkt, in Abwägung gegen den Anschaffungspreis zwecks Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf<sup>17</sup>.

Kernaussage 3: Es darf nicht vom Grundsatz ausgegangen werden, dass Umweltschutzaspekte im Vergabeverfahren per se vergabefremd sind bzw. dass die Verfolgung von Umweltschutzziele im Rahmen der öffentlichen Beschaffung nur mittels vergabefremder Kriterien erfolgt.

<sup>14</sup> Hauser, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht (zitiert als: Umweltaspekte), in: URP 2002, S. 339 ff., S. 344 f.

<sup>15</sup> So hat sich die neuere Doktrin teilweise dazu entschlossen, den Begriff vergabefremd so weit wie möglich zu vermeiden (Dageförde, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, S. 76).

<sup>16</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 74 und S. 317; Evelyne Clerc, art. 5, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la Concurrence, Genf/Basel/München 2002, S. 1304 ff. (zitiert als: Commentaire LMI), N 108 zu Art. 5; anderer Ansicht offenbar die Wettbewerbskommission, zitiert bei: Zäch, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in: Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 59 ff., S. 78

<sup>17</sup> Vgl. dazu den Abschnitt V/4.1 hiernach.

## II. Der verfassungsrechtliche Kontext

### 1. Das Beschaffungsrecht des Bundes als Konkretisierung des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die Verweigerung des Zuschlags unter Verletzung der Wettbewerbsneutralität als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erscheint, deren Schutzbereich eine entsprechende Individualrechtsposition umfasst<sup>18</sup>. Von herausragender Bedeutung erweist sich aber jedenfalls die objektiv-konstitutive Schicht der Wirtschaftsverfassung, die zum subjektive Ansprüche begründenden Grundrechtsgehalt hinzutritt. Dadurch wird der Staat in seinem gesamten Handeln auf die Beachtung und Förderung des Grundrechts verpflichtet. „Insbesondere die bundesstaatliche sowie die wirtschaftssystembezogene Funktion der Handels- und Gewerbefreiheit gewinnen aus dieser Sicht an Bedeutung.“<sup>19</sup> Das Bundesgericht hat schon zur Handels- und Gewerbefreiheit der alten Bundesverfassung festgehalten, dass das Binnenmarktgesetz deren interkantonale (bzw. bundesstaatliche) Komponente konkretisiert<sup>20</sup>. Das Konzept des Binnenmarktes genießt Verfassungsrang<sup>21</sup>. Die objektiv-konstitutive Schicht der Wirtschaftsfreiheit wird nicht nur durch das Binnenmarktgesetz konkretisiert, sondern prägt auch das Vergaberecht des Bundes. Ebenso ist die Förderung und Stärkung des Anbieterwettbewerbs als „verfassungsrechtliche Maxime“ beschrieben worden<sup>22</sup>. Dabei ist zu beachten, dass sich der individualrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nicht nur, aber auch als die andere Facette der objektiv-konstitutiven Schicht der Wirtschaftsverfassung (mit Blick auf deren wirtschaftssystembezogene Funktion) erweist. Der Marktmechanismus darf durch das staatliche Beschaffungswesen nicht verzerrt werden und der Staat muss sich wettbewerbsneutral verhalten<sup>23</sup>. Auch das Binnenmarktgesetz ist im Übrigen als Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebots der Gewerbetreibenden beschrieben worden<sup>23a</sup>.

---

<sup>18</sup> Vgl. etwa Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht (zitiert als: Zuschlagskriterien), in: AJP 2001, S. 1405 ff., S. 1407, oder ders., Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 369

<sup>19</sup> Rhinow/Schmid/Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 19 Rz. 24

<sup>20</sup> BGE 122 I 109 E. 4c f. S. 117 f.; 116 Ia 237 E. 2d S. 240

<sup>21</sup> Klaus A. Vallender, in: Ehrenzeller et alii (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung (zitiert als: St. Galler BV-Kommentar), Zürich/ St. Gallen 2002, Art. 27 Rz. 4; Wunder, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Basel 1998, insb. S. 124 ff., S. 138 f. und S. 157 ff.

<sup>22</sup> Beyeler, a.a.O. [Fn. 5], S. 154 Rz. 216

<sup>23</sup> Rhinow/Schmid/Biaggini, a.a.O. [Fn. 19], § 19 Rz. 24

<sup>23a</sup> Cottier/Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 12/95, S. 1582 ff., insb. S. 1586

## 2. Die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und des Binnenmarktgesetzes im Interesse des Umweltschutzes

Nicht nur in Bezug auf die umweltfreundliche Vergabe stellt sich die Frage, ob es dem Staat erlaubt sein soll, durch Beschaffungen neben der Deckung des Bedarfs der öffentlichen Hand noch weitere Ziele zu verfolgen<sup>24</sup>. In diesem Zusammenhang gilt es zunächst hervorzuheben, dass der Umweltschutz eines der anerkannten öffentlichen Interessen ist, welche die Einschränkung von Grundrechten rechtfertigen<sup>25</sup>. Es entspricht der neueren bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit der bis zum 1. Januar 2000 geltenden Bundesverfassung, dass diese nicht nur aus polizeilichen, sondern auch aus energiepolitischen Gründen oder im Interesse des Umweltschutzes eingeschränkt werden kann<sup>26</sup>. Dasselbe gilt auch für den Art. 27 der neuen Bundesverfassung<sup>27</sup>. So kann etwa die Auflage der Parkplatzbewirtschaftung im Interesse der Reduktion von Emissionen des Verkehrs eine verhältnismässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sein. Ausserdem stellt eine derartige Bewirtschaftungspflicht „von ihrem Motiv her klarerweise keine wirtschaftspolitisch motivierte Massnahme“ dar<sup>28</sup>. Rhinow/Schmid/Biaggini halten auch in Bezug auf das Beschaffungswesen fest, dass die Berücksichtigung ökologischer Ziele als zulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit erscheint<sup>29</sup>. Es ist dabei immer auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökologischen Interessen und der Wahrung der Wettbewerbsneutralität zu achten<sup>30</sup>. In diesem Sinne ist der Schutz der natürlichen Umwelt auch gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b des Binnenmarktgesetzes als ein überwiegendes öffentliches Interesse zu betrachten, das eine verhältnismässige Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen kann. Auch wenn diese Bestimmung mit der Revision des Binnenmarktgesetzes wegfallen sollte, ändert sich daran nichts. Der Botschaft lässt sich dazu entnehmen, dass eine Auflistung der überwiegenden öffentlichen Interessen nicht erforderlich ist<sup>31</sup>. Damit bleibt der Umweltschutz jedenfalls als solches anerkannt<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> Arrowsmith spricht im Unterschied zum „primary objective of acquiring goods“ von „secondary policies“ (dies., *Secondary Policies under the GPA*, a.a.O. [Fn. 2], S. 325).

<sup>25</sup> Fleiner, in: Aubert et alii (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1987-1996, Art. 24septies Rz. 69; Petitpierre-Sauvain, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, in: Thürer et alii (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 36 Rz. 20

<sup>26</sup> Richli/Wunder, *Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz*, in: *AJP* 1996, S. 908 ff., S. 911 mit Hinweisen

<sup>27</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, *BBl* 1997 I 1 ff., S. 175

<sup>28</sup> *BGE* 125 II 129 E. 10a S. 149

<sup>29</sup> Rhinow/Schmid/Biaggini, a.a.O. [Fn. 19], § 19 Rz. 27

<sup>30</sup> Rhinow/Schmid/Biaggini, a.a.O. [Fn. 19], § 19 Rz. 40; Hauser, *Umweltaspekte*, a.a.O. [Fn. 14], S. 371 ff.

<sup>31</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, *BBl* 2005 465, S. 486 (Kommentar zu Art. 3 des Entwurfs zum BGBM), wo zugleich darauf hingewiesen wird, dass die hier relevanten öffentlichen Interessen identisch sind mit denjenigen, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit als zulässig anerkennt.

Entsprechend verweist der für das Beschaffungsrecht massgebende Art. 5 Abs. 1 BGBM auf die Schranken gemäss Art. 3 BGBM. Die Vergabestellen haben darauf zu achten, dass durch die Berücksichtigung von Umweltinteressen kein verstecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen geschaffen wird (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Damit sind die Gerichte zum Durchgriff auf die tatsächlichen Motive und Wirkungen staatlichen Verhaltens verpflichtet<sup>33</sup>.

Kernaussage 4: Der Gedanke, dass die Berücksichtigung ökologischer Belange verhältnismässige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag, entspricht geltendem Verfassungsrecht. Die Prüfung im Einzelfall hat sowohl der wirtschaftssystembezogenen Funktion als auch der Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit Rechnung zu tragen.

Kernaussage 5: Es ist insbesondere mit Blick auf die Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsverfassung darauf zu achten, dass die Berücksichtigung von Umweltbelangen nicht nur vorgeschoben wird, um verpönte wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen. Dasselbe gilt auch im internationalen Massstab aus der Sicht der Zielsetzungen der WTO.

### **3. Der Nachhaltigkeitsgedanke bzw. die Verankerung desselben in der geltenden Bundesverfassung vom 18. April 1999**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BV hat die Schweizerische Eidgenossenschaft unter anderem zum Zweck, die nachhaltige Entwicklung zu fördern. Der Begriff der Nachhaltigkeit wird hier im umfassenden Sinne, das heisst in seiner ökonomischen, sozialen und ökologischen Dimension verwendet<sup>34</sup>. Die Eidgenossenschaft setzt sich nach Art. 2 Abs. 4 BV für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen ein. Damit hat der Zweckartikel eine wesentliche, den Prioritäten der Gegenwart und der Zukunft entsprechende Ergänzung erfahren<sup>35</sup>. Nach herrschender Lehre ist diese Bestimmung zur Auslegung der Verfassung und zur Feststellung wie auch zur Abwägung unter verschiedenen öffentlichen Interessen heranzuziehen<sup>36</sup>. Dasselbe

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu Steiner, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen (zitiert als: Nachhaltige Beschaffung), in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff., S. 56 mit Fn. 22

<sup>33</sup> Cottier/Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: von Büren/Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im Internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 35 ff., S. 52 f.

<sup>34</sup> Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: AJP 1999, S. 698 ff., S. 704

<sup>35</sup> Mader, a.a.O. [Fn. 34], S. 703

<sup>36</sup> Ehrenzeller, in: St. Galler BV-Kommentar, a.a.O. [Fn. 21], Art. 2 Rz. 8

Bekenntnis zur Nachhaltigkeit prägt auch die Präambel der geltenden Bundesverfassung<sup>37</sup>. Der mit dem Titel „Umwelt und Raumplanung“ versehene vierte Abschnitt der Verfassung wiederholt dieses Bekenntnis. Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an (Art. 73 BV). Hier wird nun der ökologische Aspekt der Nachhaltigkeit betont. Dasselbe Ziel soll der Bund auch in der Aussenpolitik verfolgen (Art. 54 Abs. 2 BV).

Zu Recht wird in der Lehre hervorgehoben, dass dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch nach der neuen Bundesverfassung eine zentrale, nicht aber a priori eine übergeordnete Stellung zukommt<sup>38</sup>. Gleichwohl hat das geltende Verfassungsrecht nicht nur Akzentverschiebungen, sondern zum Teil auch die Aufnahme neuer Konzepte mit sich gebracht. Dies ist die Folge des Umstands, dass die alte Bundesverfassung aus einer Zeit stammt, in der ökologische Anliegen noch einen vergleichsweise geringen Stellenwert hatten. Insgesamt ist im Bereich der Umweltverfassung – schon die Verwendung dieses Begriffes ist bezeichnend für die Beschreibung des geltenden Verfassungsrechts – der Wandel unverkennbar. Mader spricht in diesem Zusammenhang von „erhebliche[n] Fortschritten“<sup>39</sup>.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass eine vergleichbare Entwicklung auch im europäischen Verfassungsrecht festzustellen ist. Diese Neuausrichtung hat die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zum Vergaberecht entscheidend geprägt<sup>40</sup>. Nach Art. 6 EGV in der Fassung des Vertrages von Amsterdam müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung wesentlicher Gemeinschaftspolitiken einbezogen werden. Auch hier ist inzwischen der Begriff Umweltverfassung geläufig<sup>41</sup>. Darauf wird insbesondere im Rahmen der Frage nach dem Ausgleich zwischen Wirtschafts- und Umwelt-

---

<sup>37</sup> Petitpierre-Sauvain, *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, a.a.O. [Fn. 25], § 36 Rz. 2 f.

<sup>38</sup> Morell, in: *St. Galler BV-Kommentar*, a.a.O. [Fn. 21], Art. 74 Rz. 4; zu den Versuchen, die Wirtschafts- oder die Umweltverfassung als gegenüber anderen Verfassungsgütern übergeordneten Aspekt zu definieren vgl. etwa Bungenberg, *Das Binnenmarktkonzept im Lichte anderer Gemeinschaftsziele am Beispiel des Umweltschutzes* (zitiert als: *Binnenmarktkonzept*), in: *EuR* 2004, S. 57 ff., S. 58 f., sowie Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 179

<sup>39</sup> Mader, a.a.O. [Fn. 34], S. 705; ders., *Die Umwelt in neuer Verfassung? Anmerkungen zu umweltschutzrelevanten Bestimmungen der neuen Bundesverfassung*, in: *URP* 2002, S. 105 ff., S. 119 f.; vgl. auch Marquardt, *Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz*, in: *URP* 2003, S. 201 ff., insb. S. 233 f.

<sup>40</sup> Vgl. dazu den Entscheid des EuGH vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-7213, Rz. 57 (Kapitel IV/2 hiernach).

<sup>41</sup> Vgl. zum Ganzen aus europarechtlicher Sicht Bungenberg, *Binnenmarktkonzept*, a.a.O. [Fn. 38], S. 58 f. mit Fn. 11

verfassung zurück zu kommen sein<sup>42/43</sup>. Dieser Ausgleich wiederum entspricht als solcher in sich dem Ziel der Nachhaltigkeit.

Kernaussage 6: Wie bei vielen Verfassungen der jüngsten Generation ist auch in Bezug auf die geltende Bundesverfassung festzustellen, dass dem Gedanken des Umweltschutzes mehr Bedeutung beigemessen wird.

Kernaussage 7: Der Gedanke des Umweltschutzes wird in das Konzept der Nachhaltigkeit integriert. Teil dieses Konzepts ist der Ausgleich zwischen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Zielsetzungen des Gemeinwesens.

### **III. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen**

#### **1. Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?**

Grundsätzlich, d.h. abgesehen von Art. XXIII Ziff. 2 GPA, sind ökologische Anliegen im GPA mit keinem Wort erwähnt. Vielmehr orientieren sich dessen Vorschriften an ökonomischen Gesichtspunkten<sup>44</sup>. Das GPA will dem Gedanken des „comparative advantage“ durch Liberalisierung des Welthandels zum Durchbruch verhelfen<sup>45</sup>. Nach der Präambel des Abkommens zur Errichtung der WTO selbst sind in der nachhaltigen Entwicklung wie auch im Schutz und der Erhaltung der Umwelt immerhin Ziele zu sehen, welche zu berücksichtigen sind. Demnach wird eine Auslegung der Normen des WTO-Rechts und damit auch des GPA<sup>46</sup> in dem Sinne begünstigt, dass es nicht der Sinn der Welthandelsordnung im Allgemeinen und des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen sein kann, nationale Politiken zum Schutz der Umwelt wesentlich zu beeinträchtigen oder gar auszuschliessen<sup>47</sup>. Gleichwohl darf man sich keinen Illusionen

<sup>42</sup> Vgl. dazu das Kapitel VI hiernach.

<sup>43</sup> In diesem Sinne schon Bungenberg/Nowak, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, in: ZUR 2003, S. 10 ff.

<sup>44</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 15

<sup>45</sup> Vgl. nur Sue Arrowsmith, Government Procurement and Its Impact as a Barrier to Trade, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 9

<sup>46</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 16; vgl. auch Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1416 mit Hinweisen

<sup>47</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 363



über den Stellenwert einer ökologisch ausgerichteten Präambel hingeben<sup>48</sup>. Entscheidend ist vielmehr, dass das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen das Verfolgen umweltpolitischer Ziele, indem es sie nicht erwähnt, auch nicht ausschliesst<sup>49</sup>.

Die EU geht davon aus, dass auch die neuen Vergaberichtlinien, die eine weitgehende Berücksichtigung ökologischer Aspekte verwirklichen, GPA-konform sind<sup>50</sup>. Ebenso empfiehlt die OECD ausdrücklich, Umweltkriterien bei der öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen<sup>51</sup>. Sie hat im Jahre 2003 eine Studie mit dem Titel „The Environmental Performance of Public Procurement“ herausgegeben, die unter anderem einen Beitrag von Peter Kunzlik enthält, der eine die Berücksichtigung ökologischer Kriterien begünstigende Auslegung des GPA vertritt<sup>52</sup>. Nach diesem Autor sind auch „echte“ vergabefremde Kriterien ohne Bezug zum Auftragsgegenstand – er nennt als Beispiel die Teilnahme an einem Umweltschutzprogramm – im Sinne von besonderen Vergabebedingungen („additional criteria“) zulässig<sup>53</sup>. Grolimund hält in Bezug auf die Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium fest, dass der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach dem GPA weit auszulegen ist, so dass auch ökologische Aspekte darunter Platz finden<sup>54</sup>. Aufgrund dieser Konzeption werden ökologische Aspekte, die als Zuschlagskriterien öffentlich bekannt gemacht sind und mit der konkreten Leistung in (unmittelbarem) Zusammenhang stehen, als nicht vergabefremd angesehen<sup>55</sup>. Massgebend sind vor allem die Ausführungen von Arrowsmith. Sie legt unter dem Titel „Secondary Policies under the GPA“ überzeugend dar, dass dem GPA kein Reinheitsgebot („purity principle“) im Sinne eines gänzlichen Ausschlusses nicht-ökonomischer Kriterien inhärent ist<sup>56</sup>. Vielmehr bedarf es – wie im ganzen WTO-Recht – der „practical coordination“ zwischen den Zielen der WTO und anderen öffentlichen

---

<sup>48</sup> Keller/Stocker, WTO und GATT '94 aus umweltrechtlicher Sicht, in: URP 1994, S. 457 ff., S. 468

<sup>49</sup> So in Bezug auf vergabefremde Kriterien generell Odendahl, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 2004, S. 647 ff., S. 651

<sup>50</sup> Vgl. zur GPA-Konformität als Ziel der Richtlinien etwa den Erwägungsgrund 7 zur Richtlinie 2004/18/EG. Das garantiert natürlich weder eine GPA-konforme Praxis noch die Einhaltung der EU-Richtlinien an sich (vgl. Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 4], S. 341 und S. 371).

<sup>51</sup> OECD, Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement, 21.1.2002

<sup>52</sup> Kunzlik, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (ed.), The Environmental Performance of Public Procurement, Paris 2003, S. 157 ff., S. 158

<sup>53</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 163

<sup>54</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 20 f.

<sup>55</sup> Hilf/Oeter, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005, § 25 Rz. 38, S. 484

<sup>56</sup> Arrowsmith, Open and Selective Tendering – Part III: Submission of Tenders, Contract Award and Information Provisions, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 242 ff., S. 251 f., und dies., Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 331 f.

Interessen von gleicher Legitimität, wozu etwa der Umweltschutz zählt<sup>57</sup>. Nach Odendahl bejaht der wohl überwiegende Teil der (deutschen) Literatur aus der Sicht des GPA die Zulässigkeit vergabefremder Kriterien<sup>58</sup>. Vertreten wird aber auch die Gegenmeinung, wonach aus WTO-rechtlicher Sicht der Einbezug von politischen Zielen im Allgemeinen und die Berücksichtigung von ökologischen Motiven in den Vergabeentscheid grundsätzlich abzulehnen ist. Es sei gerade der Sinn des GPA, die Vergabe zu entpolitisieren, mit welchem die Berücksichtigung ökologischer Aspekte nicht vereinbar sei<sup>59</sup>. Dabei ist allerdings nicht ganz klar, ob die Darlegungen von Priess, der die Umweltpolitik insoweit zwischen Gesichtspunkten wie Frauenförderung, Konjunkturpolitik und Mittelstandsförderung erwähnt, auch auf auftragsbezogene Umwelaspekte wie die Umwelteigenschaften des nachgefragten Produkts aus der Sicht der Vergabestelle Anwendung finden. Dies umso mehr, als Priess in europarechtlichem Zusammenhang objektive Kriterien so definiert, dass auch die Ästhetik als in den Vergaberichtlinien explizit vorgesehenes Zuschlagskriterium darunter fällt, und diese von den nur politisch zu bewertenden vergabefremden Kriterien abgrenzt<sup>60</sup>. Schliesslich stellt sich – vor allem bei enger Auslegung der allgemeinen Regeln des GPA – die Frage, inwieweit sich das Abweichen von der rein ökonomischen Betrachtungsweise gestützt auf Art. XXXIII Ziff. 2 GPA rechtfertigen lässt (vgl. dazu den Abschnitt 3.4 hiernach)<sup>61</sup>. Bisher gibt es keine Praxis der Streitbeilegungsorgane der WTO zum Verhältnis Umweltschutz – öffentliches Beschaffungswesen<sup>62</sup>. Die Lehre beklagt allgemein die Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Prinzipien des GPA und ihre Auswirkungen auf die Verfolgung von Sekundärzwecken im Vergaberecht<sup>63</sup>.

Das GPA hat nicht die umfassende Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens zum Ziel<sup>64</sup>; vielmehr ist das WTO-Vergaberecht als Mindeststandard zu verstehen<sup>65</sup>. Dieser soll aber, namentlich durch die Bestimmungen über den Individual-

---

<sup>57</sup> Cottier/Oesch, *International Trade Regulation*, Bern 2004, S. 55. Damit wird auf der internationalen Ebene das Ergebnis von Kapitel VI hiernach vorweggenommen.

<sup>58</sup> Odendahl, a.a.O. [Fn. 49], S. 651

<sup>59</sup> Priess, a.a.O. [Fn. 7], S. 648 f.; in Bezug auf „echt“ vergabefremde Kriterien Priess/Pitschas, *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., S. 191; vgl. Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 16 f., der aber aus schweizerischer Sicht nicht für diese enge Interpretation plädiert.

<sup>60</sup> Priess, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 2. Auflage, Köln 2001, S. 167

<sup>61</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 17

<sup>62</sup> Vgl. dazu die Verhandlungen gemäss Paragraph 31 der Doha-Erklärung, nach welcher zu gewissen Aspekten dieses Themas Gespräche geführt werden sollen ([http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/envir\\_backgrnd\\_e/c2s2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_backgrnd_e/c2s2_e.htm)).

<sup>63</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 353

<sup>64</sup> Biaggini, *Abkommen*, a.a.O. [Fn. 4], S. 333

<sup>65</sup> Arrowsmith, *The GPA's Award Procedures: An Introduction*, in: *Government Procurement in the WTO*, Den Haag 2003, S. 167 ff., S. 173 f.; anders wohl das Verständnis gemäss dem Liberalisierungsbericht,

rechtsschutz (namentlich Art. XX GPA), effektiv durchgesetzt werden. In der Präambel des GPA wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Akzeptanz des WTO-Vergaberechts sichergestellt werden soll, um Nichtvertragsstaaten zum Beitritt zu ermuntern und das Anbringen oder Aufrechterhalten von Vorbehalten durch Vertragsstaaten möglichst zu vermeiden<sup>66</sup>. Dabei ist das GPA als plurilaterales Abkommen ausgestaltet; der Beschaffungskodex ist also anders als fast alle übrigen Kodizes der Tokio-Runde von der Multilateralisierung nicht mitumfasst worden<sup>67</sup>.

Odendahl weist in Bezug auf die vergabefremden Kriterien auf die zahlreichen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des GPA hin. So haben etwa die USA und Kanada sogenannte „minority business“ vom Anwendungsbereich ausgenommen, um von Minderheiten kontrollierte Unternehmen bei der Auftragsvergabe bevorzugen zu können<sup>68</sup>. Diesem Konzept entspricht es, dass für den Fall, dass sich Zielkonflikte zwischen dem Freihandelsgedanken und nationalen Politiken ergeben, die Bemühung um Ausgleich zwischen diesen Zielsetzungen die Auslegung der einschlägigen Normen prägt<sup>69</sup>. Arrowsmith verweist in diesem Zusammenhang explizit auf den neuen Trend, mit der öffentlichen Beschaffung Umweltziele zu verfolgen<sup>70</sup>. Unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte macht das GPA (im Gegensatz zum Europarecht, soweit die Schwellenwerte der Vergaberichtlinien in Frage stehen) keine Vorgaben<sup>71</sup>.

Kernaussage 8: Das Konzept des GPA ist seiner Natur nach wirtschaftspolitisch. Arrowsmith legt indessen überzeugend dar, dass das GPA nicht im Sinne der reinen Lehre („purity principle“) auszulegen ist. Vielmehr sollen die Regeln des GPA, worauf in der Schweiz etwa Cottier hingewiesen hat, so verstanden werden, dass die praktische Konkordanz mit anderen gewichtigen öffentlichen Interessen hergestellt werden kann.

---

a.a.O. [Fn. 1], Punkt 2.1 S. 5, wonach das GPA die Vergabe eines öffentlichen Auftrags „in allen Einzelheiten“ regelt.

<sup>66</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 327

<sup>67</sup> Hilf/Oeter, *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, a.a.O. [Fn. 55], § 25 Rz. 10, S. 473

<sup>68</sup> Odendahl, a.a.O. [Fn. 49], S. 651; vgl. auch Cottier/Oesch, a.a.O. [Fn. 57], S. 1044; dasselbe gilt auch für die Umweltpolitik von „sub-federal entities“ (Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 349).

<sup>69</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 326 f.

<sup>70</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 325

<sup>71</sup> Odendahl, a.a.O. [Fn. 49], S. 649 mit Hinweis auf die bilateralen Verpflichtungen aus dem Abkommen Schweiz-EU; vgl. zur best-endeavour-Klausel im Rahmen des bilateralen Abkommens Schweiz – EU Biaggini, *Abkommen*, a.a.O. [Fn. 4], S. 373

## 2. Art. III GPA als Schranke für die Berücksichtigung ökologischer Aspekte

Aufgrund von Ausschlussstatbeständen kommen die zentralen Regelungen über Meistbegünstigung und Inländerbehandlung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens weder aufgrund des GATT 1994 noch aufgrund des GATS zur Anwendung<sup>72</sup>. Nur von den Vertragsparteien des GPA verlangt Art. III GPA, dass sie die Waren oder Dienstleistungen anderer Vertragsparteien wie auch die Anbieter nicht ungünstiger behandeln als inländische Waren, Dienstleistungen und Anbieter (Art. III Abs. 1 lit. a GPA; Inländerbehandlung; national treatment). Art. III Abs. 1 lit. a GPA richtet sich insbesondere gegen die protektionistische Unterstützung nicht konkurrenzfähiger einheimischer Industriezweige<sup>73</sup>. Zugleich dürfen die Vertragsstaaten Waren, Dienstleistungen und Anbieter einer Vertragspartei nicht ungünstiger behandeln als diejenigen einer anderen Vertragspartei (Art. III Abs. 1 lit. b GPA; Meistbegünstigung). Demgegenüber enthält das GPA keine Regel zur Gleichbehandlung inländischer Anbieter untereinander<sup>74</sup>. Das Prinzip der Meistbegünstigung wird allerdings mehrfach relativiert. So müssen etwa Begünstigungen, die zwischen zwei Parteien vereinbart sind, Anbietern aus den übrigen Vertragsstaaten nicht weitergegeben werden. Zudem sind auch Gegenrechtsvorbehalte möglich und von grosser praktischer Bedeutung<sup>75</sup>.

Verpönt ist nach dem Gesagten aus der Sicht des WTO-Rechts namentlich jede Bevorzugung nationaler Anbieter und Produkte. Als Beispiel nennt Arrowsmith Erfüllungsgarantien („performance bond“), die nur von ausländischen Anbietern verlangt werden<sup>76</sup>. Ebenfalls nicht GPA-konform wäre es, den Anbietern vorzugeben, zur Unterstützung der einheimischen Holzindustrie nur Schweizer Holz zu liefern oder zu verwenden, auch wenn damit ein Vorteil für die Umwelt verbunden wäre. Vorgaben in Bezug auf die inländische Herkunft eines Produktes sind als protektionistische Massnahme unzulässig<sup>77</sup>. Dasselbe gilt auch für die Verpflichtung, mit nationalen Anbietern „joint-ventures“ einzugehen<sup>78</sup>. In Art. XVI GPA wird im Sinne einer Konkretisierung ausdrücklich festgehalten, dass Industrieländer im Unterschied zu den Entwicklungsländern keine Kompensationsgeschäfte vorsehen dürfen. Dabei gilt aufgrund der Fussnote 10 eine Vorschrift betreffend nationale Rohstoffanteile (domestic content) als Kompensationsgeschäft.

---

<sup>72</sup> Vgl. Hilf/Oeter, a.a.O. [Fn. 55], § 25 Rz. 18 S. 477; vgl. auch Beyeler, a.a.O. [Fn. 5], S. 162 f.

<sup>73</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 328

<sup>74</sup> GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 950 ff., S. 1177; Beyeler, a.a.O. [Fn. 5], S. 164 f. Rz. 232

<sup>75</sup> Vgl. dazu etwa Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 4], S. 334, sowie die bei Senti, WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Zürich/Wien 2000, Rz. 1449, genannten Beispiele

<sup>76</sup> Arrowsmith, National Treatment and MFN under the GPA (zitiert als: National Treatment), in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 154 ff., S. 160

<sup>77</sup> Vgl. dazu für das schweizerische Recht etwa den Entscheid BRK 011-1997 vom 4. Dezember 1997, in: Baurecht 2/1998, S. 50 Nr. 172.

<sup>78</sup> Hilf/Oeter, a.a.O. [Fn. 55], § 25 Rz. 19, S. 478

Gegen das Prinzip der Inländerbehandlung kann auch eine de facto-Diskriminierung bei formeller Gleichbehandlung verstossen, zum Beispiel durch eine an nationaler Standardisierung anknüpfende Produktebeschreibung ohne den Hinweis, dass auch andere Produkte bewertet werden, die denselben funktionalen Erfordernissen genügen<sup>79</sup>. Aber wie der Freihandelsgedanke selbst kann auch die Regel der Inländerbehandlung nicht absolut gelten. So führen nach Arrowsmith produktbezogene Umwelanforderungen an Produkte, die etwa aus biologisch abbaubarem Material hergestellt sein sollen, nicht automatisch zur Verletzung von Art. III GPA wegen fehlender Inländerbehandlung, selbst wenn die verlangten Produkte von einheimischen Anbietern leichter geliefert werden können<sup>80</sup>.

Entscheidend ist die Frage, ob bereits die Gefahr versteckter Handelsschranken das Einbeziehen von ökologischen Gesichtspunkten in das Vergabeverfahren verbietet. Davon ist indessen nicht auszugehen. Es soll nicht im Sinne der Vermeidung schon der abstrakten Gefährdung (meint mit Blick auf einen möglichen Verstoss gegen die Prinzipien von Art. III GPA) jeder Einbezug ökologischer Vorgaben ausgeschlossen werden<sup>81</sup>. Vielmehr soll versteckter Protektionismus durch eine sachgerechte Anwendung der Diskriminierungs- und Transparenzvorschriften wirksam verhindert werden. Unbestritten ist demgegenüber – vergleichbar dem Binnenmarktrecht –, dass selbst im Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmungen gemäss Art. XXIII Ziff. 2 GPA die Berücksichtigung lediglich vorge-schobener Umweltinteressen, die in Wirklichkeit der Benachteiligung ausländischer Anbieter dienen, unzulässig ist<sup>82</sup>.

Kernaussage 9: Auf welthandelsrechtlicher Ebene steht die Klärung der Frage, ob und inwieweit das GPA die Verfolgung vergabefremder Zwecke im nationalen Vergaberecht zulässt, noch aus. Unverändert kontrovers sind aus der Sicht des GPA die „echt“ vergabefremden Aspekte, das heisst Gesichtspunkte, die keinen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen. Demgegenüber ist in Bezug auf die Berücksichtigung ökologischer Aspekte, welche sich etwa als Anforderung an das zu beschaffende Produkt oder als Eignungskriterium definieren lassen, ein Wandel festzustellen. Hier gewinnt die Rechtsauffassung zunehmend an Boden, wonach sich die Berücksichtigung ökologischer Aspekte in dieser Form grundsätzlich als GPA-konform erweist, auch wenn damit faktisch Marktzutrittsschranken geschaffen werden, soweit damit nicht die eigene Wirtschaft bevorzugt werden soll. Diese Auffassung liegt auch dem neuen EU-Vergaberecht zugrunde, wobei dort sogar „echt“ vergabefremde Aspekte integriert werden (vgl. Kernaussage 20).

<sup>79</sup> Arrowsmith, National Treatment, a.a.O. [Fn. 76], S. 161

<sup>80</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 331 und S. 334

<sup>81</sup> So in Bezug auf das schweizerische Recht Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 373 f.

<sup>82</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 368

### 3. Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA

#### 3.1 Art. VI GPA: Technische Spezifikationen

##### 3.1.1 Marktbeschränkung durch technische Spezifikationen allgemein

Technische Spezifikationen dürfen nach Art. VI Ziff. 1 GPA nicht in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel („unnecessary obstacles to international trade“) zu schaffen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Absicht nachgewiesen wird, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen; entscheidend ist vielmehr die Wirkung<sup>83</sup>. Art. VI GPA geht über Art. III GPA hinaus, indem auch dann ein unnötiges Handelshemmnis vorliegen kann, wenn ein unnötigerweise verlangtes Material sowohl von einheimischen als auch von ausländischen Anbietern verwendet wird<sup>84</sup>. Nach Art. VI Ziff. 2 lit. b GPA sollen zur Umschreibung der technischen Anforderungen internationale Standards verwendet werden, wo solche existieren, um jeden Protektionismus zu vermeiden<sup>85</sup>. Es ist unzulässig, ohne Begründung lokale Normen als für die Vergabe massgebend zu definieren, wenn internationale Normen vorhanden sind<sup>86</sup>. Von den internationalen Normen kann indessen abgewichen werden, wenn sie bestimmte Ziele nicht umsetzen<sup>87</sup>. Wo internationale Normen fehlen, kann auf nationale technische Vorschriften, anerkannte Normen oder Bauvorschläge („building codes“) zurückgegriffen werden (Art. VI Ziff. 2 lit. b GPA). Arrowsmith versteht dabei Art. VI GPA so, dass es nicht das Ziel dieser Bestimmung sei, dass Beschaffungsstellen „secondary policies“ im Lichte dieser Norm rechtfertigen müssten; entscheidend ist nach dieser Autorin vielmehr, dass keine Angebote ausgeschlossen werden, die den gestellten Anforderungen gerecht werden<sup>88</sup>. Daraus ergibt sich ein gewisser Spielraum in Bezug auf die Frage, inwieweit ein durch eine Spezifikation geschaffenes Handelshemmnis unnötig ist.

Arrowsmith geht vom Grundsatz aus, dass es Sache der Beschaffungsstelle ist, ob sie einen Picasso oder einen Rembrandt kaufen will, oder ob sie zwei Verkehrszentren mit einer Autobahnbrücke oder einem Tunnel verbinden will. Wenn sie sich für die Brücke entscheidet, kann sie dann ebenso frei bestimmen, ob sie die

---

<sup>83</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 303 ff., S. 312 und S. 317; vgl. auch dies., Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 335

<sup>84</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 313

<sup>85</sup> Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 10; Trüeb, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 500

<sup>86</sup> Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 103 zu Art. 5

<sup>87</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 352

<sup>88</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 335

Autobahn mit einem Asphalt- oder einen Betonbelag versehen will? Handelt es sich hier um eine Rahmenbedingung, die die Vergabestelle frei festlegen kann, oder bereits um eine technische Spezifikation?<sup>89</sup> Könnte dies allenfalls dazu führen, dass die Vergabestelle gestützt auf Art. VI GPA verpflichtet wäre, Varianten zu prüfen? Schon diese Problemanalyse führt Arrowsmith dazu, dass nicht jede Vorgabe an ein Produkt als technische Spezifikation und nicht jede technische Spezifikation als Handelshemmnis zu verstehen ist<sup>90</sup>. Es wäre aber möglich und wird in der Literatur vertreten, die Tatbestandsmässigkeit des Handelshemmnisses weit zu interpretieren und dann auf die entsprechende technische Spezifikation auf deren Rechtfertigung hin zu prüfen. Diesfalls wäre, so Arrowsmith, von einem weiten Ermessensspielraum der Vergabestelle auszugehen. Eine allfällige rechtliche Überprüfung müsste grösste Vorsicht und Zurückhaltung walten lassen bei der Überprüfung der Entscheidung, die der Festlegung der technischen Spezifikationen zugrunde liegen<sup>91</sup>. Dabei weist Arrowsmith darauf hin, dass die Vorgabe einer technischen Spezifikation durch den Staat als Nachfrager einen weniger grossen Eingriff bedeutet als ein Importverbot desselben Inhalts, mit welchem der Staat den ganzen Markt reguliert<sup>92</sup>. Zu den einzelnen Erfordernissen gemäss Art. VI GPA wird auf die Darstellung zum Beschaffungsrecht des Bundes (insbesondere den Abschnitt V/3.3 hiernach) verwiesen, da die Regelung von Art. 12 BoeB so knapp ist, dass hier die Falllösung für das schweizerische Recht regelmässig direkt in Anwendung von Art. VI GPA erfolgt.

### **3.1.2 Marktbeschränkung durch ökologische technische Spezifikationen**

Der Umweltschutz ist ein legitimes öffentliches Interesse, welches die Einschränkung des Handels zu rechtfertigen vermag. Klar ist in diesem Zusammenhang nach Arrowsmith, dass die Beschaffungsstelle die Höhe etwa des Schutzstandards („level of protection“), den sie etwa in Bezug auf die Lagerung oder den Transport von gefährlichen Gütern verlangt, grundsätzlich selbst definieren darf<sup>93</sup>. Damit können also technische Spezifikationen nicht mit der Begründung angefochten werden, ein weniger hoher Schutzstandard würde ebenfalls genügen. Dies gilt auch für die angestrebten Wirkungen eines Produkts auf die Umwelt („environmental

---

<sup>89</sup> Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, dass etwa Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 137 f., in der Vorgabe, es solle grüner Strom beschafft werden, gar keine Definition von Herstellungsbedingungen sieht, sondern eine (nicht an Art. VI GPA zu messende) Wahl des Kaufgegenstandes.

<sup>90</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 316

<sup>91</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 316

<sup>92</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 315 und S. 319; ebenso Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 351 und S. 364 f.

<sup>93</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 315; Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 352

impact“)<sup>94</sup>. Arrowsmith weist indessen auch auf die Gegenmeinung hin, wonach mit der Überschreitung eines durch internationale Normen definierten Standards die Frage aufgeworfen werden kann, ob ein unnötiges Handelshemmnis vorliegt. Dazu hält sie indessen fest, dass selbst unter dieser Voraussetzung besondere Rahmenbedingungen der Beschaffung (Kauf von Inventar für Spitäler oder Kinderspielplätze) dazu führen müssten, dass mit der im Vergleich zu den internationalen Standards ehrgeizigeren Vorgaben nicht die Vermutung begründet wird, diese seien ein unnötiges Handelshemmnis<sup>95</sup>.

### 3.1.3 Herstellungsbedingungen als technische Spezifikationen

Hauser hat aus der Zulässigkeit der Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen des EU-Rechts auf die GPA-Konformität derartiger technischer Spezifikationen geschlossen. Auch aus dem WTO-Recht selbst lässt sich nach Hauser nichts Gegenteiliges ableiten<sup>96</sup>. Moser/Galli/Lang vertreten in Bezug auf die Zuschlagskriterien dieselbe Ansicht<sup>97</sup>, womit aus der Sicht dieser Autoren die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der technischen Spezifikationen ausser Streit steht. Die EU-Kommission stellt in ihrer interpretierenden Mitteilung über die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. Juli 2001 fest, dass im Rahmen der Definition der technischen Spezifikation des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen Produktionsverfahren ausdrücklich aufgeführt sind<sup>98</sup>. Dieser Konzeption haben sich für das schweizerische Recht wiederum Gauch/Stöckli angeschlossen, was ebenfalls eine entsprechende Auslegung des GPA voraussetzt<sup>99</sup>. In gleicher Weise betrachtet Kunzlik Herstellungsbedingungen, die sich nicht auf das Produkt auswirken, als zulässig, und begründet dies mit dem Wortlaut von Art. VI GPA („the processes and methods for their production“)<sup>100</sup>. Die Herstellungsbedingungen werden aber auch aus der Sicht des Verbrauchers mehr und mehr mit dem Produkt selbst in Verbindung gebracht. Wenn es nun so ist, dass dieses Argument schon im Rahmen der Importverbote für die

---

<sup>94</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 313

<sup>95</sup> Arrowsmith, Technical Specifications, a.a.O. [Fn. 83], S. 319 mit Hinweisen

<sup>96</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 353 und S. 361 ff.

<sup>97</sup> Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, Zürich 2003, S. 204 Rz. 434

<sup>98</sup> 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 endg.), Punkt II/1.2 S. 12 mit Fn. 19; vgl. zum Ganzen den Abschnitt IV/3.4 hiernach.

<sup>99</sup> Gauch/Stöckli, Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, S. 22 f.; im selben Sinne auch Trüeb, a.a.O. [Fn. 85], der drauf hinweist, dass ein direkter Bezug zu den physischen Charakteristika eines Erzeugnisses nicht vorausgesetzt wird.

<sup>100</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 159 f.; ablehnend Kunnert, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 43



Gleichbehandlung von Produkten von Bedeutung sein kann, wie der Asbest-Streit zwischen Kanada und der Europäischen Union gezeigt hat<sup>101</sup>, stellt sich die Frage, ob dies nicht umso mehr gelten muss im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit von technischen Spezifikationen, die diesem Umstand Rechnung tragen. Dies namentlich angesichts der Tatsache, dass derartige technische Spezifikationen den liberalisierten Welthandel wesentlich weniger beeinträchtigen als Importverbote. Damit wiegt der Vorwurf der extraterritorialen Umweltpolitik<sup>102</sup> im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens weniger schwer als in Bezug auf die Regulierung der Einfuhr<sup>103</sup>. In diesem Sinne weisen Cottier/Oesch darauf hin, dass, selbst für den Fall, dass im klassischen WTO-Recht die Unterscheidung zwischen „product-related“ und „process-related“ aufrecht erhalten wird, die Beurteilung im Rahmen des GPA anders lauten kann<sup>104</sup>. Werden Umweltzeichen verwendet, sollen anderweitige Nachweise zugelassen werden<sup>105</sup>. Selbstverständlich gilt auch für die Herstellungsbedingungen, dass sie keine unnötigen Handelshemmnisse darstellen und nicht gegen die Prinzipien der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung verstossen dürfen<sup>106</sup>. Ein unnötiges Handelshemmnis wird vermutet, wenn eine Beschaffungsstelle, ohne im Übrigen besondere Umwelteigenschaften des Produkts zu definieren, die lokalen Herstellungsbedingungen auch von ausländischen Anbietern verlangt. Nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob technische Spezifikationen auch soziale Kriterien beinhalten können<sup>107</sup>.

Kernaussage 10: Es ist nebst dem Umstand, dass technische Spezifikationen eine gewisse Nähe zum Kaufentscheid selbst aufweisen, auch auf Wortlaut und Auslegung des GPA zurückzuführen, dass den Vergabestellen bei der Festlegung der technischen Spezifikationen traditionell mehr Spielraum eingeräumt wird als in Bezug auf die Definition der Zuschlagskriterien. Dies wirkt sich – nebst dem Wortlaut von Art. VI GPA – zugunsten der umweltfreundlichen Beschaffung aus.

<sup>101</sup> Vgl. dazu Breining-Kaufmann, Ein Sieg für die Umwelt? – Der Entscheid der WTO im Asbest-Streit zwischen Kanada und der Europäischen Union, in: AJP 2001, S. 1169 ff., S. 1172; Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 362

<sup>102</sup> Vgl. dazu Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 18 f.; Grolimund führt dazu aus, im Rahmen der völkerrechtlichen Schranken sei eine extraterritoriale Anwendung des Innerstaatlichen Rechts nicht nur zulässig, sondern erscheine geradezu als ein Wesensmerkmal der heutigen internationalen Wirtschaftsordnung (a.a.O., S. 21).

<sup>103</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 364 f.

<sup>104</sup> Cottier/Oesch, a.a.O. [Fn. 57], S. 1044 f.

<sup>105</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 162; für durchgesetzte Umweltzeichen abweichend Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 353. Wenn die Labels allgemein verbreitet, aussagekräftig und für alle Anbieter fair und innert vernünftiger Frist zugänglich sind, kann für das schweizerische Recht und das GPA nach diesem Autor auf die alternative Zulässigkeit individueller Nachweise verzichtet werden.

<sup>106</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 160

<sup>107</sup> Cottier/Oesch, a.a.O. [Fn. 57], S. 1044; zu den gemischten Umweltzeichen, die sowohl ökologische als auch soziale Standards definieren, vgl. den Abschnitt V/4.5 hiernach.

### 3.2 Art. VIII GPA: Qualifikation der Anbieter (Qualification of Suppliers)

Galli/Lehmann/Rechsteiner weisen im Rahmen der Frage, ob ökologisches Know-how als Eignungskriterium verlangt werden darf, auf Art. VIII lit. b Satz 1 GPA hin. Dort wird festgehalten, dass die Bedingungen für die Teilnahme auf diejenigen zu beschränken sind, welche wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Diese Bestimmung ist – so die genannten Autoren – nicht abschliessend zu verstehen, wenn sie die finanzielle, kommerzielle und technische Leistungsfähigkeit als Eignungsvoraussetzungen beschreibt. Wenn die Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium genannt werde, so müsse der Anbieter auch nachweisen können, dass er über die nötigen Kenntnisse verfügt und damit in der Lage ist, das im Angebot abgegebene Leistungsversprechen tatsächlich zu erfüllen. In diesem Sinne sei auch Art. 9 Abs. 1 BoeB zu verstehen<sup>108</sup>. Damit liegt in diesem Falle kein vergabefremdes Kriterium vor. Denselben Gedanken formuliert auch Kunzlik, der davon ausgeht, dass für den Fall, dass die Vergabestelle umweltspezifische technische Spezifikationen vorgibt, auch Anforderungen an den Anbieter in diesem Sinne (zur „environmental performance“) zulässig bzw. Teil der technischen Leistungsfähigkeit des Anbieters sind<sup>109</sup>. Dieser Schluss wird auch durch den Wortlaut von Art. VIII lit. b Satz 2 GPA gestützt, welcher Regeln enthält betreffend die zu erfüllenden Teilnahmebedingungen („any conditions for participation“), einschliesslich („including“) der finanziellen Garantien, der technischen Qualifikationen und der Informationen, die zum Nachweis der finanziellen, kommerziellen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter dienen. Nach Arrowsmith gehört die richtige Ausrüstung und die Qualifikation des Personals zu diesen Bedingungen<sup>110</sup>. Entsprechend formuliert auch Hauser, angesprochen werde insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, technische, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit. Auch ökologisches Know-how darf demnach als Eignungskriterium verlangt werden<sup>111</sup>. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können auch Umweltmanagementsysteme wie ISO 14001, ISO 14004 oder EMAS dienen<sup>112</sup>. Wie bei Qualitätsmanagementsystemen ist auch hier der Bezug auf spezielle lokale Zertifikate zu vermeiden<sup>113</sup>. Die Bedingungen sind nach dem Wortlaut von Art. VIII lit. b Satz 1 GPA auf solche zu beschränken, welche wesentlich sind, um die Eignung zu gewährleisten<sup>114</sup>. Je klarer aus der Ausschreibung in Bezug auf die

---

<sup>108</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 121

<sup>109</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 162

<sup>110</sup> Arrowsmith, Supplier Qualification and Use of Supplier Lists, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 223 ff., S. 225

<sup>111</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 355.

<sup>112</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 162

<sup>113</sup> Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 103 zu Art. 5

<sup>114</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 118 Rz. 376

Formulierung der technischen Spezifikationen und/oder der Zuschlagskriterien hervorgeht, dass eine umweltfreundliche Vergabe gewollt ist, desto glaubwürdiger ist aus wirtschaftspolitischer Sicht die Definition entsprechender Eignungskriterien mit der damit verbundenen Marktbeschränkung. Dabei ist nach der hier vertretenen Auffassung darauf zu achten, dass ein Zusammenhang besteht zwischen den Selbstverpflichtungen des Anbieters etwa gemäss ISO 14001 und dem Auftragsgegenstand<sup>115</sup>. Schliesslich kann in Anforderungen, die der Sache nach das Anbieterverhalten ohne hinreichenden Zusammenhang zum nachgefragten Produkt steuern sollen (Beispiel: Vorgabe, dass eine Müllentsorgungsfirma für die Büroarbeit Recyclingpapier verwenden soll), weder eine technische Spezifikation noch ein Eignungskriterium im Sinne von Art. VIII lit. b GPA gesehen werden<sup>115a</sup>.

Kernaussage 11: Zulässig sind nach Art. VIII GPA Anforderungen an die Anbieter, die wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den in Frage stehenden Auftrag erfüllen kann. Dies kann, sofern die Vergabestelle für die Anbieter erkennbar bei der Ausführung des Auftrags Wert legt auf die Berücksichtigung ökologischer Aspekte, auch auf die entsprechende Ausrüstung oder ökologisches Know-how zutreffen.

Geteilt sind die Meinungen in Bezug auf die Frage, ob die „conditions of participation“ auch vergabefremde Teilnahmevoraussetzungen beinhalten können, die über eigentliche Eignungskriterien hinausgehen. Im Birma- bzw. Massachusetts-Fall haben die EG und Japan gegenüber den USA argumentiert, die Berücksichtigung von Menschenrechtsstandards im Rahmen der „conditions of participation“ sei nicht konform mit Art. VIII GPA. Zu einer Entscheidung über die Frage, ob es zulässig ist, im Interesse der Menschenrechte die Beschaffung von Produkten aus Birma auszuschliessen, ist es jedoch nicht gekommen<sup>116</sup>. Büsing schliesst aus Art. VIII GPA, dass politische oder vergabefremde Teilnahmevoraussetzungen gegen diese Vorschrift verstossen<sup>117</sup>. Das Verwaltungsgericht Zürich geht davon aus, dass das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung

<sup>115</sup> Vgl. dazu den Abschnitt V/2.3 hiernach; der Liberalisierungsbericht der KBBK vom 15. Januar 2001 (S. 56 f.) geht sogar davon aus, dass bei fehlendem Bezug in der Berücksichtigung des Nachweises von Umweltmanagementsystemen ein Verstoss gegen das Nichtdiskriminierungsgebot zu sehen ist.

<sup>115a</sup> Vgl. zur Bedeutung des Art. VIII GPA in Bezug auf die Herstellungsbedingungen Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 21, und den Abschnitt V/4.5 hiernach

<sup>116</sup> Vgl. dazu etwa Blaas, Ökologische Aspekte im Vergaberecht, Zürich 2004, S. 33 f.

<sup>117</sup> Büsing, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen: Eine Untersuchung seines Regelungsgehalts unter besonderer Berücksichtigung der local remedies rule, Göttingen 2002, S. 240; vgl. auch Blaas, a.a.O. [Fn. 116], S. 34, und Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 21

gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten, die keine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, zu einer nach dem GPA unzulässigen Diskriminierung führen kann. Demzufolge dürfe es gegenüber Anbietern aus diesen Vertragsstaaten nicht angewendet werden<sup>118</sup>. Damit wird aber nicht gesagt, dass schon Art. VIII GPA dieses Kriterium ausschliesst, denn sonst dürfte es auch gegenüber Vertragsstaaten mit vergleichbarem Lehrlingswesen nicht angewendet werden. Richtig ist jedenfalls, dass das Lehrlingswesen kein Eignungskriterium darstellt. Damit bleibt aber die Frage offen, ob es nicht in Form etwa von speziellen Vertragsbedingungen („contract-specific conditions“) berücksichtigt werden dürfte. Arrowsmith handelt unter dieser Kategorie etwa die Mindeststandards in Bezug auf Arbeitsbedingungen ab<sup>119</sup>. In Art. VIII lit. h GPA wird ausdrücklich gesagt, dass keine Bestimmung der Buchstaben a-g dem entgegensteht, dass ein Anbieter, zum Beispiel wegen Konkurs oder unwahrer Erklärungen, ausgeschlossen wird, sofern dies mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung vereinbar ist. Damit sind auch die Ausschlussgründe des Art. 11 BoeB durch Art. VIII lit. h GPA als „secondary qualification conditions“ zugelassen, soweit sie mit den Grundprinzipien des GPA vereinbar sind<sup>120</sup>.

### **3.3 Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung (Award of Contracts)**

Nach Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA erteilt die Beschaffungsstelle den Zuschlag dem Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot – gleich, ob es sich um in- oder ausländische Waren und Dienstleistungen handelt – entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das günstigste („most advantageous“) beurteilt wird. Damit bleibt den Vertragsstaaten die Wahl, ob sie die Zuschlagserteilung an das billigste oder das wirtschaftlich günstigste Angebot vorsehen<sup>121</sup>. Senti hält dazu im Hinblick auf Art. XVI GPA fest, die Berücksichtigung von Kompensationsgeschäften sei grundsätzlich unzulässig<sup>122</sup>. Verpönt sind aus dieser Sicht insbesondere Vorschriften betreffend nationale Rohstoffanteile oder Lizenzerteilung für Technologie<sup>123</sup>. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen muss insbesondere „die wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung eines Anbieters

---

<sup>118</sup> Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, E. 3b

<sup>119</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 335 f.

<sup>120</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 337 und S. 339

<sup>121</sup> Esseiva, *Les problèmes liés au prix*, in: *Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004*, S. 27 ff., insb. S. 27 mit Hinweisen

<sup>122</sup> Senti, a.a.O. [Fn. 75], Rz. 1455

<sup>123</sup> Vgl. auch Biaggini, *Abkommen*, a.a.O. [Fn. 4], S. 336

für die betreffende Region“ ausser Betracht bleiben<sup>122a</sup>. Senti äussert sich auch kritisch gegenüber ähnlichen Anforderungen, die dazu dienen, die lokale Entwicklung zu fördern<sup>124</sup>. Darin eine ablehnende Haltung gegenüber der Berücksichtigung von Umweltaspekten zu sehen, ginge aber zu weit. Vielmehr hebt Senti hervor, dass für den Zuschlag der Preis und nichtgeldwertmässige Aspekte wie etwa Qualität und Umweltverträglichkeit von Bedeutung sind<sup>125</sup>. Davon geht auch der Liberalisierungsbericht der KBBK aus, wobei dort die Auffassung vertreten wird, dass vergabefremde Aspekte generell ausser Betracht bleiben müssen<sup>125a</sup>. Büsing beurteilt mit Blick auf das günstigste Angebot im Unterschied zur Eignung weniger streng, ob die Zuschlagskriterien konkret-wirtschaftlich verstanden werden oder gar vergabefremd sind<sup>126</sup>. Odendahl vertritt die Ansicht, da vom „vorteilhaftesten“ und nicht vom „wirtschaftlich vorteilhaftesten“ Angebot die Rede sei, sei diese Formulierung am ehesten vergabefremden Kriterien zugänglich<sup>127</sup>. Anderer Meinung ist etwa Priess, der davon ausgeht, dass Art. XIII Abs. 4 lit. b zwar nicht vom wirtschaftlich günstigsten Angebot spreche, aber nur anhand dieses Begriffs richtig verstanden werden könne<sup>128</sup>. Nach Grolimund ist der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots jedenfalls so weit auszulegen, dass auch ökologische Aspekte darunter Platz finden<sup>129</sup>. Dieser Autor hat ausserdem darauf hingewiesen, dass Kunnert, der üblicherweise als Gegner vergabefremder Kriterien gehandelt wird, sich in Bezug auf ökologische Aspekte vor allem insofern positiv geäussert hat, als sie als Teilgehalt der Qualität eines Produkts verstanden werden können<sup>130</sup>. Kunnert lehnt indessen insbesondere die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen ab, soweit sie sich nicht ihren Niederschlag im Produkt selbst finden<sup>130a</sup>. Wichtig ist, dass die Vergabe aufgrund der bekannt gegebenen Bewertungskriterien erfolgt. Insbesondere sollen die Transparenzvorgaben das Dissimulieren von diskriminierenden Praktiken erschweren<sup>131</sup>. Entsprechend kommt Hauser, der

---

<sup>122a</sup> Entscheid BRK 11/97 vom 4. Dezember 1997, publiziert in: Baurecht 2/98, S. 50 f. mit Anmerkung Gauch

<sup>124</sup> Senti, a.a.O. [Fn. 75], Rz. 1455

<sup>125</sup> Senti, a.a.O. [Fn. 75], Rz. 1454; davon geht auch der Liberalisierungsbericht, a.a.O. [Fn. 1], Punkt 2.1 S. 5, aus.

<sup>125a</sup> Bericht der KBBK über die Auswirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz vom 15. Januar 2001, S. 14 und S. 35

<sup>126</sup> Büsing, a.a.O. [Fn. 117], S. 242 f.; vgl. auch Blaas, a.a.O. [Fn. 116], S. 34 f.

<sup>127</sup> Odendahl, a.a.O. [Fn. 49], S. 651; so auch Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 98 f., und Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 163

<sup>128</sup> Priess/Pitschas, Secondary Policy Criteria, a.a.O. [Fn. 59], S. 190

<sup>129</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 20 f.

<sup>130</sup> Grolimund stellt deshalb fest, es bleibe unklar, ob und wieweit Kunnert Umweltaspekte als vergabefremdes Kriterium betrachte (a.a.O. [Fn. 7], S. 16 mit Fn. 66). Kunnert führt aus, dass „vergabefremde“ Aspekte wie sozialpolitische, frauenpolitische oder sonstige wirtschaftspolitische Überlegungen auf die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keinen Einfluss haben dürfen (a.a.O. [Fn. 100], S. 275).

<sup>130a</sup> Kunnert, a.a.O. [Fn. 100], S. 43

<sup>131</sup> Arrowsmith, The GPA's Award Procedures: An Introduction, a.a.O., [Fn. 65], S. 169 f.

darauf hinweist, dass die Vorschrift von Art. XIII GPA in diesem Sinne rein formal ist, zum Schluss, dass es den Vertragsstaaten überlassen bleibt, nach welchen spezifischen Kriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird<sup>132</sup>. Dies entspricht auch der Auslegung des GPA nach seiner Natur als Mindeststandard. Vorsichtigerweise sollte aber davon ausgegangen werden, dass Art. XIII GPA - unabhängig davon, wie die Bestimmung generell zu verstehen ist – jedenfalls in Bezug auf die Gewichtung der Umweltkriterien nicht rein formaler Natur ist. Dies bedeutet, dass Art. XIII GPA möglicherweise dadurch verletzt werden kann, dass die Umwelteigenschaften im Vergleich zum Preis zu stark gewichtet werden.

Kernaussage 12: Das GPA kann, ohne seiner Zielsetzung Zwang anzutun, so ausgelegt werden, dass das Zuschlagskriterium „Umweltverträglichkeit“ - nicht exzessive Gewichtung vorausgesetzt - auch dann als solches berücksichtigt werden darf, wenn damit ökologische Vorteile bewertet werden, die sich nicht direkt im Rahmen der Vergabe finanziell zugunsten der Vergabestelle auswirken (vgl. dazu die Kernaussage 8). Strittig ist und bleibt vor allem die Berücksichtigung von Umweltaspekten ohne hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand.

### 3.4 Art. XXIII GPA: Ausnahmebestimmungen (Exceptions)

Arrowsmith betont in Bezug auf die Ausnahmebestimmungen von Art. XXIII zunächst, dass diese keinen Raum geben für (protektionistische) Industriepolitik etwa im Sinne der Stützung nicht konkurrenzfähiger einheimischer Industriezweige<sup>133</sup>. Während dieselbe Autorin nicht strukturpolitisch motivierte Sekundärzwecke im Vergaberecht in gewissem Umfang schon ohne Anwendung der Ausnahmeklausel zulassen möchte, ist es – worauf etwa Grolimund hinweist – ebenso möglich, die Abwägung zwischen Wettbewerb und Umwelt (mit demselben Ergebnis) gestützt auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA vorzunehmen<sup>134</sup>. Nach dieser Klausel darf keine Bestimmung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen so ausgelegt werden, dass sie eine Vertragspartei daran hindert, Massnahmen zu beschliessen oder durchzuführen [unter anderem] zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen. Dies unter dem Vorbehalt, dass die zu treffenden Massnahmen nicht so angewendet werden, dass sie zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in

<sup>132</sup> Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1405

<sup>133</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 345

<sup>134</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 19 f.

denen die gleichen Bedingungen herrschen, oder zu einer verdeckten Beschränkung des internationalen Handels führen. Damit ist Art. XXIII Ziff. 2 GPA seiner Struktur nach ein Rechtfertigungsgrund für prima facie im Lichte insbesondere des Grundsatzes der Inländerbehandlung unzulässige Vorgaben des Auftraggebers<sup>135</sup>. Der Vorbehalt willkürlicher oder ungerechtfertigter Diskriminierung führt seinerseits wieder zu einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne, dass auch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht jeder Verstoss gegen die Grundprinzipien des liberalisierten Welthandels zulässig ist<sup>136</sup>. Je eher sich etwa die Definition von Herstellungsbedingungen an internationalen Standards oder einem internationalen Abkommen orientieren, desto mehr erweisen sich entsprechende Anforderungen an die Herstellung im Ausland als verhältnismässig<sup>137</sup>.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Regel, wonach Ausnahmebestimmungen grundsätzlich eng auszulegen sind, auch auf Art. XXIII Ziff. 2 GPA anzuwenden ist. Arrowsmith vergleicht Art. XXIII Ziff. 2 zunächst mit Art. XX GATT. Diese Regel ist nach der (neuerdings aufgrund der Kritik der Doktrin etwas relativierten) Rechtsprechung des Appellate Body eng zu verstehen („to be narrowly construed“). Arrowsmith selbst lehnte diese Sichtweise ab<sup>138</sup>. Art. XXIII Ziff. 2 GPA ist auch nach der schweizerischen Doktrin weit zu verstehen. Grolimund leitet unter Hinweis auf Trüeb aus der Praxis zu Art. XX GATT ab, dass die Ausnahmeklausel von Art. XXIII Ziff. 2 GPA sachlich weit auszulegen ist, d.h. dass grundsätzlich sämtliche Aspekte des Umweltschutzes unter Art. XXIII Ziff. 2 GPA subsumiert werden können<sup>139</sup>. Das gilt nach Hauser auch für die Verfolgung globaler ökologischer Interessen<sup>140</sup>. Demgegenüber hat etwa das Verwaltungsgericht Zürich festgehalten, dieser Vorbehalt sei primär auf umweltrelevante Auswirkungen eines Produkts oder einer Dienstleistung im importierenden Staat ausgerichtet<sup>141</sup>. Dabei ist in Bezug auf Importverbote seit dem Fall Tuna I eine Entwicklung festzustellen, wonach extraterritoriale ökologische Anforderungen unter gewissen Voraus-

---

<sup>135</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 20

<sup>136</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 348. Nach Hauser (Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 367 f.) ist die Verhältnismässigkeitsprüfung zugunsten der ökologischen Kriterien im Rahmen von Art. XXIII Abs. 2 GPA grosszügiger als im Rahmen des GATT selbst.

<sup>137</sup> Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 110 zu Art. 5

<sup>138</sup> Arrowsmith, Coverage of the GPA, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 99 ff., insb. S. 144 f.; dies., Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 346; Priess/Pitschas, a.a.O. [Fn. 59], S. 192 ff., gehen demgegenüber davon aus, dass Art. XX GATT und Art. XXIII Ziff. 2 GPA derselben Logik folgen.

<sup>139</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 16; vgl. auch Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 367 mit Hinweisen; demgegenüber aufgrund ihrer Konzeption kritisch Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 346.

<sup>140</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 368 mit Hinweisen; anders Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 346

<sup>141</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.1998.00359 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 255 ff., E. 3c S. 260

setzungen zulässig sein können<sup>142</sup>. Für eine grosszügigere Auslegung von Art. XXIII Ziff. 2 GPA im Vergleich zu den ähnlich formulierten Ausnahmebestimmungen in Bezug auf generelle Importverbote<sup>143</sup> spricht der Umstand, dass Beschaffungsvorgaben im Vergleich zu generellen Importverboten wesentlich weniger einschneidend sind, womit ökologische Vorgaben in weiterem Umfange als zulässig betrachtet werden könnten als im Rahmen von Importverboten. Entsprechend hebt etwa Hauser hervor, dass der Staat als Nachfrager einen weiteren Handlungsspielraum haben muss als als Regulator<sup>144</sup>. Dieser Gedanke ist für die Auslegung des GPA generell massgebend. Ganz allgemein ist zudem die statuierte Rechtsfolge ein wertvolles Auslegungselement. So ist etwa Zurückhaltung geboten, wenn zum Schutze von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen ein Auftrag nicht nach den Bestimmungen des BoeB vergeben, dem Wettbewerb also gänzlich entzogen werden soll<sup>145</sup>.

Arrowsmith beschreibt die Ausnahmen gemäss Art. XXIII Ziff. 2 GPA – ausgehend von ihrem generell grosszügigen Konzept in Bezug auf die Berücksichtigung von „secondary policies“ und ökologischer Aspekte – als eng<sup>146</sup>. Dabei ist nicht ganz klar, ob sie nur den Katalog der Rechtfertigungsgründe als eng beurteilt oder die Auslegungsmöglichkeiten in Bezug auf die Tragweite der Rechtfertigungsgründe selbst. Jedenfalls leitet diese Autorin aus dieser Enge ab, dass „secondary policies“ nicht nur unter den in Art. XXIII Ziff. 2 GPA genannten Bedingungen zulässig sind<sup>147</sup>. Davon geht auch die EU-Kommission insbesondere aus in Bezug auf die Frage, ob Herstellungsbedingungen im Rahmen technischer Spezifikationen zulässig sind. Weil Art. VI GPA das Produktionsverfahren ausdrücklich mitumfasst, ist die Berücksichtigung der entsprechenden ökologischen Anforderungen<sup>148</sup> bereits durch diese Bestimmung gedeckt<sup>149</sup>. Damit wird auch keine Unterscheidung getroffen, ob sich die Herstellungsbedingungen am Ort der Herstellung oder am Ort der Lieferung auswirken. Zusammenfassend lässt sich ausser in Bezug auf die mögliche Struktur der Prüfung inhaltlich wenig sagen über die Möglichkeiten, die Art. XXIII Ziff. 2 GPA bietet, bzw. die Schranken, die diese Bestimmung der umweltfreundlichen Beschaffung setzt. Unübersehbar ist zwar, dass neuere Lehrmeinungen tendenziell einer Auslegung zugunsten der Umweltschutzbelange zuneigen. Eine Klärung durch Aussagen rechtsanwendender Organe steht aber nach wie vor aus.

---

<sup>142</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 18 f. mit Fn. 78; Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 349

<sup>143</sup> Zu den Unterschieden zu Art. XX lit. b GATT vgl. Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 15 f.

<sup>144</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 351 und S. 365

<sup>145</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. b BoeB; Hauser interpretiert auch diese Vorschrift in einem umfassenden Sinne unter Einschluss des Umweltschutzes (Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1416).

<sup>146</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 332 und S. 335

<sup>147</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 332

<sup>148</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 345

<sup>149</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/1.2 S. 12 mit Fn. 19



Kernaussage 13: Die neuere Lehre betont den Unterschied zwischen generellen Importverboten und der Definition der Anforderungen an den Gegenstand der Beschaffung. Als Einkäuferin, die nur punktuell das Lieferantenverhalten beeinflusst, ist die öffentliche Hand nach dieser an Boden gewinnenden Auffassung aus der Sicht des GPA weniger eingeschränkt als als Regulator des gesamten Marktes. Eine Klärung der Frage, welche Bedeutung der Ausnahmeklausel gemäss Art. XXIII Ziff. 2 GPA zukommt, steht indessen nach wie vor aus.

## IV. Das EG-Vergaberecht und die umweltfreundliche Beschaffung

### 1. Was bedeutet das europäische Vergaberecht für die Schweiz?

Auch nach Inkrafttreten des am 21. Juni 1999 unterzeichneten bilateralen Beschaffungsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft ist das Gemeinschaftsrecht für die Schweiz nicht massgebend. Weder die alten noch die neuen EG-Vergaberichtlinien werden übernommen. Ebenso wenig ergibt sich aus dem Abkommen die Pflicht zur Auslegung des Vergaberechts im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zum Beschaffungswesen<sup>150</sup>. Gleichwohl stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Rechtsvergleich mit der Europäischen Union namentlich in Bezug auf das Vergaberecht zukommt. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass der EuGH schon nur aufgrund der Tatsache, dass die EG-Vergaberichtlinien viel älter sind als GPA und BoeB, Rechtsprobleme bereits hat vertiefen können, die sich in der Schweiz frühestens seit etwa zehn Jahren stellen. Auch die Menge der Fälle führt dazu, dass zahlreiche Spezialfragen auf europäischer Ebene erörtert worden sind, die in der Schweiz erstmals im Rahmen der anstehenden Revision des Vergaberechts aufgeworfen werden. Es ist schon deshalb naheliegend, dass die schweizerische Rechtsprechung auf das EG-Vergaberecht und die Rechtsprechung dazu Bezug nimmt. Entsprechend hält Biaggini fest, dass es in der Regel „zweckmässig“ sein dürfte, „die bereits weit entwickelte Rechtsprechung des EuGH als Quelle der Inspiration zu nutzen und eine gewisse Einheitlichkeit anzustreben“<sup>151</sup>. Das gilt auch für die neuen Vergaberichtlinien in Bezug auf die Möglichkeiten, ökologische Aspekte im Rahmen der Beschaffung zu berücksichtigen<sup>152</sup>. So empfiehlt etwa Zufferey den schweizerischen Gesetzgebern (auf eidgenössischer und kantonaler Ebene), sich in

<sup>150</sup> Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 4], S. 369 und S. 372

<sup>151</sup> Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 4], S. 369 mit Hinweis auf „europafreundlichere“ Lehrmeinungen

<sup>152</sup> Dubey, Les considérations sociales et environnementales, in: Baurecht 4/2004, S. 167 f.

Bezug auf die Berücksichtigung sogenannt vergabefremder Aspekte durch diese Regelung inspirieren zu lassen<sup>153</sup>. War die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission Anregung für Lehrmeinungen, die sich in Bezug auf die Berücksichtigung von ökologischen Gesichtspunkten zurückhaltend geäußert haben<sup>154</sup>, so wäre es methodisch schwer verständlich, die neue europarechtliche Ausgangslage nicht als Argument heranzuziehen mit der Begründung, europäische Problemlösungsansätze seien für das schweizerische Beschaffungsrecht unbeachtlich<sup>155</sup>. Ob und wie weit dann das europäische Recht nach dessen Analyse in das zu revidierende Beschaffungsrecht einfließt, ist Sache des schweizerischen Gesetzgebers<sup>156</sup>.

Kernaussage 14: Es ist sachgerecht und methodisch geboten, die neue Rechtsprechung des EuGH zur umweltfreundlichen Beschaffung und die am 30. April 2004 veröffentlichten neuen EG-Vergaberechtlinien im Rahmen der sich vorliegend stellenden Fragen zu berücksichtigen.

## 2. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

### 2.1 Der Fall Concordia Bus Finland (Helsinki Bus Case)

Für die ökologische Beschaffung wie auch die Neufassung der EG-Vergaberichtlinien begleitend geworden ist die Entscheidung des EuGH vom 17. September 2002 in Sachen Concordia Bus Finland (sog. Helsinki Bus Case)<sup>157</sup>. Sie hat eine Phase grosser Rechtsunsicherheit in Bezug auf die rechtlichen Schranken der ökologischen Beschaffung beendet. Zuvor war die ökologische Beschaffung ein Diskussionsthema parallel zu (echt) vergabefremden Aspekten wie der Berücksichtigung von Langzeitarbeitslosen bei der Auftragsausführung<sup>158</sup>. In der (deutschen) Literatur herrschte weitgehende Einigkeit, dass die vom EuGH in Bezug auf diese beschaffungsfremden Aspekte entwickelten Rechtsgrundsätze auf

<sup>153</sup> Zufferey, Etude complémentaire [Fn. 3], S. 20

<sup>154</sup> So namentlich Gauch/Stöckli, Vergabethesen 1999, a.a.O. [Fn. 99], S. 22 f.

<sup>155</sup> Vgl. dazu Steiner, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht – ein Wink aus Europa, in: Beschaffungsmanagement 5/2004, S. 12 f.

<sup>156</sup> Vgl. zum Ganzen Stöckli, Das neue EU-Vergaberecht, in: Baurecht 2/2004, S. 75 f., insb. S. 76

<sup>157</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, Slg. 2002, I-7213; vgl. zum direkten Einfluss des Urteils auf die Novellierung der EG-Vergaberichtlinien etwa Schneider, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, in DVBI 2003, S. 1186 ff., S. 1189

<sup>158</sup> Vgl. dazu die Entscheidungen in der Rechtssache 31/87 Beentjes vom 20. September 1988, Slg. 1988, 4635, und in der Rechtssache C-225/98 Nord-Pas-de-Calais, Slg. 2000, I-7445

umweltpolitische Sekundärzwecke ebenso anwendbar seien<sup>159</sup>. Besonders für das Umweltthema gilt aber auch, dass die Kommission die frühere Rechtsprechung des EuGH<sup>160</sup> im Interesse einer klaren Wettbewerbsorientierung nur stark einschränkend rezipiert hat<sup>161</sup>.

Ausgangspunkt für den Entscheid des EuGH in Sachen Concordia Bus Finland und damit für einen Wendepunkt im Verständnis des europäischen Vergaberechts war die Ausschreibung von 7 Losen für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs der Stadt Helsinki. Los 6 betraf die Linie 62. Hier hatte die Firma Concordia das kostengünstigste Angebot eingereicht. Das städtische Busunternehmen HLK erhielt gleichwohl den Zuschlag wegen Zusatzpunkten aufgrund besserer Werte in den Bereichen Stickoxid- und Lärmemissionen der Busse<sup>162</sup>. Die EU-Kommission hatte in der interpretierenden Mitteilung zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge noch die Auffassung vertreten, die Berücksichtigung von Umweltaspekten sei nur insoweit zulässig, als diese für die Vergabestelle mit einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verbunden seien<sup>163</sup>. Demnach hätte die Concordia Bus Finland den Zuschlag erhalten müssen. Der EuGH hat aber entschieden, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung des Zuschlags auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht mit einem finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind. Einschränkend hat er verlangt, dass die Umweltschutzkriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind sowie dass alle Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden<sup>164</sup>. Diese Bedingungen sind vorliegend erfüllt gewesen, weshalb die Concordia Bus Finland vor dem EuGH unterlegen ist. Der Berücksichtigung von mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängenden Umweltschutzkriterien steht auch der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht entgegen. Einerseits werden die Zuschlagskriterien durch die einschlägige Richtlinie nicht abschliessend aufgezählt<sup>165</sup>. Weiter kann – so der Gerichtshof – nicht ausgeschlossen werden, dass sich Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, auf den Wert eines Angebots für den Auftraggeber auswirken können. Diese Feststellung werde auch durch den Wortlaut der anzuwendenden Vorschrift, nach welcher die Ästhetik eines Angebots

---

<sup>159</sup> Schneider, a.a.O. [Fn. 157], S. 1187

<sup>160</sup> Meint die Entscheidungen in der Rechtssache 31/87 Beentjes vom 20. September 1988, Slg. 1988, 4635, und in der Rechtssache C-225/98 Nord-Pas-de-Calais, Slg. 2000, I-7445

<sup>161</sup> Schneider, a.a.O. [Fn. 157], S. 1188, der damit insbesondere die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission anspricht.

<sup>162</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 26 (vgl. auch Rz. 23)

<sup>163</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], S. 21

<sup>164</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 64

<sup>165</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 54

ausdrücklich berücksichtigt werden könne, bekräftigt<sup>166</sup>. Nicht geäußert hat sich der EuGH zur Frage, ob das wirtschaftlich günstigste Angebot bedeute, dass es eine Schranke gebe in Bezug auf die Gewichtung der Umwelteigenschaften gegenüber dem Preis<sup>167</sup>. Ebenso ist noch offen geblieben, ob auch Herstellungsbedingungen im Rahmen von Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen<sup>168</sup>. Klar ist, dass Umwelanforderungen, die sich zum Vorteil der Vergabestelle auswirken, mit dem Entscheid *Concordia Bus Finland* als nachvollziehbare Wirtschaftlichkeitsüberlegungen anerkannt sind<sup>169</sup>. Im Ergebnis gewährt der EuGH den öffentlichen Auftraggebern einen beträchtlichen Spielraum zur Internalisierung externer Umweltkosten<sup>170</sup>. Versteht man den Begriff vergabefremd so, dass nicht allein betriebswirtschaftliche Effizienzerwägungen für den Zuschlag entscheidend sind, sondern dass für die Auftrags erledigung ein höherer Preis in Kauf genommen wird, wenn dafür volkswirtschaftliche Vorteile zu erwarten sind, wird mit dem Entscheid *Concordia Bus Finland* die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte für zulässig erklärt<sup>171</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es aber vielmehr so, dass der EuGH den Begriff „vergabefremd“ aus seiner Sicht anders definiert. Vergabefremd ist nach der Umschreibung des EuGH nicht derjenige Aspekt, der nicht als konkreter ökonomischer Nutzen erscheint, sondern derjenige, der aus der Perspektive der Vergabestelle in nicht hinreichendem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht<sup>172/173</sup>. Die Betonung der Perspektive der Vergabestelle bedeutet, dass im *Helsinki-Urteil* die Frage, ob auch globale Umweltinteressen in die Bewertung miteinbezogen werden können, nicht entschieden werden musste. Mit der dargestellten Erweiterung des Begriffes des wirtschaftlich günstigsten Angebots nimmt der EuGH auch die mit ehrgeizigen ökologischen Vorgaben verbundene Marktbeschränkung in Kauf. Entsprechend stellt der Gerichtshof fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien nicht allein deshalb entgegensteht, weil nur wenige Unternehmen in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht<sup>174/175</sup>.

---

<sup>166</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 64; vgl. zu diesem Argument in Bezug auf das wirtschaftlich günstigste Angebot Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 56 f.

<sup>167</sup> Schneider, a.a.O. [Fn. 157], S. 1191

<sup>168</sup> Kunzlik, a.a.O. [Fn. 52], S. 176

<sup>169</sup> Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen 2004, S. 83

<sup>170</sup> Bungenberg/Nowak, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht, a.a.O. [Fn. 43], S. 14

<sup>171</sup> Vgl. zu dieser Definition von vergabefremd Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 94

<sup>172</sup> Bungenberg, Binnenmarktkonzept, a.a.O. [Fn. 38], S. 68, der bei fehlendem Auftragsbezug von „echten“ vergabefremden Kriterien spricht, um sie von den sogenannten vergabefremden Kriterien zu unterscheiden. Vgl. zum Gegensatz zwischen „leistungsbeschreibenden“ und „vergabefremden“ Aspekten ausführlich Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 66 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>173</sup> Entscheidend ist auch für Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 103, der Bezug zum nachgefragten Produkt bzw. zu der nachgefragten Leistung.

<sup>174</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 86

<sup>175</sup> Brisant ist, dass die städtischen Busbetriebe und damit ein dem Auftraggeber zugehöriger Anbieter den Auftrag erhalten hat (Hauser, Umweltschutz als Zuschlagskriterium (zitiert als: Umweltschutz), in:

Kernaussage 15: Der EuGH hat entschieden, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung des Zuschlags auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht mit einem finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind.

Kernaussage 16: Vergabefremd ist nach dem dem Helsinki-Entscheid zugrunde liegenden Verständnis nicht derjenige Aspekt, der nicht einen konkreten ökonomischen Nutzen für die Vergabestelle mit sich bringt, sondern derjenige, der gemessen an der Interessenlage der Vergabestelle in keinem hinreichenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht.

## 2.2 Der Fall EVN / Wienstrom

Bereits nach den Ausführungen der Kommission zum bisherigen Vergaberecht zulässig ist die im Rahmen der technischen Spezifikationen formulierte Vorgabe, wonach Strom aus erneuerbaren Energien erzeugt worden sein muss<sup>176</sup>. Nun hat sich die Frage gestellt, ob eine derartige Anforderung an die Herstellungsbedingungen auch im Rahmen der Zuschlagskriterien definiert werden kann. Die Republik Österreich hatte einen Auftrag für die Lieferung von Elektrizität im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Anbieter hatten einerseits einen Preis je Kilowattstunde anzugeben. Letzterer wurde mit 55 Prozent gewichtet gegenüber dem Kriterium „Energie aus erneuerbaren Energieträgern“ mit 45 Prozent. Im Rahmen dieses Kriteriums wurde auch berücksichtigt, wieviel Strom aus erneuerbaren Energieträgern ein Anbieter (über den geschätzten Lieferumfang an Bundesdienststellen im Umfang von 22.5 Gigawattstunden pro Jahr hinaus) an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern kann.

Der EuGH hat zunächst die Frage beantwortet, ob es im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zulässig sei, bei der Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt<sup>177</sup>. Dies ist aufgrund der Entscheidung *Concordia Bus Finland* auch dann möglich, wenn mit der Berücksichtigung des Zuschlagskriteriums keine konkret-wirtschaftlichen Vorteile verbunden sind. Der Gerichtshof hält anschliessend fest, dass sich daraus ergebe,

---

Baurecht 1/2003, S. 35 ff., insb. S. 36; vgl. auch Hoffer / Epler, EuGH erlaubt ökologische Kriterien im Vergabeverfahren, in: *ecolex* 2002, S. 937 ff., S. 937).

<sup>176</sup> Auch diese Konzession an die ökologische Beschaffung ist im Schrifttum teilweise auf Widerstand gestossen (vgl. dazu die Hinweise bei Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 89 f.).

<sup>177</sup> Entscheidung in der Rechtssache C-448/01 *EVN AG / Wienstrom GmbH* vom 4. Dezember 2003, Rz. 27

dass die Definition eines derartigen Zuschlagskriteriums zulässig sei<sup>178</sup>. Diese Argumentationslinie ist allerdings etwas verkürzt und verschleiert den grossen Schritt, den der Gerichtshof mit dieser Entscheidung macht. Während nämlich im Fall Concordia Bus Finland der subjektive Nutzen für die Vergabestelle in den Vordergrund gestellt worden ist (Schadstoff- und Lärmimmissionen in der Stadt Helsinki selbst), spielt es nach der Wienstrom-Entscheidung keine Rolle mehr, ob die Berücksichtigung von Umweltaspekten aus lokaler oder globaler Perspektive begründet wird<sup>179</sup>. Insoweit wird also die Rechtsprechung des EuGH im Sinne der Schlussanträge des Generalanwalts Mischo zum Fall Concordia Bus Finland<sup>180</sup> präzisiert. Dies führt zu einem weiten makroökonomischen Wirtschaftlichkeitsbegriff<sup>181</sup>. Zudem spielt es auch keine Rolle, ob sich die als Kriterium formulierten Herstellungsbedingungen im Produkt selbst niederschlagen<sup>182</sup>.

Weiter hat das vorlegende österreichische Gericht die Frage aufgeworfen, ob es nicht problematisch sei, einen nicht konkret-wirtschaftlichen Aspekt mit der Gewichtung von 45 Prozent in den Vergabeentscheid einfließen zu lassen<sup>183</sup>. Der Gerichtshof hält dazu fest, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen diene dem Umweltschutz, da sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beitrage, die zu den Hauptursachen der Klimaänderung zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet hätten<sup>184</sup>. Somit erscheint in Anbetracht der Bedeutung des mit dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Kriterium verfolgten Zieles dessen Gewichtung mit 45 Prozent nicht als Verstoß gegen die Regel, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot anhand einer Gesamtwürdigung der Zuschlagskriterien ermittelt werden soll<sup>185</sup>. Diese Entscheidung beweist – so Steinberg –, dass der EuGH gewillt ist, die öffentliche Auftragsvergabe auch zur Verfolgung von gesellschaftlicher Steuerung zu akzeptieren, solange der Primärzweck des öffentlichen Auftragswesens – die Beschaffung – nicht aus den Augen verloren wird<sup>186</sup>. Während die Entscheidung Concordia Bus noch die Frage zum Gegenstand hatte, ob Umwelanforderungen im Rahmen der Bewertung aufgrund der

---

<sup>178</sup> Entscheidung in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 34.

<sup>179</sup> Offen bleibt dagegen nach wie vor, ob im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung externe Kosten mitberücksichtigt werden dürfen, was von der Kommission verneint wird (Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 101.

<sup>180</sup> Schlussanträge vom 13. Dezember 2001 in der Rechtssache C-513/99, Rz. 105 ff.; vgl. dazu Rössner/Schalast, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach „Concordia Bus Finland“, in: NJW 2003, S. 2361 ff., S. 2362 mit Fn. 20

<sup>181</sup> Bungenberg, Binnenmarktkonzept, a.a.O. [Fn. 38], S. 69 f.; Steinberg, Die „Wienstrom“-Entscheidung des EuGH, in: EuZW 2004, S. 76 ff., S. 76 mit Fn. 8; anders insoweit Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 103, wohl wegen der fehlenden Möglichkeit der Internalisierung externer Kosten.

<sup>182</sup> Steinberg, a.a.O. [Fn. 181], S. 77

<sup>183</sup> Entscheidung in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 35

<sup>184</sup> Entscheidung in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 40

<sup>185</sup> Entscheidung in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 42

<sup>186</sup> Steinberg, a.a.O. [Fn. 181], S. 76

Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen, geht es im Entscheid EVN/Wienstrom um die Art und Weise, in welcher dies geschehen darf<sup>187</sup>. Dabei wird dem Auftraggeber insoweit ein gewisser Spielraum eröffnet, als der EuGH nicht frei prüft, ob sich das angestrebte Ziel mit dem gewählten Kriterium möglicherweise nicht erreichen lässt<sup>188</sup>. Demgegenüber wird von der Vergabestelle – abgeleitet aus dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter – verlangt, dass ein derartiges Kriterium mit Anforderungen verbunden wird, die eine effektive Nachprüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben erlauben<sup>189</sup>.

Schliesslich beantwortet der EuGH die Frage, ob die über den Bedarf der zu beliefernden Bundesstellen hinausgehende Menge angebotener erneuerbarer Energie bei der Erteilung des Zuschlags mitberücksichtigt werden darf. Der Vergabestelle ist von Verfahrensbeteiligten insbesondere vorgeworfen worden, mit der Fähigkeit der Bieter, eine möglichst hohe Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern liefern zu können, im Rahmen des Zuschlags systemfremd letztlich den Bieter selbst bzw. dessen Eignung zu bewerten<sup>190</sup>. Die österreichische Regierung hat demgegenüber erfolglos geltend gemacht, das Subkriterium der insgesamt lieferbaren Menge Strom diene der Versorgungssicherheit. Dieses Argument hat der EuGH verworfen und festgestellt, dass ein Zuschlagskriterium, das sich ausschliesslich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrages zu erwartenden jährlichen Verbrauch *übersteigt*, nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden kann<sup>191</sup>. Damit wird implizit zugleich gesagt, dass die österreichische Regierung mittels eines vergabefremden Aspekts versucht hat, über den Beschaffungsgegenstand hinaus steuernd Einfluss zu nehmen, was aus der Sicht der Wettbewerbsordnung, als deren Hüter sich der Gerichtshof versteht, unzulässig ist<sup>192</sup>. Fast schon ironisch erscheint unmittelbar darauf die wieder explizite Eventualargumentation des Gerichtshofes selbst für den Fall, dass dieses Kriterium „vom Bestreben geleitet sein sollte, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten,“<sup>193</sup>. Eine solche Beschränkung des Kreises der Wirtschaftsteilnehmer, die in der Lage sind, ein Angebot abzugeben, würde das mit den Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgte Ziel einer Öffnung für den Wettbewerb vereiteln<sup>194</sup>. Mit dieser Abwägung zeigt der EuGH, dass er die Balance zwischen Wirtschafts- und

---

<sup>187</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 101

<sup>188</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 53 und Rz. 72

<sup>189</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 51 und Rz. 72; vgl. dazu Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 100 f.

<sup>190</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 63

<sup>191</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 68

<sup>192</sup> Aufgrund dieser Feststellung brauchte der Gerichtshof nicht mehr zu prüfen, ob eine unzulässige Doppelverwertung eines Eignungsaspekts vorliegt.

<sup>193</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 70

<sup>194</sup> Entscheid in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 69

Umweltverfassung in der Rechtsprechung zum Vergaberecht sucht und sowohl die Anliegen des Umweltschutzes als auch diejenigen des Wettbewerbs ernst nimmt.

Kernaussage 17: Herstellungsbedingungen können (etwa in Bezug auf die Frage, ob Strom umweltfreundlich produziert worden ist) im europäischen Vergaberecht nach dem Entscheid EVN/Wienstrom nicht nur in der Form technischer Spezifikationen, sondern auch im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit berücksichtigt werden.

Kernaussage 18: Vergabefremd ist in Präzisierung der Kernaussage 16 nach dem dem Entscheid EVN/Wienstrom zugrunde liegenden Verständnis nicht derjenige Aspekt, der keine Vorteile für die Vergabestelle mit sich bringt, sondern derjenige, der – auch unter Berücksichtigung globaler Umweltbelange, die sich nicht direkt zugunsten der Vergabestelle auswirken – nicht in hinreichendem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht.

### 3. Die neuen Vergaberichtlinien

Am 30. April 2004 ist die neue Richtlinie „über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“ veröffentlicht worden<sup>195</sup>. Ergänzt wird sie durch eine neue Sektorenrichtlinie<sup>196</sup>. Es ist eines der Hauptziele der neuen Vergaberichtlinien, Klarheit zu schaffen in Bezug auf die Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien im Rahmen der öffentlichen Beschaffung<sup>197</sup>. Gemäss dem Erwägungsgrund 5 der Richtlinie stellt diese klar, wie die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können<sup>198</sup>, und garantiert ihnen gleichzeitig, dass sie für ihre Aufträge ein optimales

<sup>195</sup> Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134/114 vom 30. April 2004); für einen Überblick vgl. etwa Sue Arrowsmith, An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement, in: Common Market Law Review 2004, S. 1277 ff.

<sup>196</sup> Richtlinie 2004/17/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134/1 vom 30. April 2004)

<sup>197</sup> Blaas, a.a.O. [Fn. 116], S. 5

<sup>198</sup> Dies wird in Erwägungsgrund 5 ausdrücklich mit Art. 6 EGV, also mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen, begründet, der die Berücksichtigung von Umweltschutzanliegen auch im Bereich des Beschaffungsrechts verlangt. Dageförde/Dross schliessen daraus auf eine Verpflichtung der öffentlichen



Preis/Leistungsverhältnis erzielen können. Nach diesem Konzept ist davon auszugehen, dass Umweltschutzkriterien wie auch soziale Kriterien nicht per se vergabefremd sind<sup>199</sup>. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass es viel schwerer ist, soziale Anliegen unter die klassischen vergaberechtlichen Kategorien (Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien) zu subsumieren als ökologische, auch wenn die beiden Aspekte immer im selben Atemzug genannt werden<sup>200</sup>. Dabei haben sich die Legislativorgane der Europäischen Union ausdrücklich an der Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung des Umweltschutzes orientiert<sup>201</sup>. Die Richtlinie soll so ausgelegt werden, dass sie Massnahmen zugunsten des Schutzes der natürlichen Umwelt und der nachhaltigen Entwicklung nicht entgegensteht, soweit diese Massnahmen mit dem Vertrag in Einklang stehen (Erwägungsgrund 6). Es ist bezeichnend, dass die neuen Richtlinien wegen der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte ein Einigungsverfahren nach Art. 251 EUV haben durchlaufen müssen. Dabei hat das Parlament die umweltfreundlichere Haltung, die Kommission demgegenüber die wettbewerbsfreundlichere Position eingenommen<sup>202</sup>. In der Lehre gibt es nun Stimmen, die die Frage aufwerfen, ob es nicht teilweise zu einer Überbetonung des Umweltschutzes gekommen ist. Im Hinblick auf die Konkretisierung und Anwendung wird in diesem Sinne an die Entscheidungsträger appelliert, der Verhältnismässigkeit in Bezug auf die Eingriffe in die Wirtschaftsgrundrechte besonderes Augenmerk zu schenken<sup>203</sup>. Auch dogmatisch bleiben Fragen offen, wie Dageförde/Dross bedauernd feststellen. Herausgekommen ist nach den genannten Autorinnen „eine Kompromisslösung – nicht mehr und nicht weniger“<sup>204</sup>.

Kernaussage 19: Die Gesetzgebungsgeschichte der EG-Vergaberichtlinien zeigt die politische Bedeutung der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Vergabe. Mit den europäischen Vergaberichtlinien wird im Wesentlichen der durch die Rechtsprechung des EuGH initiierte Paradigmenwechsel namentlich in Bezug auf die umweltfreundliche Beschaffung kodifiziert (vgl. aber Kernaussage 20 zu den vergabefremden Kriterien).

---

Auftraggeber, ökologische Aspekte bei der Vergabe zu berücksichtigen (Dageförde/Dross, Reform des europäischen Vergaberechts – Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, in: NVwZ 2005, S. 19 ff., S. 21).

<sup>199</sup> Dubey, a.a.O. [Fn. 152], S. 168.

<sup>200</sup> Vgl. immerhin den Versuch in Erwägungsgrund 46.

<sup>201</sup> Erwägungsgrund 1 zur Richtlinie 2004/18/EG; vgl. dazu auch die Berichte A5-00007/2004 und A5-00008/2004 der Delegation des Europäischen Parlaments im Vermittlungsausschuss an das Europäische Parlament vom 21. Januar 2004

<sup>202</sup> Schneider, a.a.O. [Fn. 157], S. 1188; ausführlich Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 19 f.

<sup>203</sup> Bungenberg, Binnenmarktkonzept, a.a.O. [Fn. 38], S. 70 f.

<sup>204</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 25

### 3.1 Missachtung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund

Art. 45 der neuen Richtlinie regelt den Ausschluss unerwünschter Bieter. Nach Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG *muss* ein Bewerber von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn er rechtskräftig wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Bestechung, Geldwäsche oder Betrug zulasten der Europäischen Gemeinschaften verurteilt worden ist. Gemäss Art. 45 Abs. 2 lit. c der Richtlinie *kann* ein Bewerber ausgeschlossen werden, wenn er aufgrund eines rechtskräftigen Urteils bestraft worden ist wegen eines Delikts, das seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Nach Art. 45 Abs. 2 lit. d der Richtlinie gilt das auch, wenn der Anbieter eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt worden ist. Damit ist in Bezug auf die Einhaltung der Umweltstandards so oder so von einem fakultativen Ausschlussgrund auszugehen<sup>205</sup>. Derselbe fakultative Ausschlussgrund gilt im Übrigen auch für gewisse Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen. Diese Vorschriften sollen auch gegenüber ausländischen Anbietern Anwendung finden, wenn sie am Ort der Vergabe tätig werden.

Bereits die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission enthält den Hinweis, dass dort, wo die Gesetzgebung den Verstoss gegen das Umweltrecht als eine berufliche Verfehlung qualifiziert, die Richtlinien dem Auftraggeber etwa erlaubt, die strafrechtlich relevante Verletzung von Umweltvorschriften als Grund für den Ausschluss eines Anbieters heranzuziehen<sup>206</sup>. Dageförde/Dross werfen zu dieser Bestimmung die Frage auf, ob auch eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion nicht ebenfalls genügt, um den Ausschluss zu begründen<sup>207</sup>. Art. 27 der Richtlinie 2004/18/EG weist auf die Modalitäten der Bekanntgabe der entsprechenden Bedingungen hin, die sich etwa aus dem Umweltschutzrecht ergeben.

Erwägungsgrund 43 zur Richtlinie 2004/18/EG lautet (auszugsweise):

... Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann ein Verstoß gegen das Umweltrecht oder gegen Rechtsvorschriften über unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen, der mit einem rechtskräftigen Urteil oder einem Beschluss gleicher Wirkung geahndet wurde, als Delikt, das die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt, oder als schwere Verfehlung betrachtet werden. ...

<sup>205</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 22

<sup>206</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/2.1

<sup>207</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 22 f.

### 3.1 Ökologisches Know-how als Eignungskriterium und Umweltmanagementsysteme

Die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit wird in Art. 48 der Richtlinie 2004/18/EG näher umschrieben. Dabei wird für den Bereich der Bau- und Dienstleistungsaufträge auf die Angabe der Umweltmanagementmassnahmen hingewiesen, die der Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung des Auftrags gegebenenfalls anwenden will (Art. 48 Abs. 2 lit. f der Richtlinie). Auch mit Blick auf das schweizerische Recht interessant ist die daraus abzuleitende Faustregel, dass der Berücksichtigung der umweltspezifischen Eignung des Anbieters bei der Beschaffung von Produkten im Vergleich zu Bauten und Dienstleistungen im Zweifel weniger Bedeutung zukommt. In Art. 50 der Richtlinie wird unter dem Titel „Normen für Umweltmanagement“ weiter darauf hingewiesen, dass verwendete Zertifikate möglichst international sein sollen und dass anderweitige Nachweise dafür, dass ein Anbieter die durch Zertifikate dokumentierten Voraussetzungen erfüllt, zuzulassen sind (vgl. auch den Erwägungsgrund 44 der Richtlinie)<sup>208</sup>. Diese Festlegung ist vor allem angesichts des Hintergrundes bemerkenswert, dass der Wettbewerbsgedanke bzw. die EU-Kommission hier beträchtlichem politischem Druck standgehalten hat. Es hat sich nämlich die Frage gestellt, ob das gemeinschaftseigene System für das Umweltmanagement EMAS gesondert erwähnt oder gar bevorzugt werden soll<sup>209</sup>. Die in Erwägung 44 gewählte Formulierung, ein Umweltmanagementsystem könne verlangt werden, wenn „die Art der Arbeiten und/oder Dienstleistungen es rechtfertig[e]“, ist nach Dageförde/Dross so zu verstehen, dass eine gesteigerte Umweltsensibilität des Auftrages vorausgesetzt wird, wenn ein Umweltmanagementsystem als Eignungskriterium definiert werden soll. Die genannten Autorinnen vertreten im Übrigen die Ansicht, dass ein solches im Sinne der Berücksichtigung der Mehreignung auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Kriterium anhand der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden kann<sup>210</sup>.

Erwägungsgrund 44 zur Richtlinie 2004/18/EG lautet:

In geeigneten Fällen, in denen die Art der Arbeiten und/oder Dienstleistungen es rechtfertigt, dass bei Ausführung des öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmassnahmen oder -systeme zur Anwendung kommen, kann die Anwendung solcher Massnahmen bzw. Systeme vorgeschrieben werden. Umweltmanagementsysteme können unabhängig von ihrer Registrierung gemäß den Gemeinschaftsvorschriften wie

<sup>208</sup> Dubey, a.a.O. [Fn. 152], S. 168

<sup>209</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 9 und S. 17

<sup>210</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 23

die Verordnung (EG) Nr. 761/2001 (EMAS) (3) als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zur Ausführung des Auftrags dienen. Darüber hinaus sollte eine Beschreibung der von dem Wirtschaftsteilnehmer angewandten Maßnahmen zur Gewährleistung desselben Umweltschutzniveaus alternativ zu den registrierten Umweltmanagementsystemen als Beweismittel akzeptiert werden.

### 3.2 Umwelanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen

Gemäss Art. 23 Abs. 3 lit. b der Richtlinie 2004/18/EG können Leistungs- und Funktionsanforderungen auch Umwelteigenschaften umfassen. Dazu wird in der Lehre ausgeführt, dass Art. 23 der Richtlinie wohl so zu verstehen ist, dass öffentliche Auftraggeber in den technischen Spezifikationen auch Umwelanforderungen an die Herstellung einer Ware festlegen können<sup>211</sup>. In diesem Sinne äussert sich auch das Handbuch der Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung<sup>212</sup>. Besonders erwähnt wird auf Initiative des Parlaments<sup>213</sup> die Möglichkeit, im Rahmen der technischen Spezifikationen Umwelanforderungen anhand von Umweltzeichen festzulegen (Art. 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG). Dabei wird in Erwägung 29 ausdrücklich auf die Herstellungsmethoden als möglicher Gegenstand einer technischen Spezifikation hingewiesen.

Die Erwägung 29 zur Richtlinie 2004/18/EG lautet (auszugsweise):

... Öffentliche Auftraggeber, die für die technischen Spezifikationen eines Auftrags Umwelanforderungen festlegen möchten, können die Umwelteigenschaften - wie eine bestimmte Produktionsmethode - und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt festlegen. Sie können – müssen aber nicht – geeignete Spezifikationen verwenden, die in Umweltgütezeichen wie z.B. dem Europäischen Umweltgütezeichen, (pluri)nationalen Umweltgütezeichen oder anderen Umweltgütezeichen definiert sind, sofern die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen im Rahmen eines Verfahrens ausgearbeitet und erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können, und sofern das Gütezeichen für alle interessierten Parteien zugänglich und verfügbar ist. ...

Das Zugrundelegen von Umweltzeichen führt zur Vermutung, dass Anbieter, deren Produkte mit diesem Umweltzeichen versehen sind, den entsprechenden techni-

<sup>211</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 22

<sup>212</sup> Vgl. dazu das Kapitel 4 hiernach

<sup>213</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Norm Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 21

schen Spezifikationen genügen. Das entbindet aber die Vergabestelle nicht, andere Formen des Nachweises, dass ein Produkt über dieselben Eigenschaften verfügt, ebenfalls zu akzeptieren<sup>214</sup>. Diese Norm führt zugleich zu einer Beweislastumkehr zugunsten des öffentlichen Auftraggebers. Will ein Bieter den Nachweis erbringen, dass sein Produkt oder seine Leistung – ohne über das Umweltzeichen zu verfügen – den umweltbezogenen Anforderungen genügt, muss er zusätzliche Prüfberichte oder Unterlagen vorlegen<sup>215</sup>.

### 3.3 Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterium

Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG lässt den Mitgliedstaaten wie bisher die Wahl, ob sie sich am preisgünstigsten oder am „aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebot“ orientieren wollen. In der Umschreibung des Wirtschaftlichkeitsbegriffs unter Betonung der Sicht der Vergabestelle wird der dem Fall Concordia Bus Finland zugrunde liegende Gedanke der subjektiven Perspektive – die Vergabestelle soll entscheiden können, ob sie die Lärm- oder Schadstoffbelastung ihrer Stadt bei der Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen berücksichtigt – auf generell-abstrakter Ebene umgesetzt (vgl. dazu auch den Erwägungsgrund 46 der Richtlinie). In Art. 53 Abs. 1 lit. a der Richtlinie werden die Umwelteigenschaften – im Gegensatz zu den alten Richtlinien – ausdrücklich als Zuschlagskriterium genannt. Entgegen dem Vorschlag der Kommission ist auf das Erfordernis eines „direkten“ Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand verzichtet worden. In Erwägungsgrund 46 wird aber auch gesagt, dass die Zuschlagskriterien der Vergabestelle ermöglichen sollen, das Preis/Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen. Die Entstehungsgeschichte der Norm zeigt, dass insbesondere in Bezug die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen zu Diskussionen Anlass gegeben hat. So haben etwa der Ausschuss der Regionen und das Parlament den von der EU-Kommission verlangten „direkten“ Zusammenhang zum Auftrag abgelehnt mit der Begründung, es müsse möglich sein, im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Umweltschutzanforderungen an Herstellungsverfahren zu stellen<sup>215a</sup>. Andererseits hat der ausdrückliche Hinweis auf die Produktionsmethoden, wie er seitens des Parlaments gefordert worden war, nicht Eingang gefunden in den Richtlinienentwurf<sup>215b</sup>. Hingegen wird in Erwägungsgrund 1 der Richtlinie ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Zuschlagskriterien hingewiesen als Grundlage für die Auslegung der Richtlinien. In Anlehnung an den Entscheid des

---

<sup>214</sup> Dubey, a.a.O., [Fn. 152], S. 168

<sup>215</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 22

<sup>215a</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 110 und S. 123

<sup>215b</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 122 f.

Gerichtshofs in Sachen EVN/Wienstrom lässt sich Art. 53 Abs. 1 lit. a der Richtlinie dahingehend interpretieren, dass auch globale Zielsetzungen wie der Klimaschutz und damit etwa die Herstellungsbedingungen von Strom in die Sicht des Auftraggebers integriert werden können<sup>216</sup>. Gescheitert ist demgegenüber der Versuch des Umweltausschusses, die Berücksichtigung externer Kosten im Sinne „langfristiger Nebeneffekte im Sinn des gesamtgesellschaftlichen Interesses“ in Rahmen der Bewertung zu ermöglichen<sup>216a</sup>.

### 3.4 Umwelanforderungen als „additional criteria“ bzw. zulässige vergabefremde Aspekte

Im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung des Gesichtspunkts Bekämpfung der Arbeitslosigkeit hat der Gerichtshof den Begriff „zusätzliche Bedingungen“ geprägt. Der genaue dogmatische Standort dieser Bedingungen neben den Eignungs- und Zuschlagskriterien ist allerdings umstritten geblieben<sup>217</sup>. Dies ist nichts weiter als die Folge der Erkenntnis, dass „echt“ vergabefremde Aspekte wie die Lehrlingsausbildung dogmatisch weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium verstanden werden können<sup>218</sup> und somit aus theoretischer Sicht einer eigenen Kategorie bedürfen, sofern ihre Berücksichtigung zulässig sein soll<sup>219</sup>. In diesem Sinne schafft Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG unter dem Titel „Bedingungen für die Auftragsausführung“ („conditions for performance of contracts“) die Grundlage für die Berücksichtigung „echt“ vergabefremder Kriterien, insbesondere mit Blick auf soziale und umweltbezogene Aspekte<sup>220</sup>. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG ist als Kodifikation der Beentjes-Rechtsprechung verstanden worden<sup>221</sup>. Es wird wiederum Sache des Gerichtshofs sein, der Berücksichtigung vergabefremder Gesichtspunkte im Hinblick auf die Verhältnis-

---

<sup>216</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 24

<sup>216a</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 123

<sup>217</sup> Schneider, a.a.O. [Fn. 157], S. 1187 f.; Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 109, vertritt etwa die Ansicht, die Vertragsbedingungen entfalten eine vergleichbare Wirkung wie die Zuschlagskriterien, was mit dem Begriff „condition“ allerdings prima facie nicht in Einklang zu bringen ist. Entsprechend hält der genannte Autor im nächsten Satz fest, dass Unternehmen, welche die Anforderungen an die Vertragsausführung nicht erfüllen können, faktisch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen sind. Das entspricht aber zweifellos nicht der Definition von Zuschlagskriterien. Dageförde/Dross führen dazu aus, es bleibe unklar, ob die besonderen Bedingungen zum Ausschluss von Bietern führen (a.a.O. [Fn. 198], S. 20).

<sup>218</sup> Vgl. nur Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 21

<sup>219</sup> Vgl. nur Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 60 f. mit Hinweisen

<sup>220</sup> Vgl. die Kurzdarstellung „Das neue EU-Vergaberecht“ von Stöckli, in: Baurecht 2/2004, S. 75 f. lit. d; zum Ganzen kritisch Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 110, der auch hier den Bezug zum Auftragsgegenstand verlangt. Bezeichnend ist, dass diese Norm zunächst auf soziale Kriterien zugeschnitten war, bei welchen der Bezug zum Auftragsgegenstand regelmässig fehlt, wogegen erst durch die Initiative des Parlaments hin auch ökologische Bedingungen als möglicher Anwendungsfall definiert worden sind (Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 20 rechte Spalte).

<sup>221</sup> Dageförde/Dross, a.a.O. [Fn. 198], S. 20; Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 107

mässigkeit des damit verbundenen Eingriffs in den Wettbewerb Schranken zu setzen. Beispiele für mögliche Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags werden in Erwägungsgrund 33 genannt:

Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags sind mit dieser Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. In diesem Zusammenhang sind z.B. unter anderem die - für die Ausführung des Auftrags geltenden - Verpflichtungen zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt.

Dass mit diesen zusätzlichen Bedingungen der Wettbewerb in unzulässiger Weise verzerrt werden kann, zeigt etwa der Gedanke, dass die Bevorzugung eines umweltfreundlichen Unternehmens ohne Bezug zum Auftragsgegenstand als Beihilfe in Höhe der Differenz zum wirtschaftlich günstigsten Angebot, verstanden werden kann<sup>222</sup>.

Kernaussage 20: Aus der Formulierung der neuen EG-Richtlinien lässt sich ableiten, dass die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe aus europarechtlicher Sicht inzwischen als weitgehend unproblematisch wahrgenommen wird. Das gilt indessen nicht für die Berücksichtigung von „echt“ vergabefremden Aspekten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie keinen hinreichenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen. Für diese hat das europäische Vergaberecht eine eigene Kategorie geschaffen.

<sup>222</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 155

#### 4. Das neue Handbuch zur ökologischen Beschaffung

Im August 2004 hat die EU-Kommission unter dem Titel „Buying green!“ ein Handbuch zur ökologischen Beschaffung veröffentlicht<sup>223</sup>. Dieses Dokument, das die Kommission als „die Institution nicht bindend“ bezeichnet, befasst sich über weite Strecken mit politischer Sensibilisierung und praktischen Tipps zur umweltfreundlichen Beschaffung sowie mit Beispielen für entsprechende Konzepte aus ganz Europa. Das Handbuch soll den Mitgliedstaaten helfen, mit Erfolg eine ökologische Beschaffungspolitik zu lancieren<sup>224</sup>. Die Vergabestellen werden aber auch auf vergaberechtliche Kautelen hingewiesen. So wird den Beschaffenden eingeschärft, dass bei der Definition von technischen Spezifikationen mittels der Anforderungen eines Umweltzeichens immer auch ein anderweitiger Nachweis, dass dieselben Anforderungen erfüllt werden, zugelassen werden muss<sup>225</sup>. Weiter wird hervorgehoben, dass sich Anforderungen an die Herstellungsbedingungen wie etwa bei der erneuerbaren Energie auch auf Aspekte beziehen können, die nicht sichtbar sind bzw. nicht zu einem physikalisch anderen Produkt führen. Verlangt wird indessen ein Bezug zum Auftragsgegenstand<sup>226</sup>. Dieser ist nicht gegeben, wenn ein Möbellieferant in seinen Büros Recyclingpapier verwenden soll<sup>227</sup>. In Bezug auf die Beschaffung von Holz wird darauf hingewiesen, dass im Rahmen der technischen Spezifikationen nur die ökologischen Anforderungen der gängigen Holzzertifikate in die Ausschreibung übernommen werden dürfen. Die sozialen Standards, die dort ebenfalls definiert werden, müssen ausser Betracht bleiben<sup>228</sup>. Dies ist im Übrigen ein Grund mehr, neben Umweltzeichen auch anderweitige Nachweise für die Einhaltung der in Form von technischen Spezifikationen formulierten Vorgaben zuzulassen.

Anschliessend an Erörterungen zum Ausschlussgrund des Verstosses gegen die Umweltschutzgesetzgebung wird zur Eignung (unter besonderer Berücksichtigung von Umweltzertifikaten) betont, dass nicht Eignungsvoraussetzungen definiert werden dürfen, die keinen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand aufweisen<sup>229</sup>. Im Rahmen der Definition der Zuschlagskriterien enthält das Handbuch den bemerkenswerten, aber nach dem Wienstrom-Entscheid und den neuen EG-Richtlinien nichts als folgerichtigen Hinweis, dass es möglich ist, jeden Aspekt, der

---

<sup>223</sup> Buying green! A handbook on environmental public procurement, 2004 (<http://europa.eu.int/comm/environment/gpp/>)

<sup>224</sup> This handbook is designed to help public authorities successfully launch a green purchasing policy (a.a.O. [Fn. 223], S. 6; vgl. auch die Medienmitteilung der Kommission IP/04/1045 vom 26. August 2004).

<sup>225</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 19 f.

<sup>226</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 23; zu weiteren Beispielen wie Nahrungsmitteln aus kontrollierter Landwirtschaft vgl. S. 25

<sup>227</sup> So schon die interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/1.3 S. 13

<sup>228</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 26; vgl. Priess/Pitschas, a.a.O. [Fn. 59], S. 174 mit Hinweis

<sup>229</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 31



als technische Spezifikation definiert werden darf, auch als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen<sup>230</sup>. Am Beispiel des Wienstrom-Entscheids wird aber auch aufgezeigt, dass die Bedingung des Auftragsbezugs der Vergabestelle im Interesse des Wettbewerbs Schranken setzt<sup>231</sup>. Das Handbuch bringt die integrierte Produktpolitik auf der Ebene der Beschaffungspraxis in Einklang mit der Anwendung des Vergaberechts<sup>232</sup>.

Kernaussage 21: Im Handbuch „Buying green!“ der EU-Kommission wird im Sinne einer Erläuterung der EU-Vergaberichtlinien der Gedanke formuliert, dass es rechtlich zulässig sein muss, jede Umwelanforderung an den Gegenstand der Beschaffung, der als technische Spezifikation definiert werden darf, auch als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.

---

<sup>230</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 33

<sup>231</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 35

<sup>232</sup> Vgl. zuletzt die Mitteilung der EU-Kommission zur integrierten Produktpolitik vom 18. Juni 2003: Auf dem ökologischen Lebenszyklus-Ansatz aufbauen (KOM [2003] 302 endg.), mit welcher die Mitgliedstaaten aufgefordert werden, eine Politik der nachhaltigen und insbesondere ökologischen Beschaffung zu lancieren.

## V. Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte innerhalb der verschiedenen vergaberechtlichen Kategorien nach schweizerischem Recht

### 1. Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund

#### 1.1 Auswahl der Anbieter, Ausschlussgrund und Eignungskriterium

Vorab ist zu prüfen, in welcher Form der Frage, ob ein Anbieter den umweltschutzrechtlichen Mindeststandard einhält, Rechnung zu tragen ist. So ist in der Lehre etwa unter dem Titel „Festlegung der Eignungskriterien“ festgestellt worden, es sei zulässig, die Einhaltung der für das Unternehmen an seinem Standort geltenden Umweltvorschriften vorauszusetzen<sup>233</sup>. Zufferey behandelt diesen Gesichtspunkt demgegenüber unter dem Titel Ausschluss der Anbieter („l'exclusion des soumissionnaires“)<sup>234</sup>. Dies entspricht auch der Begrifflichkeit der EU-Kommission, welche unter dem Oberbegriff „Auswahl der Anbieter“ einerseits die Gründe, die einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigen, und andererseits die Frage nach der technischen Leistungsfähigkeit bzw. Eignung des Bieters behandelt<sup>235</sup>. Entsprechend lautet die Formulierung gemäss § 23 Abs. 1 lit. f der Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in der Fassung vom 1. Dezember 1995, wonach eine Anbieterin von der Teilnahme ausgeschlossen werden kann, 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 das Beschaffungsrecht des Bundes. Ein Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB betreffend die Arbeitsbedingungen sowie die Gleichstellung von Frau und Mann kann gemäss Art. 11 lit. d BoeB dazu führen, dass der Anbieter ausgeschlossen bzw. der Zuschlag widerrufen wird. Um die Ausschlussgründe von der Eignung zu unterscheiden, verwendet etwa Arrowsmith den Begriff „secondary qualification condition“<sup>236</sup>. Obwohl die Verletzung von Umweltschutzvorschriften auch ein Indiz für die fehlende Eignung in Bezug auf umweltsensible Aufträge sein kann<sup>237</sup>, handelt es sich der Sache nach primär um einen Ausschlussgrund<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 355; Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 307 (unter Bezugnahme auf die VRöB in der ursprünglichen Fassung)

<sup>234</sup> Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 6 f.

<sup>235</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II.2 S. 16 ff.

<sup>236</sup> Arrowsmith, Secondary Policies [Fn. 2], S. 337

<sup>237</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 264 f.

<sup>238</sup> Weniger eindeutig noch Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 55

## 1.2 Verletzung des umweltschutzrechtlichen Mindeststandards als Ausschlussgrund – ein Wettbewerbsargument?

Klar ist zunächst, dass alle schweizerischen Anbietenden zum vornherein die Vorschriften zum Schutz der Umwelt einzuhalten haben, die sich aus der eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung ergeben<sup>239</sup>. Der Ausschluss von einem konkreten Vergabeverfahren (oder gar ein solcher für mehrere Jahre<sup>240</sup>) bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die derzeit auf Bundesebene fehlt. Ob die Verletzung der Umweltschutzgesetzgebung im Sinne eines Ausschlussgrundes sanktioniert werden soll, ist auch eine rechtspolitische Frage, die den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengt<sup>241</sup>. Je mehr die Sanktion als zwischen mehreren Vergabestellen koordinierte Auftragssperre ausgestaltet wird, desto einschneidender wirkt sie, desto eher stellt sich aber auch die Frage der Verhältnismässigkeit<sup>242</sup>. Teil der Analyse des Sanktionensystems selbst ist zudem die Frage, ob ein hinreichender Verdacht, eine verwaltungsstrafrechtliche rechtskräftige Sanktion oder ein rechtskräftiges Strafurteil Voraussetzung für den Ausschluss ist<sup>243</sup>. Von Interesse kann an dieser Stelle nur sein, ob es rechtliche Argumente gibt, aufgrund derer Aussagen möglich sind über die Opportunität der Statuierung eines derartigen Ausschlussgrundes. Dazu ist der Vergleich mit den Arbeitsbedingungen und der Gleichstellung von Mann und Frau als Verfahrensgrundsätzen des BoeB hilfreich. Das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb liefert die Begründung, warum die Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB statuiert worden sind. Art. 7 UWG, wonach die Nichteinhaltung von Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen gegen das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb verstösst, ist Ausdruck der allgemeinen Erkenntnis, dass es unlauter sein kann, wenn ein Wettbewerber sich durch den Verstoß gegen ausserlauterkeitsrechtliche Normen einen Wettbewerbsvorteil verschafft<sup>244</sup>. Dies trifft auch auf die Umweltschutzgesetzgebung als Mindeststandard zu. Insoweit ist die Berücksichtigung von ökologischen Gesichtspunkten zwar ihrer Natur nach ein vergabefremder Aspekt, soweit diese sich auf den Hersteller beziehen und nicht das zu beschaffende Produkt bzw. dessen

---

<sup>239</sup> Vgl. dazu Herbert Lang, Offertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000, S. 225 ff., S. 244

<sup>240</sup> Vgl. dazu Art. 18 des Entwurfs zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit; kritisch zum generellen Ausschluss für die Höchstdauer von fünf Jahren das Sekretariat der Wettbewerbskommission, zitiert in: Zäch, a.a.O. [Fn. 16], S. 79

<sup>241</sup> So ist etwa auf interkantonaler Ebene eine § 23 Abs. 1 lit. f der alten Vergaberichtlinien entsprechende Vorschrift in der geltenden Fassung derselben nicht mehr enthalten; vgl. dazu Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 54 f.

<sup>242</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 171, stellt in diesem Zusammenhang die Frage, ob nicht unter Umständen von einem unzulässigen Boykott auszugehen ist.

<sup>243</sup> Vgl. dazu etwa die Vergaberichtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 (Abschnitt IV/3.1 hiervor)

<sup>244</sup> Baudenbacher/Glöckner, in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001, Art. 7 Rz. 3

Herstellung zum Gegenstand haben. Richtig ist aber auch, dass die Gewährleistung des Mindeststandards das Ergebnis einer auf der Logik des Wettbewerbs aufbauenden Argumentation ist<sup>245</sup>. Entsprechend weist Stöckli darauf hin, dass es sich bei Art. 11 lit. d BoeB um eine lauterkeitsrechtliche Sanktion handelt<sup>246</sup>. In diesem Sinne verlangt etwa bauenschweiz im Hinblick auf die Revision des Binnenmarktgesetzes den einheitlichen Vollzug von umweltrechtlichen Erlassen, damit Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden. Dazu tritt das Argument der Kohärenz der Rechtsordnung, welchem in Bezug auf das gesetzliche Minimum besondere Bedeutung zukommt. Bultmann geht deshalb davon aus, dass die Berücksichtigungen von ökologischen Belangen nicht als beschaffungsfremd gilt, solange lediglich gesetzliche Mindeststandards eingehalten werden sollen<sup>247</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um einen vergabefremden Aspekt, soweit sich der umweltschutzrechtliche Mindeststandard auf den Hersteller bezieht und nicht das zu beschaffende Produkt bzw. dessen Herstellung zum Gegenstand hat. Jedenfalls ist die Berücksichtigung der Frage, ob ein Unternehmen den umweltschutzrechtlichen Mindeststandard einzuhalten pflegt, mit dem Konzept des Vergaberechts de lege ferenda gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage vereinbar<sup>248</sup>. Dabei muss sich der Ausschluss allerdings gemessen an der Schwere des Verstosses als verhältnismässig erweisen.

Kernaussage 22: Es ist derzeit mangels gesetzlicher Grundlage unmöglich, aber de lege ferenda mit dem Konzept des Vergaberechts vereinbar, schweizerische Anbietende, die den umweltrechtlichen Mindeststandard nicht einzuhalten pflegen, von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschliessen, sofern sich diese Sanktion als verhältnismässig erweist.

<sup>245</sup> Vgl. zum Ganzen Steiner, a.a.O. [Fn. 32], S. 54

<sup>246</sup> Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Auflage 2004, S. 14

<sup>247</sup> Vgl. Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 95; differenzierend Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 54

<sup>248</sup> Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 109 zu Art. 5; vgl. auch den Abschnitt V/6 hiernach.

### 1.3 Die Verletzung umweltschutzrechtlicher Mindeststandards durch ausländische Anbieterinnen und Anbieter

Es stellt sich im internationalen Verhältnis seit jeher die Frage, ob von ausländischen Anbietern verlangt werden darf, dass die massgebenden Arbeitsbedingungen in der Schweiz eingehalten werden müssen. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB werden Aufträge für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieter vergeben, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer am Ort der Leistung sicherstellen. Entsprechende Vorschriften kennt die Europäische Union, indem die neuen Vergaberichtlinien im entscheidenden Punkt auf die Entsenderichtlinie verweisen<sup>249</sup>. Zunächst verlangt die Transparenz, dass ausländischen Anbietern die anwendbaren Regeln zugänglich sind<sup>250</sup>. Klar ist, dass hier insofern keine direkte Diskriminierung vorliegt, als nur, aber eben alle Anbieter, die etwa Bauaufträge in der Schweiz ausführen, an dieselben Standards gebunden sind. De facto wirkt sich dieses Erfordernis allerdings zugunsten einheimischer Anbieter aus<sup>251</sup>. Zudem zeigt sich hier der Widerspruch zwischen Herkunfts- und Leistungsortsprinzip in voller Schärfe. Dasselbe gilt auch für den Standard der schweizerischen Umweltschutzgesetzgebung.

In Bezug auf im Ausland hergestellte Produkte wäre es unzulässig, Angebote aus einzelnen Mitgliedstaaten des GPA unter Hinweis auf ein dort tieferes Umweltschutzniveau generell von der Vergabe auszuschliessen<sup>252</sup>. Ebenso wie positive Anforderungen in Bezug auf die Herkunft sind auch umgekehrte Herkunftsangaben unzulässig, nach welchen etwa kein Holz beschafft werden darf, das aus Ländern stammt, in welchen gewisse Standards regelmässig nicht eingehalten werden<sup>253</sup>. Im Unterschied zu Herstellungsbedingungen im Rahmen von technischen Spezifikationen, die für die Beschaffung eines Produkts gelten, schränken für alle öffentlichen Beschaffungen geltende Standards den Wettbewerb mehr ein, wenn auch immer noch weniger als generelle Importverbote<sup>254</sup>. Nach dem Gesagten ist nicht sicher, ob das Cassis-de-Dijon-Prinzip eine Handlungsanweisung für die rechtliche Analyse abzugeben vermag. Unbestritten dürfte indessen sein, dass die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung am Herstellungsort verlangt werden darf, wenn

---

<sup>249</sup> Vgl. den Erwägungsgrund 34 zur Richtlinie 2004/18/EG (Abschnitt IV/3.1 hiervor); vgl. dazu in Bezug auf das schweizerische Recht Art. 2 des Bundesgesetzes über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999, wobei diese Bestimmung (wohl im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB) nur allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge als Standard schützt (vgl. zum Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 54 mit Hinweis).

<sup>250</sup> Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 327

<sup>251</sup> Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 4], S. 345 und Fn. 142 mit Hinweisen

<sup>252</sup> Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1417

<sup>253</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 141

<sup>254</sup> Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 54 f.

diese weniger streng ist als diejenige, die am Ort der Lieferung gilt<sup>255</sup>. Ein weiterer Handlungsspielraum könnte sich öffnen im Bereich von hinreichend konkrete Verpflichtungen statuierenden Umweltabkommen, die sowohl der Sitzstaat des Anbieters als auch die Schweiz unterzeichnet haben<sup>256</sup>. Bei von vielen Staaten ratifizierten Umweltabkommen könnte selbst für den Fall, dass der Sitzstaat des Anbieters dieses nicht ratifiziert hat, durch den Hinweis auf dieses Abkommen dem Vorwurf des ökologischen Unilateralismus die Spitze genommen werden. Zu den Mindeststandards im internationalen Verhältnis bleiben jedoch viele Fragen offen. Dieses Schicksal teilt der Standard des Umweltschutzgesetzgebung mit den kodifizierten Verfahrensgrundsätzen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB. Die Vertiefung der offenen Fragen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

Kernaussage 23: Wie in Bezug auf die Gleichstellung von Frau und Mann und die Arbeitsbedingungen ist das Problem der Anforderungen an im Ausland produzierende ausländische Anbietende auch in Bezug auf den umweltschutzrechtlichen Mindeststandard derzeit weitgehend ungelöst. Hier liegt eine wichtige Aufgabe für die Aussenwirtschaftspolitik.

## 2. Ökologisches Know-how als Eignungskriterium

### 2.1 Vorbemerkung: Die offene Legiferierungsmethode gemäss Art. 9 Abs. 1 BoeB

Mit Galli/Lehmann/Rechsteiner ist davon auszugehen, dass die Liste der möglichen Eignungsnachweise gemäss Anhang 3 VoeB nicht abschliessend ist. Art. 9 Abs. 1 VoeB ermächtigt die Auftraggeberin, für die Überprüfung der Eignung der Anbieter *insbesondere* die in Anhang 3 genannten Unterlagen zu erheben und einzusehen<sup>257</sup>. Entsprechend sind auch die in Art. 9 Abs. 1 BoeB 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. Die BRK und Galli/Moser/Lang sprechen insoweit von einer offenen Legiferierungsmethode, die der Auftraggeberin einen Ermessensspielraum

<sup>255</sup> Vgl. dazu in Bezug auf die Arbeitsbedingungen Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 330

<sup>256</sup> Arrowsmith, *Secondary Policies*, a.a.O. [Fn. 2], S. 347 f.

<sup>257</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 107 Rz. 337 Fn. 3

überlässt<sup>258</sup>. Wenn in der Ausschreibung beispielsweise die Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium genannt wird, muss der Anbieter nach Galli/Lehmann/Rechsteiner nachweisen können, dass er über die nötigen „Umweltverträglichkeits-Kenntnisse“ verfügt und damit in der Lage ist, das im Angebot abgegebene Leistungsversprechen zu erfüllen<sup>259</sup>. In diesem Sinne äussern sich auch Hauser<sup>260</sup> und Grolimund<sup>261</sup>, insbesondere in Bezug auf Erfahrungen im Umweltbereich als mögliches Eignungskriterium. Damit kann offen bleiben, inwieweit das ökologische Know-how im Rahmen umweltfreundlicher Beschaffungen als Aspekt der technischen Leistungsfähigkeit definiert werden kann, wie dies die EU-Kommission für das europäische Vergaberecht getan hat<sup>262</sup>. Entscheidend ist aus der Sicht des schweizerischen Rechts, wie sogleich zu zeigen sein wird, dass der Begriff der Eignung so verwendet wird, dass geklärt werden kann, wann ökologische Anforderungen an eine Anbieterin als vergabefremder Aspekt erscheinen.

## **2.2 Der Begriff der Eignung und umweltspezifische Anforderungen an Anbieter**

### **2.2.1 Der Begriff der Eignung**

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des Auftrags in der Lage sind. Der Eignungsnachweis ist auf diejenigen Eignungskriterien zu beschränken, welche wesentlich sind, damit sichergestellt ist, dass die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann<sup>263</sup>. Eine Anforderung an den Anbieter, die diese Definition erfüllt, kann daher auch nicht als vergabefremder Aspekt beurteilt werden. Entscheidend ist der hinreichende Bezug zwischen dem Kriterium und dem ausgeschriebenen Auftrag. Dabei muss die Vergabestelle zwischen ihrem Interesse an einer möglichst grossen Auswahl von wirtschaftlichen Angeboten und der Gefahr einer nicht ordnungsgemässen Auftragsausführung abwägen<sup>264</sup>. Die Eignungskriterien müssen mit den Qualitäten des Anbieters in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag zusammenhängen<sup>265</sup>. Dies trifft im Zweifel nicht zu auf die

---

<sup>258</sup> BRK 7/97 E. 5b/cc; Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 127 Rz. 284

<sup>259</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 212 Rz. 385

<sup>260</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 355

<sup>261</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 12

<sup>262</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/2.2.1 S. 18

<sup>263</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 131 Rz. 292 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

<sup>264</sup> Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 82

<sup>265</sup> BGE 129 I 313 E. 8.1 S. 324 mit zahlreichen Hinweisen; Zufferey/Amstutz/Esseiva, Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft, Fribourg 2004, S. 54

Frage, ob ein Anbieter Lehrlinge ausbildet oder nicht<sup>266</sup>. Das Bundesgericht weist allerdings auf Lehrmeinungen hin, nach welchen die Ausbildung von Lehrlingen allenfalls als Indiz für die gesunden Finanzen eines Unternehmens verstanden werden könnte<sup>267</sup>. Es ist hier nicht der Ort, um mögliche Fälle zu konstruieren, bei welchen die Ausbildung von Lehrlingen mit dem Auftrag in Zusammenhang gebracht werden könnte. Denkbar wäre ein juristisches Schulbeispiel, nach welchem der Auftrag darin besteht, Jugendlichen in Bezug auf eine Branche berufliche Perspektiven aufzuzeigen, wobei der Frage, ob es möglich ist, mit Lehrlingen über ihre ersten Erfahrungen zu sprechen, eine gewisse Bedeutung zukommen kann<sup>268</sup>.

### 2.2.2 Gibt es umweltspezifische Eignungskriterien?

Nun bleibt zu prüfen, ob bei ökologischen Anforderungen an die Anbieterinnen und Anbieter, die über den Mindeststandard der Umweltschutzgesetzgebung hinaus gehen, ebenfalls kein Bezug zum Auftrag hergestellt werden kann. Zufferey hält dazu in der ergänzenden Studie zum Vergaberecht des Bundes und der Kantone betreffend die sogenannten vergabefremden Kriterien fest, dass ökologische Anforderungen an einen Anbieter nicht in jedem Falle („pas toujours“) vergabefremd sind<sup>269</sup>. Entsprechend hat die EU-Kommission schon in der interpretierenden Mitteilung zur Möglichkeit der Berücksichtigung von Umweltbelangen vom 4. Juli 2001 festgehalten, dass die einschlägige Erfahrung ein zulässiges Kriterium der technischen Leistungsfähigkeit und Kompetenz sein kann, wenn der Auftrag besonderes Know-how im Umweltbereich erfordert<sup>270</sup>. Davon gehen (wie oben unter 2.1 bereits erwähnt) auch Galli/Lehmann/Rechsteiner aus, wenn sie besonders hervorheben, dass der Anbieter nachweisen können muss, dass er über die nötigen „Umweltverträglichkeits-Kenntnisse“ verfügt und damit in der Lage ist, das im Angebot abgegebene Leistungsversprechen zu erfüllen<sup>271</sup>. Hauser erwähnt als mögliche Eignungskriterien im Sinne von Hinweisen auf das erforderliche Know-how etwa die fachlichen Qualifikationen des Schlüsselpersonals, Referenzaufträge und Referenzauskünfte<sup>272</sup>. Ebenso weist Esseiva darauf hin, dass Umweltbelange

---

<sup>266</sup> Entscheid des Verwaltungsgericht Aargau vom 28. Mai 1999, publiziert in: AGVE 1999, S. 294 ff., S. 298; Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 133 Rz. 294

<sup>267</sup> BGE 129 I 313 E. 8.3 S. 325. Esseiva hebt beispielsweise hervor, dass die Ausbildung von Lehrlingen ein Indiz ist, dass die fragliche Unternehmung nicht demnächst von der Bildfläche verschwinden wird (Esseiva, *Mise en oeuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics*, Baurecht 3/1998, S. 104 ff., S. 106).

<sup>268</sup> Vgl. zur Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Eignungsprüfung Zufferey, *Etude complémentaire*, a.a.O. [Fn. 3], S. 9

<sup>269</sup> Zufferey, *Etude complémentaire*, a.a.O. [Fn. 3], S. 8 f.

<sup>270</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt 2.2.1 S. 18

<sup>271</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 121 Rz. 385

<sup>272</sup> Hauser, *Umweltaspekte*, a.a.O. [Fn. 14], S. 356



nach dem Vergaberecht des Bundes auch im Rahmen der Eignungsprüfung eine Rolle spielen können<sup>273</sup>. Bedingung ist allerdings, dass der Auftrag einen gewissen Umweltbezug aufweist, welcher aus den technischen Spezifikationen und/oder den Zuschlagskriterien ersichtlich ist<sup>274</sup>. 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 verfügen<sup>275</sup>.

Kernaussage 24: Namentlich besondere Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der zu tätigenen Beschaffung können als Eignungskriterien dienen, wenn durch einschneidende gesetzliche Vorgaben oder durch die Formulierung der technischen Spezifikationen und/oder der Zuschlagskriterien zum Ausdruck kommt, dass eine umweltfreundliche Beschaffung in Frage steht.

## **2.3 Die Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen im Rahmen der Eignungsprüfung**

### **2.3.1 Kann ein Umweltmanagementsystemen als Eignungsnachweis dienen?**

Mit Umweltmanagementsystemen soll eine transparente Systematik von Verfahren geschaffen werden, mittels welcher Ziele, Verantwortlichkeiten und Überprüfungsmöglichkeiten in Bezug auf den betrieblichen Umweltschutz definiert werden können<sup>276</sup>. Esseiva geht davon aus, dass ein Umweltmanagementzertifikat, etwa ISO 14001, einen zulässigen Eignungsnachweis darstellt, wenn der Zusammenhang zum zu vergebenden Auftrag gegeben ist<sup>277</sup>. Dieses Erfordernis ist nach der hier vertretenen Auffassung erfüllt, wenn sich das Unternehmen für die angebotenen Produkte oder Dienstleistungen besondere Umweltziele ausweist<sup>278</sup>. Als Beispiel nennt Dageförde eine zertifizierte Selbstverpflichtung eines Unternehmers, einen

<sup>273</sup> Esseiva, Anmerkung zu S6, in: Baurecht 2/2000, S. 56 f. (Besprechung des Zürcher Holzschneidfall)

<sup>274</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 319

<sup>275</sup> Entscheid BRK 2004-007 vom 22. September 2004, E. 2e. 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.

<sup>276</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 243

<sup>277</sup> Esseiva, Anmerkung zu S6, a.a.O. [Fn. 273], S. 57

<sup>278</sup> Skeptisch demgegenüber in Bezug auf nur allgemeine Umweltziele wohl auch Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 257, und vor allem Trüb, a.a.O. [Fn. 85], S. 502, der insoweit von einem Graubereich spricht.

gewissen die Umwelt schädigenden Stoff bei der Ausführung von Bauleistungen oder der Herstellung gewisser Produkte nicht zu verwenden<sup>279</sup>. Esseiva weist in diesem Zusammenhang auf Ziffer 10 des Anhangs 3 zur VoeB hin, wonach eine Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems verlangt werden kann. Wie oben im Abschnitt 2.1 beschrieben, ist der Anhang 3 zur VoeB in Bezug auf die Eignungsnachweise nicht abschliessend. Es bedarf daher, soweit von einem Eignungsbegriff gemäss dem Abschnitt 2.2.1 hiervor ausgegangen wird, zur Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen keiner ausdrücklichen Erwähnung derselben in Gesetz oder Verordnung. Es ist damit dem Gesetzgeber überlassen, ob er diese ausdrücklich als möglichen Eignungsnachweis erwähnen will. Nach dem Gesagten kann auch offen bleiben, ob ein Umweltmanagementzertifikat ein Qualitätsmanagementzertifikat im Sinne von Ziffer 10 Anhang 3 zur VoeB darstellt. Der Nachweis von Umweltmanagementsystemen kann allerdings nur dann als Eignungsnachweis verstanden werden, wenn aus der Umschreibung des Auftrags hervorgeht, dass ein besonders umweltsensibler Auftrag vergeben werden soll. Als Beispiel wird etwa die Verbrennung von Müll genannt, wo schon die gesetzlichen Vorgaben einen hohen Standard erreichen<sup>280</sup>. Im von Dageförde beschriebenen Beispiel könnte – davon ausgehend, dass nicht schon die gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf den Umweltstandard besonders hoch sind – der Tatbeweis, dass eine umweltfreundliche Beschaffung gewollt ist, etwa durch technische Spezifikationen erbracht werden. Im Rahmen derselben müsste vorgesehen sein, dass der nicht umweltverträgliche Stoff, zu dessen Vermeidung sich die Anbieterin bzw. der Anbieter im Zertifizierungsprozess generell verpflichtet hat, nicht im zu beschaffenden Produkt enthalten sein darf.

Es stellt sich weiter die Frage, ob die Vergabestelle verlangen darf, dass ein Umweltmanagementzertifikat vorgelegt wird, oder ob sie gleichwertige Nachweise akzeptieren muss. Die EU-Kommission weist in der interpretierenden Mitteilung darauf hin, dass die Vergabestelle, wenn sie ein Umweltmanagementsystem als Eignungsnachweis verlangt, dies nur in dem Sinne tun darf, dass sie bekannt gibt, dass sie das Zertifikat als hinreichenden Nachweis anerkennt. Die Auftraggeber dürfen – so die Kommission – andere Nachweise nicht ausschliessen, indem sie etwa lediglich eine EMAS-Eintragung akzeptieren; es sollte auch jede andere Bescheinigung (zum Beispiel ISO 14001) oder jeder andere Nachweis akzeptiert werden<sup>281</sup>. Dasselbe gilt im Rahmen der Richtlinie 2004/18/EG gemäss

---

<sup>279</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 265

<sup>280</sup> Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 266 ff. und S. 306 f. (in Auslegung der IVöB)

<sup>281</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/2.2.2, S. 19 f.; vgl. zum vergleichbaren Problem bei den technischen Spezifikationen den Abschnitt V/3.5 hiernach

Erwägungsgrund 44<sup>282</sup>. Von dieser Regel ist auch für das schweizerische Recht auszugehen.

Kernaussage 25: Umweltmanagementzertifikate können als Eignungsnachweis dienen, soweit die nachgewiesenen Umweltmanagementsysteme Festlegungen in Bezug auf das nachgefragte Produkt oder die nachgefragte Dienstleistung enthalten. Anderweitige Nachweise eines gleichwertigen Standards dürfen nicht ausgeschlossen werden.

### **2.3.2 Exkurs: Der „Depotcontainer“-Beschluss des Oberlandesgerichts Saarbrücken**

Eine umweltspezifische Anforderung an den Anbieter ist als Eignungskriterium nur dann unzulässig und damit ein vergabefremder Aspekt, wenn sie sich nicht auf die zu erbringende Leistung bezieht, sondern nur allgemein das Verhalten des Bieters betrifft. Dies ist der Leitsatz des sogenannten „Depotcontainer“-Beschlusses des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 13. November 2002<sup>283</sup>. Gegenstand des beurteilten Vergabeverfahrens sind der Transport und die Reinigung von Containern. Zur Reinigung ist folgende Vorgabe gemacht worden: „Das Reinigungsfahrzeug ist mit einer Wasseraufbereitung auszurüsten, die den Wasserverbrauch auf das absolut notwendige Mindestmass reduziert. Die Entsorgung des nicht aufbereitungsfähigen Restwassers hat durch den Auftraggeber zu erfolgen.“<sup>284</sup> Das Oberlandesgericht ist zum Schluss gekommen, die verlangte Zertifizierung der Anbieter als Entsorgungsfachbetrieb stehe in einem sachlichen Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen. Es stehe der Vergabestelle grundsätzlich frei, welche Qualitätsanforderungen sie an die zu erbringende Leistung stelle. Bei der Ausschreibung von umweltrelevanten Tätigkeiten sei sie deshalb auch berechtigt, die Einhaltung bestimmter umweltschützender Qualitätsstandards für diese Tätigkeiten zu fordern. Die Forderung nach Einhaltung bestimmter Umweltkriterien stellt – so das Gericht – nur dann ein unzulässiges, weil vergabefremdes Kriterium dar, wenn diese vom Bieter ganz allgemein und unabhängig von der zu erbringenden Leistung verlangt wird. Innerhalb der zu beurteilenden Vergabe (bzw. genauer des in Frage stehenden Loses) haben die abfallrechtlich relevanten Tätigkeiten mehr als nur die Bedeutung einer Hilfstätigkeit zur Erbringung der Hauptleistung und prägen das Gesamtbild der Leistung mit. Deshalb hat die Vergabestelle ihr Ermessen nach der Ansicht des Oberlandesgerichts nicht rechts-

<sup>282</sup> Vgl. dazu den Abschnitt IV/3.2 hiervor

fehlerhaft angewandt<sup>285</sup>. Dieses Anschauungsbeispiel vermag auch für das geltende schweizerische Recht als Auslegungshilfe zu dienen.

## **2.4 Zusammenfassende Feststellungen zu umweltspezifischen Anforderungen an Anbieter als Eignungskriterien**

Nach dem Gesagten erweist sich, dass umweltspezifische Anforderungen an den Anbieter bei genügendem Bezug zur zu erbringenden Leistung vergaberechtlich nicht zu beanstanden sind. Einen ersten Anhaltspunkt lässt sich aufgrund der Umschreibung der nachgefragten Leistung gewinnen. Geht aus den technischen Spezifikationen und/oder den Zuschlagskriterien hervor, dass an das Produkt ökologische Anforderungen gestellt werden, denen eine gewisse Bedeutung zukommt, spricht dies dafür, dass auch die Vorgabe von umweltspezifischen Eignungskriterien zulässig ist<sup>286</sup>. Ist der Auftragsbezug des Eignungskriteriums erstellt, kann nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht von einem vergabefremden Aspekt gesprochen werden. Entsprechend darf auch die Mehreignung im Rahmen des Zuschlags unter dem Kriterium „Umweltverträglichkeit“ berücksichtigt werden, sofern die Berücksichtigung der Mehreignung (ohne verpönte Doppelprüfung desselben Aspekts) generell als zulässig angesehen wird<sup>287</sup>. Würde demgegenüber 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<sup>288</sup>.

Kernaussage 26: Fehlt der hinreichende Zusammenhang zwischen von den Anbietern nachzuweisendem Umweltmanagementsystem und dem Gegenstand der Beschaffung, liegt ein vergabefremder Aspekt vor, der nach geltendem Beschaffungsrecht nicht berücksichtigt werden darf.

<sup>283</sup> Publiziert in: Georg Fischer/Rainer Noch/Uwe Münkemüller (Hrsg.), VergabE, Entscheidungssammlung zum deutschen und europäischen Vergaberecht, Entscheid Nr. C-12-1/02

<sup>284</sup> Beschluss vom 13. November 2002, VergabE, a.a.O. [Fn. 283], Rz. 5

<sup>285</sup> Beschluss vom 13. November 2002, VergabE, a.a.O. [Fn. 283], E. II/2a Rz. 30 f.

<sup>286</sup> Kunzlik a.a.O. [Fn. 52], S. 162; vgl. zum Ganzen auch Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 60

<sup>287</sup> Vgl. dazu neuerdings den Entscheid BRK 2004-010/011 vom 11. März 2005, publiziert in: VPB 69.56, E. 2 f. Die Berücksichtigung von gewissen Aspekten im Rahmen der Mehreignung erlaubt zudem eine wettbewerbsfreundlichere Handhabung des Beschaffungsrechts, weil der Anbieter im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots allfällige Wettbewerbsnachteile im Bereich der Mehreignung etwa mit Preisvorteilen kompensieren kann (so auch Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 292 f.).

<sup>288</sup> Vgl. dazu das Kapitel Abschnitt V/6 hiernach

### **3. Ökologische Anforderungen in der Form von technischen Spezifikationen**

#### **3.1 Die Umschreibung des Gegenstandes der Beschaffung und der Begriff der technischen Spezifikation**

Die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen hat etwa im Fall BRK 2001-011 am 16. November 2001 festgehalten, dass der Entscheid über Gegenstand und Umfang der Beschaffung ein im Rechtsmittelverfahren nicht überprüfbarer Ermessensentscheid ist. Die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin muss grundsätzlich frei darüber bestimmen können, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service usw. stellt, was also im Einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist<sup>289</sup>. Entsprechend hat auch die EU-Kommission in der interpretierenden Mitteilung festgehalten, die erste Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei einem öffentlichen Auftrag bietet die Phase, die nicht unter die Vergaberichtlinien fällt, nämlich die Wahl des Auftragsgegenstandes<sup>290</sup>. Dabei stellt sich die Frage, wo die Rahmenbedingungen, die sich aus dieser Wahl ergeben, aufhören, und wo zu deren Konkretisierung die Formulierung technischer Spezifikationen beginnt. Aus der Freiheit der Umschreibung von Gegenstand und Inhalt der Submission ergibt sich auch eine gewisse Zurückhaltung in Bezug auf die Überprüfung der Zweckmässigkeit von technischen Spezifikationen. So kann etwa die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen die Angemessenheit einer solchen Beurteilung aufgrund von Art. 31 BoeB nicht prüfen<sup>291</sup>.

#### **3.2 Die Zulässigkeit umweltspezifischer technischer Spezifikationen allgemein**

Aufgrund des Spielraums der Vergabestelle bei der Umschreibung des Gegenstands der Submission erweisen sich die technischen Spezifikationen nach geltendem Vergaberecht als eine der wirkungsvollsten Möglichkeiten, im Rahmen der Beschaffung ökologische Aspekte zu berücksichtigen. Gauch/Stöckli haben dazu in den Vergabethesen 1999 festgehalten, das konkret-wirtschaftliche Verständnis des

---

<sup>289</sup> VPB 66.38 E. 5a mit Hinweis auf AGVE 1998, S. 404

<sup>290</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt I S. 8; vgl. Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 9 f.

<sup>291</sup> Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: AJP 2000, S. 682 ff., S. 691; vgl. zu derselben Frage aus der Sicht des GPA den Abschnitt III/3.1.1 hiervor.

Zuschlagskriteriums Umweltschutz schliesse nicht aus, dass eine öffentliche Auftraggeberin den Umweltschutz in umfassender Weise fördert. Dies kann sie nach den genannten Autoren tun, indem sie schon bei 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 lässt<sup>292</sup>. Die Nähe der technischen Spezifikationen zur Bedarfsdefinition gibt der Vergabestelle eine gewisse Freiheit<sup>293</sup>. So sieht etwa der Kanton Freiburg in seiner Energiegesetzgebung vor, dass neue öffentliche Bauten dem Minergiestandard entsprechen sollen<sup>294</sup>. 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 sollen<sup>295</sup>. Die Beschaffungspraktiker haben die Rechtslage analysiert und daraus ihre Konsequenzen gezogen. So hat der Zürcher Stadtrat festgehalten, der Aspekt der Ökologie werde in der Praxis regelmässig nicht als Zuschlagskriterium angewendet. Die strengen ökologischen Anforderungen würden vielmehr bereits im Rahmen der Projektierung erarbeitet und so in den Inhalt der Submission einfließen. Nach dieser Konzeption werden Anbietende, die den im Leistungsbeschrieb formulierten ökologischen Anforderungen nicht genügen, vom Vergabeverfahren zwangsläufig ausgeschlossen<sup>296</sup>. Damit ist, vor allem wenn die entsprechenden Vorgaben ehrgeizig sind, immer auch eine Beschränkung des Kreises möglicher Anbieter verbunden. Dies bedeutet aber grundsätzlich weder einen Verstoss gegen das Bundesvergaberecht noch gegen Art. VI GPA. Um nicht zu stark in den Markt einzugreifen, wird indessen etwa für die umweltfreundliche Informatikbeschaffung des Bundes die Regel aufgestellt, dass mindestens 25 Prozent der Produkte auf dem Markt die mittels technischer Spezifikationen umschriebenen Anforderungen erfüllen sollen<sup>297</sup>. Es ist grundsätzlich Sache der Vergabebehörde, welchen Preis sie zu zahlen bereit ist, um ein den technischen Spezifikationen genügendes Angebot zu erhalten. Entsprechend hat auch der Europäische Gerichtshof im Fall *Concordia Bus Finland* in Bezug auf die Zuschlagskriterien festgehalten, es sei im Umstand, dass eines der Kriterien, die der Auftraggeber zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegt

---

<sup>292</sup> Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 99], S. 22 f.

<sup>293</sup> Dageförde geht etwa entgegen der hier vertretenen Auffassung so weit zu sagen, beim Einkauf von erneuerbarer Energie („Öko-Strom“) müsse nicht geprüft werden, ob diese Anforderung der Dogmatik der technischen Spezifikationen entspreche; vielmehr gehe es hier um die Definition des Bedarfs, die ausserhalb des Vergaberechts stehe (dies., a.a.O. [Fn. 15], S. 137 f.).

<sup>294</sup> Zufferey, *Etude complémentaire*, a.a.O. [Fn. 3], S. 10 mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 des Energiegesetzes vom 9. Juni 2000 und Art. 23 der Verordnung zum Energiegesetz vom 5. März 2001

<sup>295</sup> *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 223], S. 22

<sup>296</sup> Antwort des Zürcher Stadtrats vom 16. April 2003 auf die Interpellation Diem und Bärtschi vom 20. November 2002

<sup>297</sup> Informatikrat Bund, P025 – Ressourcen- und Umweltstandard für die Beschaffung der IKT-Infrastruktur. Version 1.0, Bern 2005

hatte, nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden konnte, als solchem kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen<sup>298</sup>. Im Rahmen der technischen Spezifikationen hat der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB nicht die Rolle des obersten Leitbegriffs. Das ändert aber nichts daran, dass eine Abwägung in Bezug auf das Verhältnis von Preis und Leistung vorzunehmen ist (Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB). 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 werden<sup>299</sup>.

Um die Marktverhältnisse angemessen berücksichtigen zu können, sieht etwa die Empfehlung „Nachhaltig produziertes Holz beschaffen“ eine Kombination von technischer Spezifikation und Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit vor<sup>300</sup>. Diese Methode erlaubt es etwa im Hinblick auf die Energieeffizienz oder Schadstoffemissionen, die umweltfreundliche Beschaffung im Sinne des Wettbewerbsgedankens zu optimieren. Beispiel: Für die Beschaffung von Computern wird ein Höchstenergieverbrauch als technische Spezifikation vorgegeben. Zusätzlich könnten für die deutliche Unterschreitung dieser Vorgabe im Rahmen des Kriteriums Umweltverträglichkeit Bewertungsvorteile vorgesehen werden. Dies ist umso wichtiger, als das Verwaltungsgericht Zürich gar eine Rechtspflicht darin erblickt, lediglich gewünschte technische Merkmale nicht als (absolute) technische Spezifikationen zu formulieren<sup>301</sup>. Es ist im Lichte der wirtschaftlichen Betrachtungsweise paradox, dass die Vergabestelle im Rahmen der technischen Spezifikationen nach bedeutenden schweizerischen Lehrmeinungen wie auch der Rechtsauffassung der EU-Kommission zu den alten Vergaberichtlinien (namentlich in Bezug auf die Herstellungsbedingungen) mehr Möglichkeiten hat als im Rahmen der Zuschlagskriterien. Dies führt nämlich dazu, dass in Bezug auf gewisse Vorgaben kein Konzept möglich ist, wonach über einen gewissen Standard hinaus gehende Vorteile gegen den Angebotspreis abgewogen werden können. Die Erklärung dafür ist wohl unter anderem in der Nähe der technischen Spezifikationen zur Frage nach der Freiheit der Vergabestelle in der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes selbst zu suchen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Lichte von Art. VI GPA (wie auch aus europarechtlicher Sicht) im Hinblick auf die Festlegung der technischen Spezifikationen entscheidend ist, dass der Markt nicht bestimmten Unternehmen vorbehalten wird („reserve the market to certain undertakings“)<sup>302</sup>. Eine weitere

---

<sup>298</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99 vom 17. September 2002, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 85 f.

<sup>299</sup> Vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 59

<sup>300</sup> Gemeinsame Empfehlung KBOB/IPB/BKB 2004/3 „Nachhaltig produziertes Holz beschaffen“, [www.kbob.ch](http://www.kbob.ch)

<sup>301</sup> Entscheid VB.2000.00275 vom 23. November 2001, in: Baurecht 2/2003, S. 60 Nr. S7

<sup>302</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/1.2 S. 12

dogmatische Schranke besteht darin, dass sich auch ökologische technische Spezifikationen auf den Auftragsgegenstand, etwa eine Produkt, beziehen müssen. Anforderungen, die der Anbieter selbst zu erfüllen hat, können nicht in die Form von technischen Spezifikationen gekleidet werden<sup>303a</sup>.

Kernaussage 27: Die technischen Spezifikationen sind aus Sicht der ökologischen Vergabe die klassische Kategorie, weil sie der umweltfreundlichen Beschaffungspraxis die meisten Möglichkeiten bieten. Dies ist insofern nicht selbstverständlich, als durch ehrgeizige technische Spezifikationen der Markt stark eingeschränkt wird. Damit spricht die ökonomische Sichtweise dafür, alle ökologischen Aspekte, die in Form von technischen Spezifikationen zulässig sind, auch in Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit als vergaberechtskonforme Gesichtspunkte anzusehen, damit ehrgeizige Vorgaben gegen den Preis abgewogen werden können.

### 3.3 Massgeschneiderte technische Spezifikationen und freihändige Vergabe

Unzulässig ist die Bevorzugung gewisser oder gar nur eines Anbieters durch massgeschneiderte technische Spezifikationen. Art. 12 Abs. 1 BoeB ist insoweit im Sinne der wesentlich ausführlicheren Regelung von Art. VI GPA auszulegen<sup>303</sup>. Die technischen Spezifikationen sollen nach Möglichkeit eher in Bezug auf die geforderte Leistung als in Bezug auf die Umschreibung des Produkts erfolgen (Art. VI Ziff. 2 lit. a GPA). Soweit vorhanden, soll sich die Vergabestelle auf internationale Normen, ansonsten auf nationale Vorschriften oder anerkannte nationale Normen stützen (Art. VI Ziff. 2 lit. b GPA). Die Vergabestelle darf die technischen Spezifikationen nicht so bezeichnen, dass gezielt einzelne Anbieterinnen und Anbieter oder Leistungen bevorzugt werden. Kann im Einzelfall die Umschreibung ausnahmsweise nicht ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Produkt, Typ, Warenzeichen u.a. vorgenommen werden, so muss die Auftraggeberin durch den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ anderen Anbietern die Möglichkeit offen lassen, am Verfahren teilzunehmen (Art. VI Ziff. 3 GPA).

Wie gesehen darf sich der öffentliche im Unterschied zum privaten Auftraggeber grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Hersteller festlegen<sup>304</sup>. Tut die Vergabe-

<sup>303a</sup> Priess/Pitschas, a.a.O. [Fn. 59], S. 187

<sup>303</sup> Entscheid BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38, E. 5b/bb

<sup>304</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. Dezember 1998, publiziert in: AGVE 1998, E. 2d/cc S. 407



stelle dies indirekt, indem sie die technischen Spezifikationen entsprechend ausgestaltet, verstösst sie gegen Art. VI GPA. Wo sich aus sachlichen Gründen die Auftragsvergabe an einen bestimmten Anbieter aufdrängt, kann und soll der Auftrag freihändig vergeben werden<sup>305</sup>. Es erscheint in Ausnahmefällen möglich, in technischen Besonderheiten, die mit dem Umweltschutz in Zusammenhang stehen, einen Grund für die freihändige Vergabe zu sehen (Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB)<sup>306</sup>. Daneben wäre auch die Berücksichtigung der Erstanfertigung von (besonders umweltfreundlichen) Gütern (Art. 13 Abs. 1 lit. g VoeB) oder einer aus ökologischen Gründen gegebenen besonderen Dringlichkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. d VoeB denkbar. Bei der Anwendung dieser Vorschriften ist indessen allergrösste Vorsicht walten zu lassen, weil der Verdacht der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nahe liegt. So muss sich die Vergabestelle, wenn sie technische Besonderheiten geltend macht, in Kenntnis des Marktes entscheiden. Nur das auch für den durchschnittlichen Anbieter unvorhersehbare Auftauchen eines weiteren Anbieters rechtfertigt die Anwendung der Ausnahmeklausel von Art. 13 Abs. 1 lit. c VoeB und sichert so die Konformität des behördlichen Vorgehens mit Art. VI GPA<sup>307</sup>.

Ein Beispiel aus dem Europarecht mag die Brisanz der Marktbeschränkung durch freihändige Vergabe insbesondere gestützt auf Argumente des Umweltschutzes illustrieren: Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat mit Entscheid vom 10. April 2003<sup>308</sup> unter anderem folgenden Fall beurteilt: Die Stadt Braunschweig hat ohne Ausschreibung mit den Braunschweigischen Kohlebergwerken einen Vertrag geschlossen, wonach die Kohlebergwerke für die Dauer von dreissig Jahren den Restabfall zur thermischen Behandlung übernehmen sollten. Deutschland hat dazu geltend gemacht, die räumliche Nähe der Verbrennungsanlagen zum Gebiet der Stadt Braunschweig sei ein wesentliches Kriterium für die Auftragsvergabe gewesen, um grössere Transportmengen zu vermeiden. Demgegenüber hat sich die Kommission richtigerweise auf den Standpunkt gestellt, dass es keinen Vorrang der gemeinschaftlichen Umweltpolitik vor den übrigen Gemeinschaftspolitiken gebe, wenn Gemeinschaftspolitiken miteinander in Konflikt stünden<sup>309</sup>. Der Gerichtshof hat zwar festgehalten, es sei (angesichts der Entscheidung in Sachen Concordia Bus Finland) nicht auszuschliessen, dass ein technischer Grund des Umweltschutzes bei der Prüfung der Frage berücksichtigt werden kann, ob der

---

<sup>305</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2000.00275 vom 23. November 2001, in: Baurecht 2/2003, S. 60 Nr. S7

<sup>306</sup> Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 6

<sup>307</sup> Arrowsmith, Limited Tendering, in: Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 281 ff., insb. S. 288

<sup>308</sup> Entscheid in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, publiziert in: NVwZ 2003, S. 1231 ff.

<sup>309</sup> Entscheid in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, a.a.O. [Fn. 308], Rz. 47

betreffende Auftrag nicht nur an einen ganz bestimmten Dienstleistungserbringer vergeben werden kann<sup>310</sup>. Er hat aber schliesslich festgehalten, dass es der Bundesrepublik Deutschland im vorliegenden Fall nicht gelungen ist, den Verdacht der Verletzung des Diskriminierungsverbots zu widerlegen; insbesondere könne die Nähe eines bestimmten Dienstleistungserbringers zum Gemeindegebiet allein kein technischer Grund im genannten Sinne sein<sup>311</sup>.

### **3.4 Die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der technischen Spezifikationen**

Gauch/Stöckli lehnen sich mit ihrer Beurteilung, wonach umweltspezifische technische Spezifikationen zulässig sind, an die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission an, mit welcher ausdrücklich festgehalten wird, dass etwa die Verwendung eines bestimmten Produktionsverfahrens vorgeschrieben werden kann, wenn dies dazu beiträgt, Anforderungen an das Produkt oder 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 genannt<sup>312</sup>. Ebenfalls zulässig ist nach dem ergänzenden Memo 01/257 der EU-Kommission vom 5. Juli 2001 die Vorgabe, zu beschaffendes Holz solle aus nachhaltiger Forstwirtschaft stammen. Demnach kann die Rechtsauffassung der EU-Kommission, die auch das Ergebnis der Auslegung von Art. VI GPA ist<sup>313</sup>, gemäss ihrer interpretierenden Mitteilung zu den alten Vergaberichtlinien auch für das schweizerische Recht als gesichertes Minimum gelten<sup>314</sup>. Einschränkend lässt sich der Standpunkt des Verwaltungsgerichts Zürich verstehen, der sich indessen auf die Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit bzw. „Holzart und –herkunft“ bezieht<sup>315</sup>. Es wird aber auch in Bezug auf die technischen Spezifikationen argumentiert, das Abstellen auf ökologische Kriterien, die ausserhalb des Verwendungsorts der Leistung wirksam werden, sei nicht zulässig<sup>316</sup>. Dieser Rechtsauffassung, die von

---

<sup>310</sup> Entscheid in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, a.a.O. [Fn. 308], Rz. 61

<sup>311</sup> Entscheid in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, a.a.O. [Fn. 308], Rz. 62 ff. Aufgrund dieses Entscheides wurde der strittige Vertrag über die Übernahme von Restabfall aufgelöst.

<sup>312</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/1.2 S. 12 f.; dazu kritisch Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 137 f. und S. 140, weil sich die Vorgabe nicht im Produkt selbst niederschlägt.

<sup>313</sup> Vgl. dazu den Abschnitt III/3.1.3 hiervor

<sup>314</sup> Vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 58 f.

<sup>315</sup> Vgl. den Entscheid VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, E. 3b und 3c. Verpönt ist es selbstverständlich, die Herkunft eines Produkts in Form einer „technischen“ Spezifikation vorzugeben; vgl. zu Herstellungsbedingungen im Rahmen der Zuschlagskriterien auch Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 110 zu Art. 5, sowie den Abschnitt V/4.5 hiernach

<sup>316</sup> Vgl. dazu Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 200

Galli/Moser/Lang sogar in Bezug auf das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit abgelehnt wird<sup>317</sup>, liegt aber eine zu enge und zum Europarecht in Widerspruch stehende Auslegung von Art. VI GPA zugrunde.

Die Definition der zulässigen Produktionsbedingungen durch die EU-Kommission im Rahmen der interpretierenden Mitteilung ist dahingehend kommentiert worden, dass sie versucht habe, eine Mitte zwischen produktbezogenen und nicht produktbezogenen Produktionsmethoden zu finden. Es sei bezeichnend, dass die gemachten Konzessionen in dieser Form in einem ersten Entwurf der interpretierenden Mitteilung nicht vorgesehen gewesen seien<sup>318</sup>. Das Handbuch der EU-Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung erwähnt als Praxisbeispiel einerseits die bereits vorher als zulässig bezeichnete Beschaffung von Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft<sup>319</sup>. In diesem Zusammenhang wird erwähnt, dass Verbraucherinnen und Verbraucher immer mehr auf nachhaltige Forstwirtschaft und damit auch die Herstellungsbedingungen achten („considerable public concern“)<sup>320</sup>. Ausserdem wird auf die Möglichkeit hingewiesen, auch die ökologischen Auswirkungen der Produktion auf die Angestellten des Anbieters zu berücksichtigen, womit der Bogen weit gespannt wird<sup>321</sup>. Darin ist im Ansatz der Gedanke zu erkennen, dass alle umweltrelevanten Herstellungsbedingungen produktbezogen sein können, welche auch von durchschnittlich sensibilisierten Konsumentinnen und Konsumenten mit einem Produkt in Verbindung gebracht werden<sup>322</sup>. Damit würde der Begriff der Herstellungsbedingungen allenfalls erweitert<sup>323</sup>. 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 verwendet<sup>324</sup>.

---

<sup>317</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 203 f. Rz. 434

<sup>318</sup> Barth/Fischer, The European legal regime on green public procurement, corresponding and conflicting aspects of environmental law and procurement law, in: Christoph Erdmenger (Hrsg.), *Buying into the environment*, Sheffield 2003, S. 51 ff., S. 67

<sup>319</sup> *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 223], S. 25 f.

<sup>320</sup> *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 223], S. 25 f.; ebenso Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 268

<sup>321</sup> *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 223], S. 23. Hier stellt sich die Frage, ob es der Sache nach nicht eher um Arbeitsbedingungen geht, soweit das Thema nicht in den ökologischen Folgen in Bezug auf die Umwelt am Herstellungsort zu sehen ist.

<sup>322</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 43, spricht vom allgemein herrschenden Verständnis, um dieses gegenüber den von besonders sensibilisierten Konsumentinnen und Konsumenten hergestellten Zusammenhängen abzugrenzen.

<sup>323</sup> Aus dieser Optik stellt sich die Frage nach dem Nutzen der technischen Eigenschaft für die Vergabestelle jedenfalls nicht mehr.

<sup>324</sup> *Buying green!*, a.a.O. [Fn. 223], S. 23; so schon die interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/1.3 S. 13

Kernaussage 28: Gestützt auf die herrschende weite Auslegung von Art. VI GPA lässt das EU-Recht (bereits Stand gemäss der interpretierenden Mitteilung 2001) auch die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen zu, die sich nicht sichtbar im Produkt niederschlagen oder sich am Leistungsort auswirken. Diese Sichtweise wiederum hat sich die schweizerische Doktrin überwiegend zu eigen gemacht. Die Tendenz weist in die Richtung eines sich wandelnden Verständnisses des Begriffs Herstellungsbedingungen.

### **3.5 Die Verwendung von Umweltzeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen**

Die Verwendung von Kriterien, denen Umweltzeichen zugrunde liegen, erleichtert der Vergabestelle das Erarbeiten der Vorgaben an das nachgefragte Produkt. Dabei sind aber auch rechtliche Gesichtspunkte zu beachten. Das Umweltzeichen bzw. Label kann zwar als Nachweis für die Erfüllung der technischen Spezifikationen dienen. Demgegenüber ist es unzulässig, vom Anbieter zu verlangen, dass er das entsprechende Zertifizierungsverfahren erfolgreich durchlaufen hat<sup>325</sup>. Im Sinne der Vergaberichtlinien weist auch das Handbuch der EU-Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung ausdrücklich darauf hin, dass die Unternehmer auch auf andere Weise nachweisen können müssen, dass die technischen Spezifikationen erfüllt werden<sup>326</sup>. Je durchgesetzter, bekannter und je breiter abgestützt das Umweltzeichen (durch die Art der vorangegangenen Willensbildung) ist, desto eher entspricht es dem Gedanken des Vergaberechts. Entsprechend sieht Art. 12 Abs. 2 BoeB 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 Waldbewirtschaftung<sup>327</sup>. 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

<sup>325</sup> Vgl. zum EU-Vergaberecht Richtlinie 2004/17/EG, Art. 34 f.; Richtlinie 2004/18/EG, Art. 23

<sup>326</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 20

<sup>327</sup> Vgl. zum EU-Vergaberecht Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 22

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 werden<sup>328</sup>. Für das schweizerische Recht muss nach dem Gesagten wohl ebenso wie nach den Regeln des GPA und des EU-Vergaberechts gelten, dass dem Anbieter der alternative Nachweis, dass er die technischen Spezifikationen erfüllt, grundsätzlich offen stehen muss<sup>329</sup>.

Besondere Vorsicht ist geboten bei Umweltzeichen, die anbieterbezogene Vorgaben machen, die im Sinne eines Eignungskriteriums zu berücksichtigen wären oder gar zur Berücksichtigung vergabefremder Aspekte führen würden. Ebenso sind Labelvorgaben daraufhin zu prüfen, ob sie nebst umweltspezifischen auch ethische oder soziale Standards beinhalten. Diesfalls ist darauf zu achten, dass im Rahmen der technischen Spezifikationen nur umweltspezifische Aspekte geprüft werden, die einen genügend engen Bezug zum Auftragsgegenstand selbst aufweisen<sup>330</sup>. So ist es etwa nach geltendem Recht ausgeschlossen, ein Labelkriterium wie der Schutz der waldabhängigen Einwohner im Sinne der Sicherung sozialer Standards oder der Bewahrung ihrer kulturellen Eigenart als ökologische technische Spezifikation zu berücksichtigen<sup>331</sup>.

Kernaussage 29: Der Umschreibung der ökologischen Anforderungen an ein Produkt können auch die einem Umweltzeichen zugrunde liegenden Vorgaben dienen. Diesfalls dient das Umweltzeichen als Nachweis, dass die Anforderungen erfüllt sind. Aber auch der anderweitige Nachweis, dass das Produkt den Vorgaben entspricht, muss zugelassen werden.

<sup>328</sup> Hauser, Umweltaspekte [Fn. 14], S. 353 f.

<sup>329</sup> So für das deutsche und europäische Recht Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 141 f.

<sup>330</sup> Vgl. zum EU-Vergaberecht Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 21, und das Kapitel IV/4 hiervor

<sup>331</sup> Vgl. zum EU-Vergaberecht Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 26, und das Kapitel IV/4 hiervor

## 4. Das Zuschlagskriterium „Umweltverträglichkeit“ und der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

### 4.1 Die Umweltverträglichkeit als konkret-wirtschaftlicher Aspekt

Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit ist im Unterschied zu anderen Vergaberechtsordnungen in Art. 21 Abs. 1 BoeB ausdrücklich vorgesehen<sup>332</sup>. Gauch/Stöckli verstehen die Umweltverträglichkeit als Vergabekriterium konkret-wirtschaftlich. Nach dieser Konzeption dürfen Umweltaspekte nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für die Vergabestelle mit einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verbunden sind<sup>333</sup>. So interpretiert kann ein geringerer Energieverbrauch, der sich auf die Betriebskosten günstig auswirkt, etwa einen höheren Anschaffungspreis rechtfertigen. Insoweit ist die Berücksichtigung dieses Kriteriums unbestritten<sup>334</sup>. In der GATT-Botschaft 2 wird ausdrücklich hervorgehoben, dass Lebensdauer, Energieverbrauch und Entsorgung eines Gutes höhere Preise rechtfertigen<sup>335</sup>. Entsprechend sind als rechtlich unproblematisch auch Kostenberechnungen anzusehen, die neben dem Anschaffungspreis auch die Betriebs- bzw. Fullservicekosten während des ganzen Lebensweges etwa von Reinigungs- oder Mehrzweckfahrzeugen berücksichtigen<sup>336</sup>. Dies entspricht auch insofern dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 BoeB, wo nebst dem Preis die Zuschlagskriterien Wirtschaftlichkeit (frz. rentabilité) und Betriebskosten ausdrücklich genannt werden. Da die Kriterien in Art. 21 Abs. 1 BoeB nicht abschliessend aufgezählt werden, ist es auch zulässig, ein Hauptkriterium Kosten zugrunde zu legen und den Anschaffungspreis und die Betriebskosten als Subkriterien zu definieren und zu gewichten. Nach dem Gesagten ist unbestritten, dass ökologische Aspekte im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden dürfen, welche sich unmittelbar auf die Anschaffungs-, Betriebs- oder Entsorgungskosten des nachgefragten Produkts auswirken<sup>337</sup>.

---

<sup>332</sup> Dageförde vermutet, dass die gesetzliche Normierung dieses Kriteriums die schweizerischen Vergabestellen veranlasst, Umweltaspekte tatsächlich vermehrt zu berücksichtigen (a.a.O. [Fn. 15], S. 320). Auch in den Vergaberichtlinien zur revidierten IVöB wird im Rahmen der Aufzählung der Zuschlagskriterien die „Nachhaltigkeit“ als solches genannt (§ 32 Abs. 1 VRöB).

<sup>333</sup> Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 99], S. 22; so wohl auch Esseiva, Urteilsanmerkung zu S6, in: Baurecht 2/2000, S. 56

<sup>334</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 37 f. mit den in Fn. 170 enthaltenen Hinweisen

<sup>335</sup> BBI 1994 IV 950 ff., insb. S. 1193; vgl. dazu Wolf, Der Angebotspreis, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 ff., insb. S. 14

<sup>336</sup> Illustrativ dazu etwa der dem Entscheid der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2002-004 vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG gegen Gruppe Rüstung, publiziert in: VPB 66.86, zugrunde liegende Sachverhalt; vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 55

<sup>337</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 37 f. mit den in Fn. 170 enthaltenen Hinweisen; GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 950 ff., S. 1193; Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 109 zu Art. 105

Kernaussage 30: Soweit die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten zu einem konkret-wirtschaftlichen Vorteil für die Vergabestelle führt, ist die ökologische Beschaffung seit jeher als vergaberechtskonform anerkannt. Insoweit kann das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit als Teilgehalt der Frage nach den Betriebs- und Entsorgungskosten verstanden werden.

## 4.2 Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Zufferey definiert vergabefremde Zuschlagskriterien als solche, welche sich nicht als Element zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots verstehen lassen<sup>338</sup>. Dabei gibt es zwei Arten von Kriterien, die in diesem Sinne nicht vergabefremd sind. Einerseits handelt es sich um solche, die konkret-wirtschaftlich verstanden werden müssen wie etwa der Preis und die Betriebskosten. 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. Es wäre demnach etwa unzulässig, in der Rubrik Preis gestützt auf Energiebilanzen externe Kosten mitzubewerten.

Neben dem Preis als konkret-wirtschaftlichem Aspekt gibt es aber auch Kriterien, die sich nicht direkt im Sinne eines Preisvorteils auswirken, sondern vielmehr in Abwägung gegenüber dem Preis der Ermittlung des richtigen Verhältnisses zwischen Preis und Leistung dienen. Das gilt etwa in Bezug auf die Qualität. Handelt die Vergabestelle rechtswidrig, wenn sie ein Produkt von so hoher Qualität einkauft, dass der dafür zu zahlende Mehrpreis im Verhältnis zum Qualitätsgewinn prozentual eine gewisse Höhe erreicht, die der durchschnittliche Einkäufer nicht in Kauf nehmen würde? Die Rechtswissenschaft wie auch die Rechtsprechung haben sich diesbezüglich mit dem Hinweis beholfen, dass es sich beim Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots um einen unbestimmten Rechtsbegriff handle, der der Vergabestelle einen grossen Ermessensspielraum einräume, in welche die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen werde (vgl. dazu Art. 31 BoeB)<sup>339</sup>. Nach dem Gesagten ist das Zuschlagskriterium Qualität seiner Natur nach nicht konkret-wirtschaftlich zu verstehen im dem Sinne, dass der gewünschte Qualitätsstandard nur insoweit berücksichtigt werden dürfte, als er sich in einer längeren Lebensdauer auswirkt, welche wiederum dazu führen müsste, dass das Produkt insgesamt trotz

<sup>338</sup> Zufferey, Etude complémentaire, a.a.O. [Fn. 3], S. 10

<sup>339</sup> Zufferey/Maillard/Michel, a.a.O. [Fn. 316], S. 116 f.; vgl. zum Ganzen den Abschnitt 4.4 hiernach.

hohem Anschaffungspreis kostengünstiger wäre als ein qualitativ weniger hochwertiges Produkt, welches sich aufgrund geringerer Lebensdauer insgesamt als teurer erweisen müsste. Vielmehr ist es in einem gewissen Rahmen Sache der Vergabestelle, den gewünschten Qualitätsstandard zu definieren und entsprechende Gewichtungen für die Zuschlagskriterien Preis und Qualität festzulegen. Freilich müssen die Qualitätsvorteile im Unterschied zu ästhetischen Vorteilen grundsätzlich objektivierbar sein. Nach dem Gesagten gibt es aber umgekehrt auch keinen gesetzlichen Vorrang der Qualität vor dem Preis<sup>340</sup>. Kunnert hat wohl ganz in diesem Sinne festgehalten, dass Bestrebungen in der öffentlichen Verwaltung, gezielt umweltfreundliche Produkte bzw. solche mit vergleichsweise geringen negativen Umweltwirkungen nachzufragen, dann grundsätzlich unproblematisch erscheinen, wenn die „Umweltfreundlichkeit“ vorab als ein Qualitätskriterium in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen wird<sup>341</sup>. Dieser Gedanke ist vor allem im Rahmen von Vergaberechtsordnungen interessant, welche das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit nicht als explizit genanntes Zuschlagskriterium kennen. Aber auch in der Botschaft zum BoeB wird darauf hingewiesen, dass die Umwelteigenschaften eines Produktes Teilaspekt der Qualität sein können<sup>342</sup>.

Müssten alle Zuschlagskriterien konkret-wirtschaftlich verstanden werden, wäre es der Vergabestelle verwehrt, bei Planung und Bau von Gebäuden auf die Ästhetik zu achten, deren Berücksichtigung nie einen konkret-wirtschaftlichen, sondern immer einen anderweitigen Vorteil für die Vergabestelle mit sich bringen soll. Die Tatsache, dass Art. 21 Abs. 1 BoeB das Zuschlagskriterium Ästhetik ausdrücklich vorsieht - wenn auch darauf hinzuweisen ist, dass dieses Kriterium nur bei besonderen Beschaffungsvorhaben Anwendung findet - , deutet vielmehr darauf hin, dass ausser dem Preis bzw. Gesamtkosten und Wirtschaftlichkeit, soweit sich diese von den Kosten überhaupt unterscheidet, kein Zuschlagskriterium konkret-wirtschaftlich zu verstehen ist<sup>343</sup>. Nur aufgrund des Gesagten kann auch erklärt werden, dass die Wirtschaftlichkeit (frz. „rentabilité“) in einem engen Sinne als eines von mehreren Kriterien definiert wird, anhand welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot (in einem weiteren Sinne) bestimmt werden soll<sup>344</sup>. In dieselbe Richtung weist auch Art. 21 Abs. 3 BoeB. Nach dieser Bestimmung kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Damit ist ohne weiteres der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber ein derartiges Vorgehen bei nicht weitgehend standardisierten Gütern und namentlich bei Dienstleistungen als nicht sachgerecht erachtet<sup>345</sup>. In

---

<sup>340</sup> Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1419

<sup>341</sup> Kunnert, a.a.O. [Fn. 100], S. 43

<sup>342</sup> GATT-Botschaft 2, BBl 1999 IV 950 ff., S. 1193

<sup>343</sup> Vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 56

<sup>344</sup> Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1412

<sup>345</sup> Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 55; Wolf, Der Angebotspreis, a.a.O. [Fn. 335], S. 17



diesem Sinne hat etwa Ganz betont, das öffentliche Vergaberecht stelle der nachhaltigen Beschaffung keine Hindernisse in den Weg<sup>346</sup>. Eine rechtliche Schranke ist darin zu sehen, dass sich die Zuschlagskriterien ausschliesslich auf den Leistungs- bzw. Beschaffungsgegenstand selbst beziehen dürfen<sup>347</sup>.

Kernaussage 31: Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird (ausser im Rahmen von Standardvergaben) in der Regel ermittelt durch das Abwägen konkret-wirtschaftlicher Gesichtspunkte (wie etwa Preis und Betriebskosten) gegen nicht konkret-wirtschaftliche Kriterien (wie Qualität und gegebenenfalls Ästhetik), gestützt auf welche die nachgefragte Leistung bewertet wird. Der Preis ist auch nicht notwendigerweise das ausschlaggebende Kriterium (vgl. dazu die Kernaussage 33).

#### **4.3 Das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB**

Was gilt nun in Bezug auf die Umweltverträglichkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BoeB? Gauch/Stöckli verstehen dieses Kriterium (wie die EU-Kommission vor Ergehen des EuGH-Entscheides in Sachen Concordia Bus Finland) konkret-wirtschaftlich und gehen davon aus, dass etwa ein geringerer Schadstoffausstoss (selbst am Ort der Leistung) im Rahmen der Bewertung von Offerten nicht berücksichtigt werden darf. Dahingehend lassen sich auch einzelne Aussagen in der GATT-Botschaft 2 verstehen, soweit dort festgehalten wird, dass sich die Zuschlagskriterien am wirtschaftlichen Nutzen des zu beurteilenden Angebots für die Auftraggeberin zu orientieren haben und keine auftragsfremden Bedingungen beinhalten dürfen, die zu einer Ungleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter führen können<sup>348</sup>. So eng argumentiert demgegenüber die Zürcher Rechtsprechung nicht, wenn sie etwa die Berücksichtigung von Transportdistanzen für den Fall in Erwägung zieht, dass durch die fraglichen Transporte erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung der auftraggebenden Gemeinde zu erwarten wären<sup>349</sup>. Wenn das Verwaltungsgericht die Erheblichkeit des Vorteils

<sup>346</sup> Ganz, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG 1/2003, S. 5 ff., S. 15

<sup>347</sup> So schon Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 144 Rz. 467

<sup>348</sup> BBl 1994 IV 950 ff., S. 1192: Nach Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1408 und S. 1413, lässt sich aus dieser Passage nicht schliessen, dass die Berücksichtigung von Allgemeininteressen ausgeschlossen wäre.

<sup>349</sup> Entscheid VB.1999.00204 vom 3. November 1999, in: Baurecht 2/2000 S. 57 S9

hervorhebt, betont es damit, dass die Berücksichtigung der ökologischen Aspekte geeignet sein muss, dem ins Auge gefassten Umweltschutzinteresse in wirkungsvoller Weise zu dienen<sup>350</sup>. In der GATT-Botschaft 2 wird der Begriff der Umweltverträglichkeit anhand von Beispielen erläutert. Demnach können darunter etwa „geringe Schadstoffbelastung, Entsorgung, Schonung von Ressourcen, Reparierbarkeit etc. verstanden werden“<sup>351</sup>. Daraus schliessen wiederum Galli/Moser/Lang im Sinne der historischen Auslegung, dass damit die aus dem Beschaffungsgegenstand selbst fliessenden Vorteile gemeint sind<sup>352</sup>. Somit ergibt sich zugleich, dass die Möglichkeit der Berücksichtigung globaler Umweltaspekte nicht selbstverständlich ist. Hauser weist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass die „Schonung von Ressourcen“, welche in der Botschaft als möglicher Gesichtspunkt genannt wird, eindeutig globale Bedeutung hat<sup>353</sup>. Galli/Moser/Lang verweisen, da sie den Willen des historischen Gesetzgebers weniger weit interpretieren als Hauser, insoweit auf die Möglichkeit der objektiv-zeitgemässen Auslegung von Art. 21 BoeB<sup>354</sup>. Demnach bedient sich das Bundesgericht nach Galli/Moser/Lang dieser Methode, wenn es die Berücksichtigung der Transportdistanzen zulässt<sup>355</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich auch 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 ist<sup>356</sup>.

Klar ist nach dem Gesagten, dass das konkret-wirtschaftliche Verständnis des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit mit Galli/Moser/Lang abzulehnen ist<sup>356a</sup>. Hauser hält in diesem Sinne insbesondere unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich fest, die Zulässigkeit ökologischer Kriterien sei unbestritten, soweit sie sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirke bzw. die Auswirkungen am Ort der Leistung zum Tragen kommen<sup>357</sup>. Als Beispiel nennt Trüeb die Beschaffung einer Heizanlage, in deren Rahmen dasjenige Produkt berücksichtigt werden soll, das die Grenzwerte der Luftreinhalteverord-

---

<sup>350</sup> Vgl. dazu Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1417 mit Hinweisen. Hauser argumentiert auch hier im Ergebnis mit der Schrankendogmatik zur Wirtschaftsfreiheit, indem er nach dem überwiegenden öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen fragt.

<sup>351</sup> BBI 1994 IV 950 ff., S. 1193

<sup>352</sup> Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 187 Rz. 398

<sup>353</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 375 mit Hinweis auf die GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 1193

<sup>354</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 187 Rz. 398

<sup>355</sup> Vgl. Abschnitt V/4.6 hiernach

<sup>356</sup> Vgl. dazu den Abschnitt IV/2.2 hiervor.

<sup>356a</sup> In diesem Sinne auch Rhinow/Schmid/Biaggini, a.a.O. [Fn. 19], § 19 Rz. 27

<sup>357</sup> Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1416; unter Hinweis auf Gauch/Stöckli leicht relativierend ders., Umweltschutz, a.a.O. [Fn. 175], S. 35

nung am deutlichsten unterschreitet<sup>357a</sup>. Dasselbe gilt für die Frage der weniger problematischen Entsorgung, in welcher ein direkter Vorteil für die Vergabestelle zu sehen ist. Entsprechend spricht sich etwa Trüb dafür aus, dass es zulässig ist, unschädlich vernichtbare Produkte gegenüber anderen Erzeugnissen (etwa im Sinne von Bewertungsvorteilen) zu bevorzugen<sup>357b</sup>. Konkret-wirtschaftlich verstanden würde die Nennung des Kriteriums Umweltverträglichkeit auch keinen Sinne machen, da es in den Kriterien „Wirtschaftlichkeit“ und „Betriebskosten“ aufgehen würde<sup>358</sup>. Damit lehnt die herrschende Lehre das von Gauch/Stöckli vertretene konkret-wirtschaftliche Verständnis ab. Dieses ist inzwischen durch den EuGH-Entscheid in Sachen Concordia Bus Finland seiner europarechtlichen Grundlage beraubt. Ebenso ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Berücksichtigung des Kriteriums Umweltverträglichkeit – auch nicht konkret-wirtschaftlich verstanden – zulässig, soweit dieses nicht zu hoch gewichtet wird<sup>359</sup>.

Kernaussage 32: Nach absolut herrschender Ansicht können im Rahmen des Kriteriums Umweltverträglichkeit auch nicht konkret-wirtschaftliche Aspekte wie die Schadstoffbilanz oder die Immissionen am Leistungsort berücksichtigt werden. Die Ansicht, dass auch globale Umweltinteressen im Rahmen der Bewertung anhand des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit berücksichtigt werden dürfen, gewinnt - namentlich gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Transportwege sowie den EuGH-Entscheid in Sachen EVN/Wienstrom - zunehmend an Boden.

#### **4.4 Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots als Schranke für die Gewichtung des Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit**

Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird anhand der Zuschlagskriterien ermittelt, indem im Regelfall nicht konkret-wirtschaftlich zu verstehende Kriterien (etwa die Qualität) gegen konkret-wirtschaftliche Kriterien (etwa Anschaffungspreis und Betriebskosten) abgewogen werden. Die Vergabestelle orientiert sich

<sup>357a</sup> Trüb, a.a.O. [Fn. 85], S. 502

<sup>357b</sup> Trüb, a.a.O. [Fn. 85], S. 502

<sup>358</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 372; vgl. Abschnitt V/4.1 hiervor

<sup>359</sup> So schon das – in zwischen allerdings im Sinne der Ausführungen im Kapitel 4.4 hiernach präzierte - Urteil 2P.274/1999 (Girsbergertunnel) vom 2. März 2000

dabei am Preis-Leistungs-Verhältnis<sup>360</sup>. Grundsätzlich steht der Vergabestelle bei der Festlegung und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ein erheblicher Spielraum zu<sup>361</sup>. Die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen führt dazu aus, dass mit der Frage nach dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ ein unbestimmter Rechtsbegriff ausgelegt wird<sup>362</sup>.

Bundesgericht und Rekurskommission gehen heute übereinstimmend davon aus, dass auch bei komplexen Vergaben dem Preis eine gewisse Bedeutung beigegeben werden muss, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehalts entleert werden soll<sup>363</sup>. Dabei darf die Gewichtung des Preises im Vergleich zu den anderen Zuschlagskriterien nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist im Zusammenhang mit der Bewertungsmethode, die auf Preisvorteile zu Anwendung kommt, zu sehen. Die Bewertungsmethode muss so ausgestellt sein, dass die Bedeutung des Preises der Gewichtung des Kriteriums Preis entspricht<sup>363a</sup>. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung könnte allerdings zudem den Schluss zulassen, dass der Ermessensspielraum in Bezug auf die Bewertungsmethode im Rahmen des Preiskriteriums mit der höheren Gewichtung desselben grösser wird<sup>364</sup>. Nur durch die Festlegung einer Mindestgewichtung des Preises unter Berücksichtigung der Bewertungsmethode kann das Ziel, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB), erreicht werden. In einem früheren Entscheid hat das Bundesgericht noch einen Vergabeentscheid betreffend komplexe Tunnelarbeiten geschützt, obwohl der Preis nur mit 13 Prozent gewichtet worden war und sich die Frage gestellt hat, ob das gewählte Bewertungssystem der Sache völlig gerecht war. Dem Kriterium sei, so das Bundesgericht, insofern ein wichtiger Stellenwert eingeräumt worden, als nur die drei billigsten Angebote einer vertieften Evaluation unterzogen worden seien<sup>365</sup>. Ebenso hat die Rekurskommission dadurch, dass sie sich dem Bundesgericht angeschlossen hat, ihre frühere Rechtsprechung wohl einschränkend dahingehend präzisiert, dass es nur in absoluten Ausnahmefällen bei besonders komplexen Dienstleistungsaufträgen denkbar ist, das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch zu ermitteln, dass ein festes Kostendach vorgegeben und nach der über-

---

<sup>360</sup> BGE 125 II 83 E. 7 S. 99 ff.; Esseiva, Les problèmes liés au prix, a.a.O. [Fn. 121], S. 28

<sup>361</sup> Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000 (Girsbergtunnel), E. 3; Entscheid BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, publiziert in: VPB 68.120, E. 3b mit Hinweisen; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O. [Fn. 108], S. 144 Rz. 467; Esseiva, Les problèmes liés au prix, a.a.O. [Fn. 121], S. 28

<sup>362</sup> Entscheid der BRK vom 29. Juni 1998, publiziert in: VPB 63.15, E. 3a. Auf die Unterscheidung zwischen Ermessensspielraum und der Handhabung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

<sup>363</sup> BGE 129 I 313 E. 9 (= Pra 2004 Nr. 64), bestätigt mit BGE 130 I 241 E. 6 (= Pra 2005 Nr. 59); Entscheid BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, publiziert in: VPB 68.120, E. 4

<sup>363a</sup> Vgl. zum Ganzen Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff., insb. S. 22, Punkt VI, zur Preiskurve

<sup>364</sup> BGE 129 I 313 E. 9.2 f. S. 326 ff. (= Pra 2004 Nr. 64); Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3

<sup>365</sup> Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000 (Girsbergtunnel), E. 3

zeugendsten Leistung gefragt wird<sup>366</sup>. Die Gerichtspraxis ist damit der Auffassung von Esseiva gefolgt, der fordert, dass die Gewichtung des Preises nicht vernachlässigbar sein dürfe, wobei die untere Grenze grundsätzlich bei etwa 20 Prozent anzusetzen sei<sup>367</sup>.

Auch in Bezug auf die Gewichtung des Preises im Vergleich zu anderen Zuschlagskriterien ist davon auszugehen, dass der Vergabestelle ein weiter Spielraum zusteht, wobei dieser durch die sachwidrige Überbewertung eines Kriteriums gesprengt wird<sup>368</sup>. Dabei muss dem Preis nicht notwendigerweise ausschlaggebende Bedeutung zukommen<sup>369</sup>. Dies ist insbesondere in Bezug auf komplexe Vergaben regelmässig nicht sachgerecht. Je aufwendiger die ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien wie Qualität, Termine oder Umweltaspekte in den Vordergrund<sup>370</sup>. Ganz in diesem Sinne lautet ein für die umweltfreundliche Beschaffung günstiges, die Abfallbeseitigung des Gemeindeverbandes Surselva betreffendes höchstrichterliches Präjudiz<sup>371</sup>. Mit dem entsprechenden Transport ist teilweise die Rhätische Bahn beauftragt worden. Eine nicht berücksichtigte Arbeitsgemeinschaft hat geltend gemacht, das Kriterium der Ökologie sei willkürlich gehandhabt worden. Das Bundesgericht führt dazu aus, die Vergabestelle habe zugunsten der umweltfreundlicheren Transportart einen Preisunterschied von 4 bzw. 11 Prozent in Kauf genommen. Indessen ist es nach höchstrichterlicher Ansicht ohne weiteres vertretbar, die evidente Minderbelastung, welche ein Transport per Bahn für die Umwelt mit sich bringt, entsprechend zu gewichten. Das Verwaltungsgericht Graubünden habe auch deutlich gemacht, dass es nicht jeglichen Mehrpreis als durch ökologische Vorteile aufgewogen betrachtet hätte. Bei anderen Teilaufträgen habe die Preisdifferenz zugunsten der Beschwerdeführer 34 bzw. 50 Prozent betragen; deshalb habe das Verwaltungsgericht die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft Rhätische Bahn nicht für angebracht gehalten<sup>372</sup>. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle – ähnlich wie in Bezug auf die Qualität – auch bei der umweltfreundlichen Vergabe in einem gewissen Rahmen bestimmen kann, welchen Preis sie für welchen

---

<sup>366</sup> Vgl. dazu Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 188 f. Rz. 401, und Wolf, der Angebotspreis, a.a.O. [Fn. 335], S. 17; gänzlich ablehnend wohl Esseiva, Les problèmes liés au prix, a.a.O. [Fn. 121], S. 27 f.

<sup>367</sup> Esseiva, Critères d'adjudication et prix, in: Baurecht 2001, S. 153

<sup>368</sup> Vgl. etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. August 1998, publiziert in: AGVE 1998, S. 375 ff. E. 6a S. 376 sowie E. 6e/aa S. 381

<sup>369</sup> Entscheid BRK 8/96 vom 7.11.1997; vgl. Zufferey/Maillard/Michel, a.a.O. [Fn. 316], S. 242. Esseiva, Les problèmes liés au prix, a.a.O. [Fn. 121], S. 28, geht für nicht standardisierte Vergaben von einer Höchstgewichtung des Preises von 80 Prozent aus.

<sup>370</sup> Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3; Wolf, Der Angebotspreis, a.a.O. [Fn. 335], S. 16

<sup>371</sup> Urteil 2P.122/2000 vom 6. November 2000 in Sachen ARGE C.

<sup>372</sup> A.a.O. [Fn. 371], E. 6; weitere Ausführungen zum Ermessensspielraum der Vergabestelle in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots vgl. finden sich im Abschnitt V/5.2 hiervor.

Umweltstandard zu zahlen gewillt ist<sup>373</sup>. Dabei ist dem Preis regelmässig mindestens ein Gewicht von 20 Prozent zuzuerkennen, wobei dem Preiskriterium im Rahmen einer durchschnittlichen Vergabe weit mehr Bedeutung zukommt.

Kernaussage 33: Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots verlangt in der Regel, dass der Preis als Zuschlagskriterium mit mindestens 20 Prozent gewichtet wird. Im Übrigen gilt ebenso wie in Bezug auf die Qualität auch auf die Umweltverträglichkeit, dass der Vergabestelle ein erhebliches Ermessen zukommt bei der Beantwortung der Frage, welchen Preis sie für welchen Standard zu bezahlen gewillt ist.

#### **4.5 Die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“**

Galli/Moser/Lang halten fest, dass Zuschlagskriterien, welche die ökologischen Aspekte der Produktionsbedingungen am Heimatstandort des Anbieters betreffen, geeignet sind, der Umsetzung des ins Auge gefassten Umweltschutzinteresses wirkungsvoll zu dienen. Sofern sie diskriminierungsfrei bzw. wettbewerbsneutral ausgestaltet sind, sei gegen ihre Berücksichtigung gerade im Lichte des Binnenmarktgesetzes nichts einzuwenden. Auch § 23 lit. f VRöB bestimme ausdrücklich, dass ein Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen werden könne, wenn er sich bei der Produktion nicht an Vorschriften über den Umweltschutz hält, die mit denjenigen am Ort der Ausführung vergleichbar seien. A fortiori – so Galli/Moser/Lang – sind auch entsprechende Zuschlagskriterien zulässig<sup>374</sup>. Dazu merkt Zufferey an, dass eine alt § 23 lit. f VRöB entsprechende Vorschrift in den neuen VRöB nicht mehr enthalten sei. Damit sei auch der Grössenschluss, den Galli/Moser/Lang ziehen, nicht mehr möglich<sup>375</sup>. Dies ist zutreffend. Entsprechend ist die Argumentation im Folgenden nicht auf eine Parallele zu den Ausschlussgründen, sondern zu den technischen Spezifikationen aufzubauen.

<sup>373</sup> Dies gilt indessen nur, soweit das Kriterium Umweltverträglichkeit einen hinreichenden Zusammenhang zum Auftragsgegenstand aufweist; zur Gewichtung vergabefremder Umweltaspekte, soweit solche berücksichtigt werden dürfen, vgl. das Kapitel V/6 hiernach.

<sup>374</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 203 Rz. 434. Als Zuschlagskriterium wird die Nachhaltigkeit in den Vergaberichtlinien zur revidierten IVöB ausdrücklich genannt (§ 32 Abs. 1 VRöB).

<sup>375</sup> Zufferey, Etude complémentaire [Fn. 3], S. 15

Hauser zieht aus der positiven Haltung des Bundesgerichts gegenüber der Berücksichtigung von Transportdistanzen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit den Schluss, dass das höchste Gericht auch die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen zulassen würde<sup>376</sup>. Galli/Moser/Lang halten gestützt auf Hauser fest, dass sich dem WTO-Recht keine Schlussfolgerungen entnehmen lassen, welche die Berücksichtigung von umweltrechtlich motivierten Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit dem Herstellungsprozess des Beschaffungsgegenstands als grundsätzlich unzulässig erschienen lassen<sup>377</sup>. Grolimund schlägt vor darauf abzustellen, ob das ökologische Element nach allgemein herrschendem Verständnis in den Eigenschaften des nachgefragten Produkts bzw. der nachgefragten Leistung zum Ausdruck kommt. Dies dürfte nach Grolimund beispielsweise auf das Erfordernis des biologischen Anbaus zutreffen: Biologisch angebauter Mais sei aus Sicht der Konsumenten ein von gentechnisch verändertem Mais verschiedenes Produkt. Demgegenüber dürften Kriterien wie der Transportweg oder die Verwendung von grünem Strom – so Grolimund – regelmässig keinen genügenden Bezug zum nachgefragten Produkt aufweisen, es sei denn, es stehe eine Strombeschaffung oder eine Transportleistung in Frage<sup>377a</sup>. Im Rahmen der Zuschlagskriterien muss nach diesem Autor ein *direkter Bezug* zur Leistung gegeben sein. Nicht vergaberechtskonform wären nach Grolimund mit Blick auf Art. VIII lit. b GPA Vorschriften über Gewässerschutz oder Luftreinhaltung bei der Produktion<sup>378</sup>. Trüb lehnt es in Anlehnung an das Verwaltungsgericht Zürich ab, die Bevorzugung einzelner Formen der Waldbewirtschaftung gegenüber anderen forstlichen Nutzungen zuzulassen<sup>378a</sup>. Die Empfehlung „Nachhaltig produziertes Holz beschaffen“ geht demgegenüber davon aus, dass mit Hilfe des Zuschlagskriteriums Umweltschutz bzw. mit Bewertungsvorteilen unter Umständen besser Rücksicht genommen kann auf die Lage auf den realen Markt als (nur) mit dem Instrumentarium der technischen Spezifikationen, weshalb die aus ökologischer Sicht vorzuziehende Waldbewirtschaftung (beurteilt nach anerkannten Massstäben) auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (allenfalls ergänzend zu einer technischen Spezifikation als Mindeststandard) berücksichtigt werden darf<sup>378b</sup>. Die Abgrenzung zu verpönten anbieterbezogenen Merkmalen kann im Übrigen nach der hier vertretenen Auffassung *nicht gestützt auf Art. VIII lit. b*

---

<sup>376</sup> Hauser, Umweltschutz, a.a.O. [Fn. 175], S. 35 mit Fn. 2

<sup>377</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 204 Rz. 434

<sup>377a</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 42 f.; ähnlich in Bezug auf den biologischen Mais auch Dageförde, die von einem umfassenderen Qualitätsverständnis im Sinne eines neuen Kundenbewusstseins ausgeht (a.a.O. [Fn. 15], S. 268).

<sup>378</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 12 f., S. 18, S. 20 f., wobei wohl auch Vorgaben in Bezug auf die Herstellung des nachgefragten Produkts unzulässig sind, wenn sie sich nicht im Produkt niederschlagen; jedenfalls ablehnend zur Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen in einem weiteren Sinne Kunnert (a.a.O. [Fn. 100], S. 43)

<sup>378a</sup> Trüb, a.a.O. [Fn. 85], S. 502

<sup>378b</sup> Vgl. dazu den Abschnitt V/3.2 hiervor, insb. S. 70 mit Fn. 300

*GPA* in Bezug auf das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit anders gezogen werden als im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit von technischen Spezifikationen. Die zurückhaltendere Position, die derjenigen der EU-Kommission im Rahmen der Revision des EG-Vergaberechts entspricht<sup>378c</sup>, wird regelmässig mit dem Hinweis begründet, dass der Kanon der zu berücksichtigenden ökologischen Interessen eng gehalten werden soll, damit der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht zu weit ausgedehnt wird. Insgesamt ist nach wie vor umstritten, ob die Produktionsbedingungen am Herstellungsort in die Bewertung miteinbezogen werden dürfen, soweit sie sich nicht auf die Beschaffenheit des Produkts bzw. am Leistungsort auswirken<sup>379</sup>. Das Verwaltungsgericht Zürich hat etwa darauf hingewiesen, dass fraglich ist, ob namentlich gegenüber ausländischen Anbietern der gesamte Lebenszyklus im Rahmen der Bewertung berücksichtigt werden kann; dabei wird das *GPA* allerdings enger interpretiert als nach der hier vertretenen Auffassung<sup>379a</sup>. Für eine weitergehende Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltschutz spricht, dass mit deren Formulierung und ihrer Abwägung gegenüber dem Preis der Kreis der Anbieter weniger beschränkt wird als bei der Formulierung von (nach dem *GPA* zulässigen) ehrgeizigen technischen Spezifikationen<sup>380</sup>. Das Handbuch der EU-Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung geht für das neue EG-Vergaberecht davon aus, dass alle Anforderungen, die im Rahmen der technischen Spezifikationen zulässig sind, auch als Teilaspekt des Zuschlagskriteriums Umwelteigenschaften formuliert werden können<sup>381</sup>. Will man sich dieser Rechtsauffassung anschliessen, ist indessen darauf zu achten, dass die Bedeutung der verlangten Herstellungsbedingung für die Beschaffung dem damit verbundenen Bewertungsvorteil entspricht. Mit anderen Worten: Wird bei wasserverbrauchsintensiver Herstellung farbiger Textilien nach dem Gewässerschutzdispositiv gefragt, erscheint eine Besserbewertung der den Wasserkreislauf schonenderen Herstellungsart zulässig. Ist im Rahmen der Umweltbilanz der Gewässerschutz bzw. der Wasserverbrauch im Rahmen einer anderen Vergabe nur am Rande ein Thema, darf dieser Aspekt nicht berücksichtigt werden. Des Weiteren kann mit der Vorgabe, sich im Rahmen von WTO-Beschaffungen soweit möglich an international gängigen Standards zu orientieren, verhindert werden, dass die Herstellungsbedingungen am Ort der Lieferung ohne hinreichende Begründung zum Massstab erhoben werden. Zusammenfassend erweist sich, dass die Rechtsauffassung, wonach die Berücksichtigung von im Rahmen der technischen Spezifikationen

---

<sup>378c</sup> Vgl. dazu den Abschnitt IV/3.4 hiavor

<sup>379</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Hauser, Umweltschutz, a.a.O. [Fn. 175], S. 35

<sup>379a</sup> Entscheid VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBl 2000, S. 255 ff., E. 3c S. 260; vgl. den Abschnitt III/3.3 hiavor und Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 21

<sup>380</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 367; Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 59

<sup>381</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 33



zulässigen Herstellungsbedingungen, die sich nicht am Leistungsort auswirken oder im Produkt niederschlagen, auch im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit vergaberechtskonform ist, zunehmend an Boden gewinnt.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass auch in Bezug auf die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit der Vorbehalt wesentlich ist, wonach die Umschreibung nicht dazu dienen darf, lokale Interessen zu verfolgen. Dafür ist etwa ein Indiz, dass die Herstellungsbedingungen der nicht berücksichtigten Anbieter gar nicht im Hinblick auf den Umweltschutzaspekt bewertet werden. So hat das Verwaltungsgericht Zürich im bekannten Holzschnitzel-Entscheid festgehalten, dass einzig die finanzielle Unterstützung eines Naturschutzprojekts in der Gemeinde E. bezweckt werde<sup>382</sup>. Dass ein derartiges Vorgehen, wobei das Argument der Produktionsbedingungen letztlich vorgeschoben ist, im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung sachfremd ist, liegt auf der Hand<sup>383</sup>.

Kernaussage 34: Die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen ist im Rahmen der technischen Spezifikationen recht weitgehend zulässig. Während die kantonale Gerichtspraxis in Bezug auf das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit mit Blick auf das Binnenmarktgesetz eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legt, weist die Lehre - so etwa Galli/Moser/Lang - teilweise darauf hin, dass bei einem ausgewiesenen ökologischen Vorteil auch der Bewertung der Herstellungs-kriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nichts im Wege steht. Diese Ansicht vermag sich neuerdings auf den EuGH-Entscheid in Sachen EVN/Wienstrom zu stützen. Für sie spricht auch der Umstand, dass eine Abwägung von Herstellungsbedingungen gegen einen Preisvorteil den Anbieterkreis weniger einschränkt als die Vorgabe von ehrgeizigen technischen Spezifikationen.

#### **4.6 Die Berücksichtigung der Transportwege im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Umweltverträglichkeit“**

Das ursprünglich wohl heisseste Eisen im Rahmen der rechtsdogmatischen Erörterungen zur umweltfreundlichen Beschaffung ist die Frage, ob und in welcher

<sup>382</sup> Entscheid VB.1998.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S: 255 ff., E. 4 S. 261

<sup>383</sup> In diesem Sinne etwa Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 42

Form Transportdistanzen im Rahmen einer öffentlichen Vergabe berücksichtigt werden dürfen. Dabei sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass hier ein besonders grosses Risiko besteht, dass das Umweltargument nur vorgeschoben wird, um lokale Anbieter zu bevorzugen<sup>384</sup>.

Gauch/Stöckli ziehen aus dem Risiko lediglich vorgeschobener Umweltinteressen, welches die Berücksichtigung der Transportwege mit sich bringen kann, den Schluss, dass das Ausmass der Immissionen, die mit weiträumigen Transportfahrten verbunden sind, keine Rolle spielen darf, obwohl sich derartige Immissionen negativ auf die Umwelt auswirken<sup>385</sup>. Um die Struktur dieses Arguments zu untersuchen, erscheint der Vergleich mit anderen Zuschlagskriterien hilfreich. In Bezug auf Kriterien wie „Kundendienst“ und „schnelle Verfügbarkeit des Anbieters“ ist eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit der unzulässigen Bevorzugung von Ortsansässigen anzunehmen<sup>386</sup>. Das bedeutet aber nicht, dass dort, wo Anforderungen an einen Pikettdienst aus Gründen der Dringlichkeit sachlich „klar gefordert“ sind, das Kriterium „Verfügbarkeit des Anbieters“ und damit nebst der Frage der Pikettoorganisation auch die Einsatzdistanz nicht berücksichtigt werden dürfte, obwohl dies faktisch zur Bevorzugung ortsansässiger Anbieter führt<sup>387</sup>. Entscheidend ist die richtige Güterabwägung.

Wie Gauch/Stöckli ist auch das Verwaltungsgericht Zürich skeptisch gegenüber der Berücksichtigung von Transportwegen, relativiert seine Auffassung aber für den Fall, dass durch die fraglichen Transporte erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung der auftraggebenden Gemeinde zu erwarten wären<sup>388</sup>. Ein weiterer Vorbehalt gelte für den Fall, dass der erforderliche Transportaufwand im Vergleich zur angebotenen Leistung als völlig unverhältnismässig erscheine<sup>389</sup>. Andere Autoren und das Bundesgericht bemühen sich um die Definition von Voraussetzungen, unter welchen die Berücksichtigung der Transportwege zulässig ist. Insbesondere der höchstrichterliche Leitentscheid zur Kehrrichtabfuhr in einer aargauischen Gemeinde<sup>390</sup> ist einem breiten Fachpublikum bekannt.

Ein erster Schritt zur Differenzierung besteht darin, dass geprüft wird, welche Bedeutung dem Transport zukommt. Grolimund hält unter Berufung auf das

---

<sup>384</sup> Vgl. etwa Kunnert, a.a.O. [Fn. 100], S. 43; Gauch, Urteilsanmerkung zu Nr. 128, in: Baurecht 1/1997 S. 51, insbesondere mit Blick auf das Binnenmarktgesetz

<sup>385</sup> Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 99], S. S. 22 f. mit Fn. 86. In diesem Sinne auch Esseiva, Urteilsanmerkung zu S9, in: Baurecht 2/2000 S. 57; weniger kategorisch als in den Vergabethesen wohl noch Gauch, Urteilsanmerkung zu Nr. 128, in: Baurecht 1/1997 S. 51

<sup>386</sup> Vgl. etwa AGVE 1998, S. 399 ff., betreffend die Ausführung von Sanitärinstallationen

<sup>387</sup> A.a.O. [Fn. 386], E. d/dd S. 401; vgl. Clerc, Commentaire LMI, a.a.O. [Fn. 16], N 98 zu Art. 5 mit Hinweisen

<sup>388</sup> Entscheid VB.1999.00204 vom 3. November 1999, in: Baurecht 2/2000 S. 57 S9

<sup>389</sup> Entscheid VB.1998.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 255 ff., E. 5a f. S. 262 ff.

<sup>390</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, publiziert in: Pra 2000 Nr. 150 = URP 1999, S. 168 ff. = ZBI 2001, S. 317 ff.

allgemein herrschende Verständnis in Bezug auf die Frage nach dem Produktbezug eines ökologischen Beschaffungskriteriums fest, dass dem Transportweg nur dann Bedeutung beigemessen werden darf, wenn ein eigentlicher Transportauftrag in Frage steht<sup>391</sup>. Demzufolge darf bei einem am Ort der Beschaffung zu erbringenden Dienstleistungsauftrag grundsätzlich nicht entscheidend sein, woher der Dienstleister anreist. Das Transportelement ist völlig bedeutungslos. Das höchste Gericht hat diese Überlegung so formuliert, dass die Transportdistanz dann nicht berücksichtigt werden darf, wenn der Transportvorgang insgesamt eine nebensächliche Rolle spielt. Im Umkehrschluss ist die umweltschonende Auftragsausführung als Vergabekriterium unbedenklich und kann sogar sachlich geboten sein, wenn etwa grössere Mengen Aushub zu transportieren sind<sup>392</sup>. Bedingung ist demnach ein klarer, in der grossen Bedeutung des Transportvorganges liegender ökologischer Vorteil<sup>393</sup>. Vorausgesetzt wird bei diesem Ansatz, dass der ganze Transportweg vom Ort der Produktion bzw. des Abbaus von Rohstoffen bis zum Lieferort oder im umgekehrten Fall die Distanz zum Deponie- oder Entsorgungsstandort feststellbar ist<sup>394</sup>.

Ein zweites Instrument zur Unterscheidung zwischen der getarnten Bevorzugung von Ortsansässigen und der echten ökologischen Beschaffung gewinnt die höchstgerichtliche Rechtsprechung in der Prüfung, ob sich die Beschaffungsstelle nur für die Transportdistanz oder auch für die Umweltbilanz des Auftrags insgesamt, insbesondere die Transportart interessiert (Schadstoffwerte von Lastwagen; allenfalls Vergleich Bahntransport/Strassentransport)<sup>395</sup>. Ganz in diesem Sinne warnt auch das Verwaltungsgericht Zürich vor der isolierten Betrachtung der Transportwege<sup>396</sup>. Entsprechend hat auch die EU-Kommission darauf hingewiesen, dass die umweltfreundliche Transportart gefordert werden dürfe<sup>397</sup>. Das Verwaltungsgericht Aargau hebt in Bezug auf die Berücksichtigung der Transportart hervor, dass den verwendeten Transportfahrzeugen (Typ, Zustand, Wartung, Alter etc.) eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. Die Verwendung moderner und gut

---

<sup>391</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 43

<sup>392</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, a.a.O. [Fn. 390], E. 4a; fast wörtlich gleichlautend das Verwaltungsgericht Aargau: AGVE 1997, S. 364 f. und S. 366 f.; vgl. die Kommentierung des Bundesgerichtsentscheids durch Esseiva, Baurecht 2/2001, S. 65, der auf die diesbezügliche Zurückhaltung kantonaler Verwaltungsgerichte hinweist. Die BRK hat sich bisher nicht zur Berücksichtigung von Transportdistanzen geäussert.

<sup>393</sup> Vgl. dazu auch EGV-SZ 1998 Nr. 16 S. 56 und EGV-SZ 1995 Nr. 59 S. 147 = Baurecht 1/1997 S. 51 Nr. 128; siehe zum Ganzen Zufferey, Etude complémentaire [Fn. 3], S. 16, und Trüb, a.a.O. [Fn. 85], S. 501

<sup>394</sup> Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 383; Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 206 Rz. 442, erwähnen unter Hinweis auf Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1418, Computer als Beispiel für industrielle Güter, auf die dies nicht zutrifft.

<sup>395</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, a.a.O. [Fn. 390], E. 4c

<sup>396</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, a.a.O. [Fn. 390], E. 5a

<sup>397</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/4 S. 25; anderer Meinung Kunnert, a.a.O. [Fn. 100], S. 43, der die Berücksichtigung der Transportart generell ablehnt.

gewarteter Fahrzeuge vermag eine grössere örtliche Distanz durchaus wieder auszugleichen<sup>398</sup>. Diesem Gedanken folgend kann ein Indiz für die glaubwürdige Vergabe auch darin gesehen werden, dass etwa bei einem mit Transporten verbundenen Bauauftrag nicht nur die Transportwege, sondern auch die für das zu erstellende Gebäude verwendeten Baumaterialien Gegenstand erhöhter Aufmerksamkeit sind<sup>399</sup>.

Als dritte Bedingung muss das Verhältnis der Gewichtung der Teilaspekte Transportart und Transportdistanz untereinander stimmen. Zum Verhängnis vor Bundesgericht ist der vergebenden aargauischen Gemeinde im Rahmen des Kehrrichtfalles unter anderem geworden, dass sie der Transportart (maximal 5 Punkte) im Verhältnis zur Transportdistanz (maximal 20 Punkte) nicht genügend Gewicht beigemessen hat (5 Punkte im Verhältnis zur Transportdistanz mit 20 Punkten). Dazu hat sie die Prüfung der Offerten im Hinblick auf die Transportart nicht mit der notwendigen Sorgfalt vorgenommen<sup>400</sup>. Dies wäre um so eher zu erwarten gewesen, als der Kehrrichttour selbst im Vergleich zum Anfahrtsweg für die Ökobilanz wegen der ständigen Halte- und Anfahrmanöver des Fahrzeugs pro Kilometer mehr Bedeutung zukommt<sup>401</sup>. Wenn all diese Voraussetzungen erfüllt sind, also namentlich auch der Transportart die notwendige Beachtung geschenkt wird, steht die Berücksichtigung von Transportwegen nach höchstrichterlicher Ansicht im Einklang mit dem geltenden Vergaberecht. Schliesslich darf die Umweltverträglichkeit – wie bei jeder umweltfreundlichen Beschaffung – auch gegenüber dem Preis nicht zu hoch gewichtet werden<sup>402</sup>.

Nach dem Gesagten steht fest, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Transportwege im Rahmen der öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden dürfen, wenn die Vergabestelle das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit genügend differenziert handhabt<sup>403</sup>. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht Zürich im Leitentscheid zur Lehrlingsausbildung festgestellt, das Bundesgericht habe die Berücksichtigung von ökologischen Gesichtspunkten in einem weiten Sinne zugelassen. Diese können vom wirtschaftlichen Nutzen der Leistung für die auftraggebende Behörde „weit gehend unabhängig“ sein. Es gehe aber anders als

---

<sup>398</sup> Entscheid vom 3. Oktober 1997, publiziert in: AGVE 1997, S. 367

<sup>399</sup> Nicht veröffentlichtes Urteil BE.99.00179 des Verwaltungsgerichts Aargau vom 15. September 1999, E. 3; vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 57 f.

<sup>400</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, a.a.O. [Fn. 390], insb. E. 4b f.

<sup>401</sup> Vgl. dazu auch ausführlich Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 222 f. Rz. 478

<sup>402</sup> Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, a.a.O. [Fn. 390], E. 4c; vgl. dazu den Abschnitt V/4.4 hiervor.

<sup>403</sup> Zustimmend Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 219 Rz. 472. Entsprechend hält auch Zäch, a.a.O. [Fn. 16], S. 63, fest, dass die Berücksichtigung zu langer Transportwege aus der Sicht des Binnenmarktgesetzes eine verhältnismässige Beschränkung des Marktzuganges sein kann. Esseiva weist zutreffend darauf hin, dass die Vorgaben des Bundesgerichts in Bezug auf die Berücksichtigung der Transportdistanzen die Komplexität derartiger Vergaben erhöht (Urteilsbesprechung zu S8, in: Baurecht 2/2001, S. 65).

bei der Lehrlingsausbildung um Merkmale, die für die angebotene Leistung bzw. für deren Erbringung von Bedeutung seien<sup>404</sup>.

In der Lehre gehen die Ansichten nach wie vor auseinander. Herbert Lang hält in Anlehnung an das Verwaltungsgericht Zürich fest, dass das Abstellen auf die Länge der Transportwege vom Anbieter zum Verwendungsort grundsätzlich dem Verbot der Diskriminierung auswärtiger Anbietender widerspricht. Denkbar sei in diesem Zusammenhang allenfalls die Berücksichtigung erheblicher Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung (z.B. Lärm- und Luftbelastung), da es dabei um Eigenschaften der nachgefragten Leistung gehe, die deren Eignung für die vergebende Amtsstelle bzw. das lokale Gemeinwesen unmittelbar beeinflussen. Voraussetzung sei allerdings, dass am betreffenden Ort generell eine Beschränkung des motorisierten Verkehrs nach einem einheitlichen Konzept erfolge<sup>405</sup>. Dazu ist angemerkt worden, dass der Verwaltungsrichter rein faktisch die angefochtene ökologische Vergabe einer Gemeinde, von der er weiss, dass sie sonst kaum über den gesetzlichen Mindeststandard hinausgehende umweltpolitische Vorgaben kennt, genau prüfen werde. Im Übrigen könne es sich aber bei dieser Forderung nur um ein Postulat, nicht aber um eine Bedingung für die Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe handeln<sup>406</sup>. Zusammenfassend vertreten Herbert Lang und das Verwaltungsgericht Zürich in Bezug auf die Berücksichtigung der Transportwege ein Verbot mit Ausnahmeverbehalt, während andere Lehrmeinungen mit dem Bundesgericht von der Zulässigkeit unter Beachtung wesentlicher Kautelen ausgehen. Zufferey fasst den derzeitigen Meinungsstand treffend zusammen, indem er feststellt, dass die Positionen – abgesehen von Gauch/Stöckli – weniger weit auseinander liegen, als es auf den ersten Blick scheint. Er selbst kommt zum Schluss, dass die Berücksichtigung von Transportdistanzen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist<sup>407</sup>. Galli/Moser/Lang gehen dabei davon aus, dass in der Berücksichtigung der Transportwege, auch soweit diese nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Vergaberecht vereinbar ist, ein (zulässiges) vergabefremdes Zuschlagskriterium zu sehen ist<sup>408</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung wird mit den Transportwegen unter Einhaltung der vom Bundesgericht formulierten Bedingungen kein vergabefremder Aspekt bewertet, da ein hinreichender Zusammenhang zum Gegenstand der Beschaffung gegeben ist.

---

<sup>404</sup> Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, E. 3d

<sup>405</sup> Herbert Lang, a.a.O. [Fn. 239], S. 244; in diesem Sinne argumentiert auch das Verwaltungsgericht Zürich im Entscheid VB.1998.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 255 ff., E. 5b S. 263

<sup>406</sup> So namentlich Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1409

<sup>407</sup> Zufferey, Etude complémentaire [Fn. 3], S. 17. Die entsprechende Passage lautet wörtlich: „Les deux opinions recensées en droit suisse ne sont donc pas si opposées qu'il n'y paraît de première vue.“

<sup>408</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 186 f. Rz. 398

Kernaussage 35: In der Berücksichtigung der Transportdistanzen allein unter dem Deckmantel der Umweltverträglichkeit im Rahmen einer Vergabe, die nur am Rande Transportleistungen umfasst, liegt vermutlich eine unzulässige Bevorzugung ortsansässiger Anbieter. Bei Aufträgen, die wesentlich auch Transportleistungen zum Gegenstand haben, ist die Berücksichtigung von Transportart und Transportdistanzen durchaus vergaberechtskonform, wobei die Vergabestelle gewisse Regeln beachten muss im Sinne des Tatbeweises, dass nicht die Bevorzugung von ortsansässigen Anbietern das eigentliche Ziel ist.

## 5. Erhöhte Anforderungen an die Transparenz der umweltfreundlichen Beschaffung?

Dem Grundsatz der Transparenz gilt neben den Regeln zur Gleichbehandlung der Anbieter als das fundamentale Prinzip des modernen Beschaffungsrechts<sup>409</sup>. Werden keine über die Umweltschutzgesetzgebung hinausgehenden Anforderungen bekannt gegeben, sind entsprechende Bemühungen der Anbietenden – so positiv sie an sich sein mögen – kein für die Vergabe massgeblicher Gesichtspunkt<sup>410</sup>. Die umweltfreundliche Beschaffung muss in Bezug auf die Transparenz denselben Anforderungen genügen wie jede andere Vergabe. Ein allgemeiner Hinweis, dass die Umweltverträglichkeit geprüft werde, genügt mangels Bestimmtheit nicht<sup>411</sup>. Vielmehr wird verlangt, dass gerade im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von ökologisch motivierten Zuschlagskriterien definiert wird, welcher diesbezügliche Gesichtspunkt im konkreten Beschaffungsgeschäft wie bewertet wird<sup>412</sup>. Insbesondere ist die Berücksichtigung der Transportwege wegen des möglichen Missbrauchs dieses Kriteriums im Sinne der Bevorzugung von Ortsansässigen immer transparent zu machen<sup>413</sup>. Dies verlangt von der Vergabestelle, dass im Rahmen der Planung die notwendigen Vorbereitungen getroffen werden. Es versteht sich von selbst, dass die Erfüllung der Transparenzvorgaben desto leichter fällt, je mehr Fachwissen etwa über Umwelteigenschaften von Produkten der Beschaffungsstelle zur Verfügung steht<sup>414</sup>. Gerade in Grenzfällen, in

<sup>409</sup> Vgl. zum Ganzen neuerdings Elisabeth Lang, der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift des aargauischen Anwaltsverbandes, Aarau 2005, S. 105 ff.

<sup>410</sup> Herbert Lang, a.a.O. [Fn. 239], S. 244

<sup>411</sup> Esseiva, Urteilsanmerkung zu S6, in: Baurecht 2/2000, S. 56; vgl. dazu die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Aargau, welches das Zuschlagskriterium „Umwelt und Gesellschaft“ als in krassem Widerspruch zum Erfordernis eines transparenten Vergabeverfahrens gerügt hat (VGE vom 12. September 2003 [BE.2003.00194], E. 4b).

<sup>412</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 200 f. Rz. 424

<sup>413</sup> Vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 56

<sup>414</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 45

welchen die ökologische Beschaffung von der vorgeschobenen Argumentation zur Bevorzugung ortsansässiger Anbieter abzugrenzen ist, ist der geleistete Aufwand bei den notwendigen Abklärungen ein Indiz für die glaubwürdige ökologische Beschaffung<sup>415</sup>. Das Handbuch der EU-Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung empfiehlt, schon durch den Titel anzuzeigen, wenn eine besonders umweltfreundliche Vergabe in Frage steht („Beispiel: Energieeffizientes Verwaltungsgebäude“)<sup>416</sup>.

Im Vergleich zur Lehre, welche bei der ökologischen Vergabe ein besonderes Augenmerk auf die Transparenz legt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung weniger streng. Das Bundesgericht hat dazu erklärt, es sei zulässig, unter dem Kriterium „Wiederverwendung des Belagsfräsguts“ die Offerten auch nach ökologischen Gesichtspunkten zu bewerten. Der Umstand, dass die Umweltverträglichkeit (als Ganzes) nicht zum Zuschlagskriterium erhoben worden ist, schliesse nicht generell aus, dass die Vergabebehörde im Rahmen der gewählten Kriterien Umweltaspekte berücksichtige. Dies umso weniger in einem Bereich, in dem es – wie bei der Wiederverwendung des abgetragenen Strassenbelags – zum Vornherein und für alle Bewerber erkennbar vorab um Anliegen des Umweltschutzes und der Nachhaltigkeit gehe. Angesichts der bedeutenden Mengen des zu befördernden Fräsguts dränge sich eine Berücksichtigung der Art und Weise, wie der Transport organisiert werden soll, geradezu auf. Bei solchen Gegebenheiten hätten die Bewerber in der heutigen, für ökologische Anliegen zunehmend sensibilisierten Gesellschaft ohne weiteres damit rechnen müssen, dass die Vergabebehörde in einem gewissen Ausmass auch die allenfalls resultierende Schadstoffbelastung in ihre Bewertung einbeziehen würde<sup>417</sup>. Dieser Entscheid ist dem höchsten Gericht insofern leicht gefallen, als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Transparenzgebot keine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien verlangt, die der Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien dienen<sup>418</sup>. Entsprechend strenger wäre wahrscheinlich die Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen<sup>419</sup>, die aber noch keinen Entscheid zur Transparenz der umweltfreundlichen Beschaffung gefällt hat. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht vor allem hervor, dass die Frage nach den Anforderungen mit Blick

---

<sup>415</sup> AGVE 1997, S. 367. In diesem Sinne argumentiert im Ergebnis auch das Verwaltungsgericht Zürich, wenn es darauf hinweist, wie schwierig es ist, die Herstellungsprozesse verschiedener Produkte mit vertretbarem Aufwand zu vergleichen (Entscheid VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 255 ff., E. 3c S. 260).

<sup>416</sup> Buying green!, a.a.O. [Fn. 223], S. 15

<sup>417</sup> Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 2.2.2 f.

<sup>418</sup> Vgl. nur das Urteil 2P.172/2002 vom 10. März 2003, E. 2.3; andererseits ist eine gewisse Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesem Bereich unverkennbar, wie Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 219 ff. Rz. 473 ff., darlegen. Vgl. zum Ganzen neuerdings Elisabeth Lang, a.a.O. [Fn. 409], S. 105 ff.

<sup>419</sup> Vgl. zur Rechtsprechung der BRK zur Transparenz Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 187 f. Rz. 399

auf den Grundsatz der Transparenz differenziert zu beurteilen ist. Es kann etwa folgende Faustregel gelten: Je evidenter die Art der Berücksichtigung ökologischer Aspekte aufgrund der Natur der Beschaffung ist, desto weniger hohe Anforderungen sind an die Transparenz der Umweltvorgaben zu stellen. Dabei ist zu berücksichtigen, wie ein Anbieter die Ausschreibung in guten Treuen verstehen muss<sup>420</sup>. Vor allem für Beschaffungen des Bundes kann sich die Pflicht ergeben, die Zuschlagskriterien etwa durch Subkriterien zu konkretisieren<sup>421</sup>.

Der Illustration der Problematik kann auch der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 9. August 2001 zur Lehrlingsausbildung dienen<sup>422</sup>. Die Beschwerdeführerin hat gerügt, unter dem Kriterium „Qualifikation des Schlüsselpersonals“ sei quasi als Unterkriterium auch die Ausbildung der Lehrlinge einbezogen worden. Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass in den Vorbemerkungen zu den Ausschreibungsunterlagen im Blatt „Ergänzende Angaben zur Bewertung der Zuschlagskriterien (vom Unternehmer auszufüllen)“ unter anderem die Frage gestellt worden sei, wie viele der beschäftigten Mitarbeiter Lehrlinge seien. Das Verwaltungsgericht hält dazu fest, dass das Subkriterium Lehrlingsausbildung im herkömmlichen Sprachgebrauch klarerweise nicht unter das Zuschlagskriterium „Qualifikation des Schlüsselpersonals“ subsumiert werden kann<sup>423</sup>. Damit erweist sich die Bewertung der Lehrlingsausbildung als unzulässig. Weil es gerade in der Natur von vergabefremden Kriterien liegt, dass sich diese den die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffenden Vergabekriterien nicht zuordnen lassen, erfordert das jedem Submissionsverfahren zugrunde liegende Transparenzgebot zwingend eine ausdrückliche Erwähnung solcher (positivrechtlich vorgesehener) vergabefremder Aspekte in der Ausschreibung. Hätte die Vergabestelle die Lehrlingsausbildung mitbewerten wollen, so hätte sie diese als Zuschlagskriterium oder zumindest als klar als solches erkennbares Subkriterium in der Ausschreibung oder spätestens in den Ausschreibungsunterlagen anführen müssen<sup>424</sup>. Darin könnte insofern eine gewisse Milde zu sehen sein, als angedeutet wird, dass trotz fehlender Zuordnungsmöglichkeit zu einem Hauptkriterium auch eine Publikation als Subkriterium als mit dem Transparenzgebot vereinbar betrachtet werden könnte. Andererseits ist auch die Auffassung vertreten worden, dass man aus diesem Entscheid herauslesen könnte, dass die Anforderungen an die Transparenz der ökologischen Beschaffung, soweit die berücksichtigten Umweltaspekte nicht „echt“ vergabefremd sind, weniger hoch sind als an eine Vergabe, im Rahmen

---

<sup>420</sup> Urteil des EuGH in der Rechtssache C-448/01, a.a.O. [Fn. 177], Rz. 57; vgl. auch AGVE 1998, S. 393 ff., S. 394, und den Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001 i.S. Bietergemeinschaft X, publiziert in: VPB 65.94, E. 3d und 5

<sup>421</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 188 Rz. 399

<sup>422</sup> AGVE 2001, S. 342 ff.

<sup>423</sup> A.a.O. [Fn. 422], E. 1c/bb/bbb S. 346 f.

<sup>424</sup> A.a.O. [Fn. 422], E. 1b/bb/ddd S. 348



welcher die Lehrlingsausbildung (als „echt“ vergabefremder Aspekt) besonders berücksichtigt werden soll<sup>425</sup>. An echt vergabefremde Aspekte sind nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls besonders hohe Anforderungen in Bezug auf den Grundsatz der Transparenz zu stellen.

Kernaussage 36: Wie jede andere Beschaffung muss auch die ökologische Vergabe den Anforderungen von Gesetz und Rechtsprechung in Bezug auf die Transparenz genügen. Je weniger selbstverständlich die gestellten ökologischen Anforderungen sind, desto höhere Anforderungen sind an die Transparenz der Vergabe zu stellen.

## **6. Die Berücksichtigung des Umweltschutzes in Form eines vergabefremden Kriteriums (de lege ferenda)**

Grolimund hebt hervor, dass mit der Feststellung, dass ein Gesichtspunkt vergabefremd ist, nicht gesagt ist, dieser dürfe nicht in ein Submissionsverfahren einfließen<sup>426</sup>. Vergabefremd wird dabei im Folgenden als „echt vergabefremd“ verstanden, was bedeutet, dass sich die Anforderung an Anbieter oder Produkt nicht aufgrund des Bezugs zum Auftragsgegenstand begründen lässt. Damit ist aus vergaberechtlicher Sicht zugleich gesagt, dass derartige Gesichtspunkte weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium verstanden werden können. Entsprechend der These, dass vergabefremde Kriterien nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind, lässt die Rechtsprechung etwa das Kriterium der Lehrlingsausbildung zu<sup>427</sup>. Dies allerdings mit dem Vorbehalt, dass dieser Aspekt im Vergleich mit den nicht vergabefremden Kriterien nur mit einer untergeordneten Gewichtung zur gesamten Bewertung beitragen darf<sup>428</sup>. Dabei gilt die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium, obwohl dogmatisch kein solches in Frage steht. Richtigerweise handelt es sich um ein Zusatzkriterium, das aber nicht im Sinne einer zusätzlichen Bedingung als Ausschlussgrund definiert wird, sondern zum Zwecke des mildereren Eingriffs in den Wettbewerb gegen den Preis und allenfalls andere (echte) Zuschlagskriterien abgewogen werden soll. Ein weiter gehender Eingriff in den Wettbewerb ist mit einer Bereichsausnahme verbunden, indem etwa Leistungen, die von Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten

<sup>425</sup> Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 56 Fn. 20

<sup>426</sup> Grolimund, a.a.O. [Fn. 7], S. 43

<sup>427</sup> BGE 129 I 313 E. 8 f. S. 323 ff. = Pra 2005 Nr. 64; Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3

<sup>428</sup> So schon der Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 9. August 2001, publiziert in: AGVE 2001, S. 342 ff., E. 1c/bb/aaa S. 345

erbracht werden, nicht in den Anwendungsbereich des Beschaffungsrecht fallen (Art. 3 Abs. 1 lit. a BoEB)<sup>429</sup>.

Die EU-Kommission hat bereits in der interpretierenden Mitteilung unter Hinweis auf den Entscheid des EuGH in Sachen Beentjes und Nord-Pas-de-Calais auf die Möglichkeit von Zusatzkriterien („additional criteria“) hingewiesen<sup>430</sup>. Diese waren selbst nach der restriktiven Auslegung der alten Vergaberichtlinien bzw. der Rechtsprechung des EuGH durch die EU-Kommission vor den Entscheiden in Sachen Concordia Bus Finland und EVN/Wienstrom dann vorstellbar, wenn Umwelt- und Umweltschutzbedingungen („environmental protection and performance“) zur Begründung des Zuschlags verwendet werden, für den Fall, dass die Vergabestelle zwischen zwei oder mehr wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten wählen kann<sup>431</sup>. Der Bundesrat hat in Aussicht gestellt, eine derartige Konzeption in Bezug auf die Lehrlingsausbildung zu prüfen<sup>432</sup>.

Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien bedarf auf jeden Fall einer formell-gesetzlichen Grundlage<sup>433</sup>. Dies entspricht auch der Bedeutung derartiger Ausnahmen aus der Sicht des Vergaberechts<sup>434</sup>. Folgerichtig spricht etwa das Verwaltungsgericht Aargau von positivrechtlich geregelten vergabefremden Kriterien<sup>435</sup>. Daraus ergibt sich, dass etwa die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung nach geltendem Vergaberecht des Bundes unzulässig ist<sup>436</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung gilt das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage auch für eine Regelung, die bei Angeboten, die aufgrund der Zuschlagskriterien die gleiche Bewertung erfahren haben, die Bevorzugung des umweltverträglicheren Angebots bzw. Produkts oder des Anbieters vorsieht, der ein Umweltmanagementsystem

---

<sup>429</sup> Entsprechend kritisch in Bezug auf analoge Regeln des kantonalen Beschaffungsrechts das Sekretariat der Wettbewerbskommission, zitiert in: Zäch, a.a.O. [Fn. 16], S. 76

<sup>430</sup> Dazu kritisch Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 99. Nach diesem Autor ist weder Raum noch ein Bedürfnis für eine dritte Kategorie von Vergabekriterien. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese dritte Kategorie unabdingbar schon nur um den dogmatischen Begriff des Eignungs- wie auch denjenigen des Zuschlagskriteriums nicht in Frage stellen zu müssen. Entsprechend wird auch im deutschen Recht von „anderen oder weiter gehenden Anforderungen“ an die Auftragnehmer gesprochen (§ 97 Abs. 4 GWB; vgl. dazu Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 70).

<sup>431</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. [Fn. 98], Punkt II/3.4 S. 23 f.

<sup>432</sup> Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 7. Juni 2004 zur am 15. Juni 2005 angenommenen Motion Galladé (04.5061)

<sup>433</sup> Anders offenbar Hauser, Zuschlagskriterien, a.a.O. [Fn. 18], S. 1418

<sup>434</sup> Vgl. dazu nur Fridhelm Marx, Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 77 ff., insb. S. 81; siehe zur Entstehungsgeschichte des deutschen Vergaberechtsänderungsgesetzes in Bezug auf diese Frage Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 28 ff. und S. 222 f.

<sup>435</sup> Entscheid vom 28. Mai 1999, publiziert in: Baurecht 2/2000, S. 57 Nr. S10 und S11. So im Ergebnis auch Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 99], S. 28, wenn sie als Ausnahmen von der Unzulässigkeit diejenigen vergabefremden Kriterien vorbehalten, die nach Massgabe des anwendbaren Vergaberechts berücksichtigt werden müssen oder dürfen.

<sup>436</sup> Galli/Moser/Lang, a.a.O. [Fn. 97], S. 199 f. Rz. 424; Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 60 f.

nachweist<sup>437</sup>. Das muss auf jeden Fall so sein, wenn das Umweltmanagementsystem als Eignungskriterium nicht berücksichtigt werden dürfte.

Aus dem Umstand, dass Eingriffe in den Wettbewerb mit dem objektiv-konstitutiven Gehalt der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sein müssen, ergibt sich als weitere Anforderung, dass sich die Berücksichtigung eines vergabefremden Aspekts als verhältnismässig erweisen muss. Der Gedanke der Verhältnismässigkeit ist bereits bei nicht vergabefremden Gesichtspunkten Teil des Prüfkonzeptes etwa für die Binnenmarktkonformität von Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt (Art. 3 Abs. 3 BGBM). Nun ist die Frage aufgeworfen worden, ob de lege ferenda eine Gesetzesbestimmung denkbar wäre, nach welcher die Vergabestelle von den Anbieterinnen und Anbietern unabhängig von der Eignung den Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangen könnte, wenn ein Auftrag unter besonderer Berücksichtigung ökologischer Aspekte vergeben werden soll<sup>438</sup>. Wenn sich aus den technischen Spezifikationen und/oder den Zuschlagskriterien hervorgeht, dass eine besonders umweltfreundliche Beschaffung getätigt werden soll, würde die Art des Auftrags eine solche Vorgabe unabhängig vom Eignungsnachweis rechtfertigen. Unter dieser Voraussetzung wäre demnach eine Konzeption dahingehend, dass der fehlende Nachweis zur Nichtberücksichtigung des Anbieters führt, verhältnismässig. Dies wäre im Ergebnis eine besondere Bedingung, wie sie in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehen ist. Bei entsprechender gesetzlicher Grundlage wäre auch analog zur Lehrlingsausbildung auf kantonaler Ebene ein den Wettbewerb weniger einschränkender besonderer Bewertungsvorteil möglich. Dieser würde wie ein Zuschlagskriterium bei Vorliegen eines Umweltmanagementzertifikates im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes einfließen<sup>439</sup>. Eine derartige Vorgabe erwiese sich aus verfassungsrechtlicher Sicht im Vergleich zur Nichtberücksichtigung bei fehlendem Nachweis noch viel eher als verhältnismässig<sup>440</sup>. Hier liesse sich auch die Frage stellen, ob die Vergabestelle neben dem gewünschten Zertifikat auch andere Nachweise akzeptieren muss. Die Mitbewertung vergabefremder Kriterien setzt allerdings voraus, dass – gemeinsam mit den Gesetzgebungsorganen der EU – nicht von der Rechtsauffassung ausgegangen wird, wonach „echt“ vergabefremde Kriterien schon im Lichte des GPA unzulässig sind. Im Unterschied zu den soeben

---

<sup>437</sup> Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 61

<sup>438</sup> Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 61

<sup>439</sup> Diese Konstruktion wäre aus der Sicht derjenigen Anbieter, die über kein Umweltmanagementsystem verfügen, natürlich weniger einschneidend als die Formulierung einer besonderen Vergabebedingung.

<sup>440</sup> Es stellt sich dann die Frage, ob dies nicht dazu führen würde, dass ein auch als Eignungskriterium zulässiges Umweltmanagementzertifikat im Sinne der Berücksichtigung der Mehreignung mit einer besseren Bewertung belohnt wird. Dageförde spricht sich im Übrigen in Bezug auf Umweltmanagementzertifikate ganz generell dafür aus, dass diese im Sinne der Mehreignung bewertet werden können (a.a.O. [Fn. 15], S. 292 f.).

aufgezeigten Möglichkeiten wäre eine Vorgabe, wonach sich alle Anbieter, welche Bundesaufträge erhalten wollen, über ein Umweltmanagementzertifikat ISO 14001 ausweisen müssten, schon mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht zu vereinbaren. In Bereichen, in welchen der Staat eine starke Nachfragemacht hat, ist etwa das Einfordern von Umweltschutzerklärungen, gestützt auf welche sich die Anbieter über den Auftragsbezug und den gesetzlichen Mindeststandard hinaus zu umfassenden Umweltschutzmassnahmen verpflichten müssen, schon wegen dieser Nachfragemacht aus der Sicht des Wettbewerbsgedankens fragwürdig<sup>441</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berücksichtigung „echt“ vergabefremder Kriterien generell nach wie vor sehr umstritten ist. Unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips sind ökologische Vorgaben aus dogmatischer Sicht allerdings, jedenfalls soweit nicht die Teilnahme an einem regionalen Umweltprogramm, sondern etwa die Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen in Frage steht, nach der hier vertretenen Auffassung weniger brisant als etwa die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, weil dazu internationale Standards wie ISO 14001 vorhanden sind<sup>442</sup>.

Kernaussage 37: Nach dem geltendem Vergaberecht des Bundes dürfen vergabefremde Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung grundsätzlich keine Rolle spielen. De lege ferenda ergibt sich – unter der Voraussetzung, dass dasjenige Verständnis des GPA als massgebend erachtet wird, welches auch den neuen EG-Beschaffungsrichtlinien zugrunde liegt – unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ein gewisser Spielraum. Dabei erweist sich die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Vergleich etwa zur Lehrlingsausbildung eher als systemkonform. Die vergabefremden Aspekte werden auch künftig Gegenstand sich widersprechender Lehrmeinungen und rechtspolitischer Debatten bleiben.

---

<sup>441</sup> Vgl. für das deutsche Recht Dageförde, a.a.O. [Fn. 15], S. 162

<sup>442</sup> Vgl. zur Lehrlingsausbildung die Stellungnahme des Bundesrates vom 7. Juni 2004 zur am 15. Juni 2005 angenommenen Motion Galladé (04.5061)

## **VI. Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung als Aufgabe des Beschaffungsrechts**

Im Folgenden gilt es, im Sinne eines induktiven Schlusses ein Konzept aufzuzeigen, das als Leitlinie in Bezug auf die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen dienen kann. Vallender bezeichnet aus der Sicht der Wirtschaftsverfassung die Vorschriften des 4. Abschnitts über Umwelt und Raumplanung als in hohem Masse koordinationsrelevant<sup>443</sup>. Dabei kann entweder so vorgegangen werden, dass der Zielkonflikt zwischen Wirtschafts- und Umweltinteressen hervorgehoben und als unüberbrückbar dargestellt wird, womit der „Kampf ums Vergaberecht“<sup>444</sup> entbrennt. Oder man bemüht sich, die in Frage stehenden Interessen soweit möglich im Sinne konsensfähiger Lösungen gegeneinander abzuwägen. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob in diesem Zusammenhang nebst politischen auch rechtlichen Argumenten Bedeutung zukommt. Dies nicht in Bezug auf das WTO-Abkommen (vgl. dazu die schon über zehn Jahre alten Parolen „Greening the GATT“ und „GATTing the Greens“<sup>445</sup>), sondern in Bezug auf das schweizerische Recht.

Für fast sämtliche dogmatischen Streitfragen zur Berücksichtigung von Umweltanliegen im Rahmen der öffentlichen Beschaffung kann aus schweizerischer Sicht gelten, dass die ältere Doktrin wie auch die Rechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte mehrheitlich den Zielkonflikt zwischen Wettbewerb einerseits und Nachhaltigkeit bzw. den nicht konkret-wirtschaftlichen Aspekten derselben betont. Demgegenüber versucht das Bundesgericht, welches das Thema der umweltfreundlichen Beschaffung bisher meist nur am Rande gestreift hat, wie auch die neuere Lehre, im Vergaberecht eine Balance zwischen Umwelt- und Wettbewerbsverfassung zu erreichen<sup>446</sup>. Oberste Leitlinie dieser Annäherung an das Thema ist die Kohärenz der Rechtsordnung<sup>447</sup>. Dieser Gedanke prägt auch in hohem Masse die neue Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen

---

<sup>443</sup> Vallender, Grundzüge der „neuen“ Wirtschaftsverfassung, in: AJP 1999, S. 677 ff., S. 677; dasselbe gilt auch für das WTO-Recht im Allgemeinen und das GPA im Besonderen im völkerrechtlichen Kontext (Cottier/Oesch, a.a.O. [Fn. 57], S. 55). In diesem Sinne gilt es auch hier, den Ausgleich zwischen den Zielen des GPA und der Verfolgung von Sekundärzwecken im Vergaberecht („secondary procurement policies“) zu finden („strike a balance“; Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 354).

<sup>444</sup> Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 83

<sup>445</sup> Keller/Stocker, WTO und GATT '94 aus umweltrechtlicher Sicht, in: URP 1994, S. 457 ff., insb. S. 490

<sup>446</sup> Das lässt sich nicht nur, aber vor allem im Bereich der Berücksichtigung von Transportdistanzen zeigen (vgl. dazu den Abschnitt V/5.5 hiervor).

<sup>447</sup> Vgl. zum Europarecht Bungenberg/Nowak, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht, a.a.O. [Fn. 43], S. 10 ff., sowie für das schweizerische Recht der Liberalisierungsbericht der KBBK vom 15. Januar 2001, a.a.O. [Fn. 125a], S. 57, Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 378, und Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 32], S. 61

Gemeinschaften. So hat der EuGH im Entscheid Concordia Bus Finland festgehalten, in Anbetracht des Wortlautes der grundlegenden Bestimmung im EG-Vertrag zum Umweltschutz (Art. 6 EGV) sei zu folgern, dass die einschlägige Vergaberichtlinie die Möglichkeit nicht ausschliesse, dass der Auftraggeber Umweltschutzkriterien anwendet<sup>448</sup>. Im Entscheid EVN/Wienstrom wird ausgeführt, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen diene dem Umweltschutz, da sie zu Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beitrage, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zähle, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet hätten. Damit liegt es nahe, dass es dem Auftraggeber im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gestattet ist, für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, soweit dieses mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängt<sup>449</sup>. Demnach ist zu vermuten, dass mit der Verfolgung sekundärer Interessen grundsätzlich insoweit kein Widerspruch zum Binnenmarkt begründet wird, als die beschaffungsfremden Ziele (wie etwa der Umweltschutz) ihrerseits zu den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählen<sup>450</sup>. Gleichwohl ist die ökologische Beschaffung nicht schrankenlos zulässig. Der Gerichtshof rügt im Entscheid EVN/Wienstrom die Berücksichtigung eines vergabefremden Aspekts. Die Vergabestelle hat versucht, das Verhalten des Anbieters über den in Frage stehenden Auftrag hinaus zu steuern: Ein Zuschlagskriterium, das sich ausschliesslich auf die Menge lieferbaren Stroms aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauch *übersteigt*, kann nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden<sup>451</sup>. Damit tut der EuGH das, was von ihm als Hüter der EU-Wirtschaftsverfassung verlangt wird. Es wäre für den Gerichtshof nicht hinnehmbar, wenn die bisherigen relativ strikt eingehaltenen objektiven Vergabekriterien durch nur politisch zu bewertende vergabefremde Kriterien aufgeweicht würden<sup>452</sup>. So ist die gewünschte Balance hergestellt.

---

<sup>448</sup> Entscheid in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 57

<sup>449</sup> Damit bewegt sich der EuGH weiter auf dem Weg, den er bereits mit dem Urteil in der Rechtssache C-379/98 Preussen Elektra vom 13. März 2001 beschritten hat. Dort hat er erkannt, dass eine Marktbeschränkung durch ein Stromeinspeisungsgesetz, die dadurch entsteht, dass die Abnahmepflicht für alternative Energie nur für Strom gilt, der im Geltungsbereich des Gesetzes und im Versorgungsgebiet des Unternehmens erzeugt wurde, mit der Wettbewerbsordnung vereinbar ist (Rz. 71 i.V.m. Rz. 81). Damit ist der Umweltschutz ein anerkannter Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Marktfreiheiten. In der Lehre ist dem Gerichtshof allerdings vorgeworfen worden, er habe zu wenig Sorgfalt auf die Verhältnismässigkeitsprüfung verwendet (Marc Bungenberg, Binnenmarktkonzept, a.a.O. [Fn. 38], S. 63 mit Fn. 50). Im Entscheid EVN / Wienstrom wird der Entscheid Preussen Elektra denn auch zitiert (a.a.O. [Fn. 179], Rz. 40).

<sup>450</sup> Bultmann, a.a.O. [Fn. 169], S. 103

<sup>451</sup> Urteil in der Rechtssache C-448/01 [Fn. 177], Rz. 32

<sup>452</sup> Formulierung nach Priess, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2001, S. 167

Wie in Europa drängt sich auch für unsere Rechtsordnung, insbesondere das Beschaffungsrecht des Bundes, die Suche nach dem Ausgleich zwischen den Anliegen des Wettbewerbs und denjenigen des Umweltschutzes auf. Als Orientierungshilfe kann dabei der von Konrad Hesse formulierte Gedanke der Herstellung praktischer Konkordanz dienen. Dies bedeutet, dass dem Staat generell aufgetragen ist, im Einzelfall einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen betroffenen Grundrechtsinteressen zu suchen<sup>453</sup>. Dasselbe muss aber auch gelten für die Schnittmenge zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung<sup>454</sup>. Zudem erscheint das Vergaberecht insoweit als Anwendungsbeispiel für die Schrankendogmatik der Wirtschaftsverfassung. Da der Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit anerkannt ist, liegt die Lösung in einer hohen Ansprüchen genügenden Verhältnismässigkeitsprüfung<sup>455</sup>. Mit dieser Abwägung kann unter anderem vermieden werden, dass die öffentliche Hand in Wertungswidersprüche gerät. Der Staat kann genauso wenig die Wettbewerbsziele zugunsten des Umweltschutzes aufgeben wie umgekehrt. Die Lösung der mit der vorliegenden Studie beschriebenen vergaberechtlichen Probleme liegt somit in der hinreichenden Differenzierung, wie dies die höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt. So lautet – gestützt auf den in der geltenden Bundesverfassung verankerten Nachhaltigkeitsgedanken – auch die Botschaft der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates.

Kernaussage 38: Es entspricht einem rechtsdogmatischen Gebot, die praktische Konkordanz zwischen der Umwelt- und der Wirtschaftsverfassung herzustellen. Die Definition des rechtlichen Rahmens, in welchem sich die umweltfreundliche Beschaffung zu bewegen hat, ist nichts anderes als eine Umsetzung dieses Gebotes. Die Konkretisierung der Wirtschaftsverfassung in diesem Sinne wiederum entspricht dem in der Bundesverfassung verankerten Nachhaltigkeitsgedanken.

<sup>453</sup> BGE 129 I 173 E. 5.1 S. 181; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, Rz. 317 f.; vgl. aus der Sicht des WTO-Rechts Cottier/Oesch, a.a.O. [Fn. 57], S. 55

<sup>454</sup> Vgl. für das deutsche Recht Dageförde, a.a.O. [Fn.15], S. 178 f.

<sup>455</sup> Vgl. für das schweizerische Recht Hauser, Umweltaspekte, a.a.O. [Fn. 14], S. 379, für das Europarecht Bungenberg, Binnenmarktkonzept, a.a.O. [Fn. 38], S. 75, und für das GPA Arrowsmith, Secondary Policies, a.a.O. [Fn. 2], S. 356.

## VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

### 1. Ausgangslage

Das Beschaffungsrecht des Bundes setzt nicht nur übergeordnetes Recht um, sondern ist zugleich Teilgehalt eines Konzepts der marktwirtschaftlichen Erneuerung der Schweiz<sup>456</sup>. Das schweizerische Vergaberecht insgesamt konkretisiert einerseits die Binnenmarktkomponente des Wirtschaftsverfassungsrechts unter Wahrung der Wettbewerbsneutralität. Andererseits kommt dem Ziel der Stärkung des Anbieterwettbewerbs selbst ebenfalls Verfassungsrang zu<sup>457</sup>.

Neben die Wirtschaftsverfassung tritt die Umweltverfassung, wobei dieser nach geltendem Verfassungsrecht im Vergleich zur Bundesverfassung vom 29. Mai 1987 mehr Bedeutung beigemessen wird<sup>458</sup>. Der Gedanke des Umweltschutzes wird in das Konzept der Nachhaltigkeit integriert, welches wiederum den Ausgleich zwischen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Zielsetzungen zum Gegenstand hat<sup>459</sup>. Entsprechend hat sich der Bundesrat mit der „Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002“ zum Ziel gesetzt, den Gedanken der Nachhaltigkeit auch in der Beschaffungspraxis umzusetzen. Damit stellt sich namentlich im Hinblick auf die Revision des Beschaffungsrechts die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der umweltfreundlichen Beschaffung<sup>460</sup>.

Seit der Verrechtlichung des Beschaffungswesens tobt der „Kampf ums Vergaberecht“ in Bezug auf die Frage, ob im Rahmen der öffentlichen Beschaffung vergabefremde Kriterien berücksichtigt werden dürfen. Es darf indessen im Unterschied zu „echt“ vergabefremden Kriterien wie der Lehrlingsausbildung nicht vom Grundsatz ausgegangen werden, dass Umweltschutzaspekte per se vergabefremd sind bzw. dass die Umsetzung von ökologischen Zielen im Rahmen der öffentlichen Beschaffung nur mittels vergabefremder Kriterien erfolgt<sup>461</sup>. Ganz allgemein entspricht der Gedanke, dass die Berücksichtigung ökologischer Belange verhältnismässige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag, geltendem Verfassungsrecht<sup>462</sup>. Insbesondere mit Blick auf die Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsverfassung und die Zielsetzungen des massgebenden internationalen Rechts ist darauf zu achten, dass die Berücksichtigung von

---

<sup>456</sup> Kernaussage 1

<sup>457</sup> Kapitel II/1

<sup>458</sup> Kernaussage 6

<sup>459</sup> Kernaussage 7

<sup>460</sup> Kernaussage 2

<sup>461</sup> Kernaussage 3

<sup>462</sup> Kernaussage 4



Umweltbelangen nicht nur vorgeschoben wird, um verpönte wirtschaftspolitische Ziele, namentlich die Bevorzugung lokaler Anbieter, zu verfolgen<sup>463</sup>.

## 2. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen

Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) verfolgt das rein ökonomische Ziel, dem Gedanken des „comparative advantage“ durch die Liberalisierung des Welthandels zum Durchbruch zu verhelfen. Arrow-smith legt indessen überzeugend dar, dass das GPA nicht im Sinne der reinen Lehre („purity principle“) auszulegen ist. Vielmehr sollen die Regeln des GPA, worauf in der Schweiz etwa Cottier hingewiesen hat, so verstanden werden, dass die praktische Konkordanz mit anderen gewichtigen öffentlichen Interessen hergestellt werden kann<sup>464</sup>.

Aus den Grundprinzipien des GPA ergibt sich, dass jede direkte Diskriminierung, etwa in Form der Bevorzugung nationaler Produkte im Sinne einer Herkunftsvorgabe unzulässig ist. Demgegenüber ist in Bezug auf die faktischen Marktzutrittsschranken festzustellen, dass die etwa von Arrowsmith vertretene Rechtsauffassung, wonach Umweltauflagen nicht grundsätzlich gegen den Grundsatz der Inländerdiskriminierung verstossen, auch wenn die verlangten Produkte von einheimischen Anbietern leichter geliefert werden können, zunehmend an Boden gewinnt. Diese Ansicht liegt insbesondere dem neuen EU-Vergaberecht zugrunde<sup>465</sup>. Sie lässt sich entweder direkt auf Art. III GPA im Zusammenspiel mit den Normen betreffend die einzelnen, in Frage stehenden vergaberechtlichen Kategorien (wie technische Spezifikationen und Zuschlag) oder auf die Ausnahmebestimmung gemäss Art. XXIII Ziff. 2 GPA stützen, je nachdem wie Anwendungsbereich und die Bedeutung der Ausnahmeklausel, wozu verschiedene Auffassungen vertreten werden, zu definieren sind<sup>466</sup>.

Sowohl aus dem Umstand, dass die technischen Spezifikationen eine gewisse Nähe zum (der vergaberechtlichen Kontrolle entzogenen) Beschaffungsentscheid selbst aufweisen, wie auch aus Wortlaut und Auslegung von Art. VI GPA ergibt sich, dass den Vergabestellen bei der Festlegung der technischen Spezifikationen traditionell mehr Spielraum eingeräumt wird als in Bezug auf die Definition der Zuschlagskriterien. Dies wirkt sich unter anderem zugunsten der umweltfreundlichen Beschaffung aus<sup>467</sup>. Besonders bedeutungsvoll ist, dass Art. VI GPA

---

<sup>463</sup> Kernaussage 5

<sup>464</sup> Kapitel III/1; Kernaussage 8

<sup>465</sup> Kernaussage 9

<sup>466</sup> Kernaussage 13

<sup>467</sup> Kernaussage 10

auch der Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen in einem gewissen Rahmen nicht entgegensteht<sup>468</sup>.

In Bezug auf die Eignungskriterien ist zunächst klar, dass in Auslegung von Art. VIII GPA davon auszugehen ist, dass auch ökologisches Know-how als Eignungsnachweis verlangt werden darf, wenn aus der Formulierung der technischen Spezifikationen und/oder der Zuschlagskriterien erkennbar ist, dass eine umweltfreundliche Beschaffung in Frage steht<sup>469</sup>. Art. VIII GPA steht auch der Bezugnahme auf international verbreitete Umweltmanagementzertifikate (im Sinne eines möglichen Eignungsnachweises) nicht entgegen, sofern der Nachweis der Eignung auf andere Weise zugelassen wird. Strittig ist, ob die Berücksichtigung „echt“ vergabefremder Aspekte wie Umweltverpflichtungen ohne hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand (Abfallentsorgungsunternehmen mit Sitz in Miner- giegebäude und einem Umweltleitbild, welches für Büroarbeiten die ausschliessliche Verwendung von Recyclingpapier vorsieht) ebenfalls mit Art. VIII GPA vereinbar sind.

Die Beschaffungsstelle erteilt den Zuschlag dem Anbieter, dessen Angebot anhand der spezifischen Bewertungskriterien als das günstigste („most advantageous“) beurteilt wird. Aus dieser aus der Definition gemäss Art. XIII Abs. 4 GPA herzuleitenden Begrifflichkeit ergibt sich, dass im Rahmen der Bewertung auch nichtgeldwertmässig Aspekte wie etwa die Qualität oder die Umweltverträglichkeit von Bedeutung sein können. Dies bedeutet, dass die Umweltverträglichkeit auch dann berücksichtigt werden darf, wenn sich die Umwelteigenschaften – wie etwa bei weniger hohen Schadstoff- oder Lärmimmissionen – nicht direkt im Rahmen der Vergabe finanziell zugunsten der Vergabestelle auswirken<sup>470</sup>. Weniger klar ist die Rechtslage in Bezug auf die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen. Ob „echt“ vergabefremde Aspekte als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen, ist nach wie vor strittig.

### **3. Das EG-Vergaberecht und die umweltfreundliche Beschaffung**

Obwohl das EG-Recht für die Schweiz nicht massgebend ist, erweist es sich als zweckmässig, die weit entwickelte Rechtsprechung des EuGH wie auch die neuen EG-Vergaberichtlinien als Quelle der Inspiration zu nutzen. Das gilt auch in Bezug auf die Möglichkeiten, ökologische Aspekte im Rahmen der Beschaffung zu berücksichtigen<sup>471</sup>. Bahnbrechend sind insbesondere die Entscheide des EuGH in Sachen Concordia Bus Finland und EVN/Wienstrom. Mit dem ersten Urteil hat der

---

<sup>468</sup> Abschnitt III/3.1.3

<sup>469</sup> Kernaussage 11

<sup>470</sup> Kernaussage 12

<sup>471</sup> Kapitel IV/1; Kernaussage 14

Gerichtshof klar gestellt, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie mit einem nicht finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind<sup>472</sup>. Nach dieser Auslegung des EG-Vergaberechts ist nur derjenige ökologische Aspekt vergabefremd, der gemessen an der Interessenlage der Vergabestelle in keinem hinreichenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht<sup>473</sup>. Das trifft entgegen der von der EU-Kommission bis zu diesem Zeitpunkt vertretenen Ansicht also nicht zu auf Bewertungsvorteile, die sich aus besseren Lärm- oder Schadstoffimmissionswerten ergeben. Noch einen Schritt weiter ist der EuGH mit dem Entscheid in Sachen EVN/Wienstrom betreffend die Beschaffung von Strom aus erneuerbaren Energien gegangen. Der Gerichtshof hat erstens festgehalten, dass die für diese Art der Beschaffung notwendigen Herstellungsbedingungen auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots in der Form von Bewertungsvorteilen berücksichtigt werden dürfen<sup>474</sup>. Entsprechend wird im neuen Handbuch der EU-Kommission zur umweltfreundlichen Beschaffung der Gedanke formuliert, dass es rechtlich zulässig sein muss, jede Umwelanforderung an den Gegenstand der Beschaffung, der als technische Spezifikation definiert werden darf, auch als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen<sup>475</sup>. Zweitens hat der EuGH in Sachen EVN/Wienstrom entschieden, dass auch einer Gewichtung eines entsprechenden Kriteriums mit 45 Prozent nichts entgegenstehe. Daraus ergibt sich, dass – quasi in Präzisierung der Rechtsprechung – (nur) derjenige ökologische Aspekt vergabefremd ist, der auch unter Berücksichtigung globaler Umweltbelange nicht in hinreichendem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht<sup>476</sup>. Das bedeutet nun aber keineswegs, dass die umweltfreundliche Vergabe schrankenlos zulässig ist. In diesem Sinne hat der EuGH etwa festgestellt, dass ein Zuschlagskriterium, das sich ausschliesslich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrages zu erwartenden jährlichen Verbrauch übersteigt, nicht als mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängend angesehen werden kann<sup>477</sup>. Damit zeigt der EuGH, dass er die Balance zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung in der Rechtsprechung zum Vergaberecht sucht und sowohl die Anliegen des Umweltschutzes als auch diejenigen des Wettbewerbs ernst nimmt. Entsprechend hält der Gerichtshof auch immer wieder fest, dass Umweltkriterien nur berücksichtigt werden dürfen, sofern diese mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, der Beschaffungsstelle keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt

---

<sup>472</sup> Kernaussage 15

<sup>473</sup> Kernaussage 16

<sup>474</sup> Kernaussage 17

<sup>475</sup> Kernaussage 21

<sup>476</sup> Kernaussage 18

<sup>477</sup> Abschnitt IV/2.2 S. 46

sind. Des Weiteren müssen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot beachtet werden<sup>478</sup>. Mit diesem Bestreben, an die Stelle des „Kampfes um das Vergaberecht“ eine die zu berücksichtigenden Interessen integrierende Güterabwägung treten zu lassen, kann der EuGH auch für unser Verständnis des Vergaberechts wegweisend sein. Die neuen EG-Richtlinien haben die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Berücksichtigung ökologischer Aspekte kodifiziert<sup>479</sup>. Darüber hinaus hat der europäische Gesetzgeber eine rechtliche Grundlage für die Berücksichtigung „echt“ vergabefremder Kriterien geschaffen. Die Frage der Zulässigkeit derartiger Kriterien wird aus europarechtlicher Sicht gleichwohl umstritten bleiben<sup>480</sup>.

#### **4. Möglichkeiten und Grenzen in Bezug auf die umweltfreundliche Beschaffung nach dem Vergaberecht des Bundes**

##### **4.1 Anforderungen an Anbieter: Der Mindeststandard der Umweltschutzgesetzgebung**

Dem Mindeststandard der Umweltschutzgesetzgebung kann – wofür im geltenden Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen die Grundlage fehlt – als Verfahrensgrundsatz im Sinne von Art. 8 BoeB definiert werden, dessen Missachtung im Sinne von Art. 11 BoeB mit dem Ausschluss des in Frage stehenden Anbieters geahndet werden kann, sofern sich diese Sanktion im zu beurteilenden Einzelfall als verhältnismässig erweist. Begründen lässt sich dies wie etwa in Bezug auf die Arbeitsbedingungen damit, dass derjenige, der unter Missachtung gewisser Standards günstiger anbieten kann, nicht von der dadurch entstehenden Wettbewerbsverzerrung profitieren können soll<sup>481</sup>. Richtig ist, dass eine derartige Regelung in Bezug auf die Rahmenbedingungen von ausländischen Anbietern viele Fragen offen lässt. Dies gilt indessen auch für die in Art. 8 BoeB festgeschriebenen Verfahrensgrundsätze, welche die Gleichstellung von Mann und Frau und die Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> Vgl. etwa das Urteil in der Rechtssache C-513/99, a.a.O. [Fn. 157], Rz. 64

<sup>479</sup> Kernaussage 19

<sup>480</sup> Kernaussage 20

<sup>481</sup> Kernaussage 22

<sup>482</sup> Kernaussage 23

## **4.2 Anforderungen an Anbieter: Die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten im Rahmen der Eignungsprüfung**

Über das umweltschutzrechtliche Minimum hinaus können an die Anbieter weitere Anforderungen in Form von Eignungskriterien gestellt werden. Entscheidend ist hier der hinreichende Bezug des Eignungserfordernisses zum ausgeschriebenen Auftrag. Dieser kann durchaus gegeben sein, wenn ökologisches Know-how und entsprechende Referenzen verlangt werden, etwa um die optimale Ausführung eines Sanierungsauftrages sicherzustellen, was Erfahrungen im Umgang mit gewissen Stoffen voraussetzt. Will die Vergabestelle derartige Eignungskriterien berücksichtigen, muss sich entweder aufgrund einschneidender gesetzlicher Vorgaben oder aus der Umschreibung der gewünschten Leistung in Form von technischen Spezifikationen oder im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit ergeben, dass eine umweltfreundliche Beschaffung in Frage steht<sup>483</sup>. Dabei kann auch ein Umweltmanagementsystem als Eignungsnachweis dienen, wenn die eingegangene Selbstverpflichtung des Unternehmens in Bezug auf die angebotenen Produkte oder Dienstleistungen besondere Umweltziele enthält. Indessen muss die Vergabestelle, wenn Umweltmanagementzertifikate verlangt werden, auch den anderweitigen Nachweis eines gleichwertigen Standards zulassen<sup>484</sup>. Fehlt der Zusammenhang zwischen von den Anbietern nachzuweisendem Umweltmanagementsystem und dem Gegenstand der Beschaffung, liegt ein vergabefremder Aspekt vor, der nach geltendem Beschaffungsrecht nicht berücksichtigt werden darf<sup>485</sup>.

## **4.3 Anforderungen an Produkte in Form von technischen Spezifikationen**

Der Entscheid über Gegenstand und Umfang der Beschaffung ist grundsätzlich ein im Rechtsmittelverfahren nicht überprüfbarer Ermessensentscheid der Vergabestelle, soweit er überhaupt in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt. Damit ist die Vergabestelle grundsätzlich frei, welche Anforderungen sie etwa in Bezug auf die Qualität stellt, wobei auch hier diejenigen Wirtschaftlichkeitsabwägungen erwartet werden, die den Zielsetzungen des Beschaffungsrechts entsprechen. In der Wahl des Beschaffungsgegenstandes liegt die erste und wichtigste Möglichkeit, ökologische Aspekte zu berücksichtigen. Die Anforderungen an Produkte werden mittels technischer Spezifikationen konkretisiert, sofern es sich um Eigenschaften handelt, die zwingend erwartet werden. Aufgrund der Berührungspunkte mit der Wahl des Auftragsgegenstandes selbst ergibt sich

---

<sup>483</sup> Kernaussage 24

<sup>484</sup> Kernaussage 25

<sup>485</sup> Kernaussage 26

eine gewisse Zurückhaltung der Rechtsmittelinstanzen in Bezug auf die Überprüfung der Zweckmässigkeit technischer Spezifikationen. Je höher die Anforderungen an Qualität und/oder Umweltverträglichkeit des Produkts, desto eher rechtfertigt sich eine starke Einschränkung des Anbieterkreises durch technische Spezifikationen. Damit ist die Definition zwingender Anforderungen an Produkte diejenige Kategorie, die der umweltfreundlichen Beschaffung am meisten Möglichkeiten bietet. Je stärker jedoch der Kreis der Anbieter durch technische Spezifikationen beschränkt wird, desto eher stellt sich die Frage, ob die ehrgeizigen Vorgaben zwingend sind und nicht zweckmässigerweise gegen den Preis abzuwägen sind im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieser ökonomische Ansatz führt wiederum zur Frage, ob alle ökologischen Aspekte, die als technische Spezifikationen definiert werden können, nicht auch als Bewertungsmaßstab im Rahmen des Kriteriums Umweltverträglichkeit zulässig sein sollten<sup>486</sup>. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Herstellungsbedingungen, die sich weder sichtbar im Produkt niederschlagen noch am Leistungsort auswirken, aber gleichwohl eher produkt- als anbieterbezogen sind<sup>487</sup>.

Der Umschreibung zwingender ökologischer Anforderungen an ein Produkt können auch die einem Umweltzeichen zugrunde liegenden Vorgaben dienen. Diesfalls weist sich der Anbieter durch das Umweltzeichen (etwa das FSC-Label für Holz) darüber aus, dass er ein den technischen Spezifikationen entsprechendes Produkt liefert. Aber auch der anderweitige Nachweis, dass das Angebot dem geforderten Standard entspricht (bzw. dass das Holz eines Anbieters den Anforderungen an die nachhaltige Waldbewirtschaftung entsprechend produziert wird), muss zugelassen werden<sup>488</sup>.

#### **4.4 Anforderungen an Produkte oder Leistungen in Form von Bewertungsvorteilen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit**

Es ist unbestritten, dass ökologische Aspekte der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen können, soweit mit ihrer Berücksichtigung ein konkret-wirtschaftlicher Vorteil für die Vergabestelle verbunden ist. Dies gilt zum Beispiel für einen niedrigeren Treibstoffverbrauch eines Fahrzeugs (etwa von Bussen im öffentlichen Verkehr), der (aufgrund der niedrigeren Betriebskosten) einen höheren Anschaffungspreis rechtfertigen kann<sup>489</sup>. Ebenso ist unbestritten, dass die Zuschlagskriterien Ästhetik und Qualität nicht konkret-wirtschaftlich zu

---

<sup>486</sup> Kernaussage 27

<sup>487</sup> Kernaussage 28

<sup>488</sup> Kernaussage 29

<sup>489</sup> Kernaussage 30

verstehen sind. Der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt werden soll, verlangt indessen, dass die nicht konkret-wirtschaftlichen Aspekte gegen den Preis abgewogen werden, wobei der Preis als Zuschlagskriterium im Regelfall mit mindestens 20 Prozent zu gewichten ist<sup>490</sup>. Demgegenüber ist der Preis insbesondere bei komplexen Beschaffungen nicht notwendigerweise das ausschlaggebende Kriterium<sup>491</sup>. Dasselbe wie für Qualität und Ästhetik gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch für die Umweltverträglichkeit. Es entspricht der inzwischen herrschenden Ansicht, dass auch nicht konkret-wirtschaftliche Aspekte wie die Schadstoffbilanz oder die Immissionswerte in die Beurteilung und Bewertung der Angebote einbezogen werden dürfen, soweit sie sich am Leistungsort auswirken. Die Vergabestelle darf die nicht konkret-wirtschaftlichen Vorteile, die sich aus einer umweltfreundlichen Beschaffung ergeben (Beispiel: schadstoff- und immissionsarme Busse im öffentlichen Verkehr), ebenfalls berücksichtigen<sup>492</sup>.

#### **4.5 Dürfen Umweltaspekte auch dann berücksichtigt werden, wenn sie sich nicht direkt zugunsten der Vergabestelle auswirken?**

Hauser geht davon aus, dass bereits nach der Konzeption des Bundesgesetzgebers im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB auch globale Umweltaspekte, die sich nicht (primär) am Leistungsort auswirken, berücksichtigt werden dürfen; anders kann nach Hauser das Beispiel der „Schonung von Ressourcen“ nicht erklärt werden. Galli/Moser/Lang verstehen demgegenüber den historischen Gesetzgeber so, dass solche „indirekten Vorteile“ nach dem historischen Gesetzgeber nicht zu berücksichtigen sind. Nach den genannten Autoren kann das geltende Recht objektiv-zeitgemäss so ausgelegt werden, dass das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit auch globale Umweltaspekte oder „indirekte Vorteile“ mitumfasst. Nur unter dieser Prämisse kann auch die bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Transportwegen verstanden werden, wenn nicht angenommen werden soll, dass das Bundesgericht mit Hauser davon ausgeht, dass bereits die historische Auslegung zum Ziel führt. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Auffassung, wonach (unter der Voraussetzung des hinreichenden Bezuges zum Auftragsgegenstand) auch globale Umweltaspekte berücksichtigt werden dürfen, - neuerdings auch aufgrund des EuGH-Entscheids in Sachen EVN/Wienstrom - zunehmend an Boden gewinnt<sup>493</sup>. Dieser Entscheid zeigt aber zugleich die Grenzen auf, indem der Vergabestelle

---

<sup>490</sup> Kernaussage 33

<sup>491</sup> Kernaussage 31

<sup>492</sup> Kernaussage 32

<sup>493</sup> Kernaussage 32

nicht gestattet wird, über den Gegenstand der Vergabe hinaus zu versuchen, das Anbieterverhalten (etwa im Sinne globaler Umweltinteressen) zu beeinflussen.

Die Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen ist im Rahmen der technischen Spezifikationen recht weitgehend zulässig. Während die Verwaltungsgerichtspraxis in Bezug auf das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit mit Blick auf das Binnenmarktgesetz eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legt, weist die neuere Lehre (etwa Galli/Moser/Lang) darauf hin, dass bei einem ausgewiesenen ökologischen Vorteil auch der Bewertung der Herstellungsbedingungen im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nichts im Wege steht. Diese Ansicht vermag sich neuerdings auf den EuGH-Entscheid in Sachen EVN/Wienstrom zu stützen – die Verwendung von nachhaltig produziertem Strom wirkt sich nicht direkt zugunsten der Vergabestelle aus – und entspricht auch der (unverbindlichen) Auslegung des neuen EG-Vergaberechts durch die EU-Kommission in ihrem Handbuch zur umweltfreundlichen Beschaffung. Für sie spricht auch der Umstand, dass eine Abwägung von Herstellungsbedingungen gegen einen Preisvorteil den Anbieterkreis weniger einschränkt als die Vorgabe von ehrgeizigen technischen Spezifikationen<sup>494</sup>. Dabei wäre indessen darauf zu achten, dass nicht unbezogen die am Ort der Leistung geltenden Herstellungsbedingungen zum Massstab gemacht werden. Nach der Gegenmeinung wird ein direkter Bezug ökologischer Aspekte zur Leistung verlangt, womit etwa Vorgaben in Bezug auf Gewässerschutz oder Luftreinhaltung bei der Produktion ausser Betracht fallen.

In der Berücksichtigung der Transportdistanzen *allein* unter dem Deckmantel der Umweltverträglichkeit im Rahmen einer Vergabe, die nur am Rande Transportleistungen umfasst, liegt vermutlich eine unzulässige Bevorzugung ortsansässiger Anbieter. Bei Aufträgen, die wesentlich auch Transportleistungen zum Gegenstand haben, ist die Berücksichtigung von Transportart *und* Transportdistanzen durchaus vergaberechtskonform, wobei die Vergabestelle gewisse Regeln beachten muss im Sinne des Tatbeweises, dass nicht die Bevorzugung von ortsansässigen Anbietern das eigentliche Ziel ist<sup>495</sup>. Dabei muss insbesondere darauf geachtet werden, dass die Transportart (etwa Transport durch immissionsarme Fahrzeuge) im Verhältnis zu den Transportdistanzen genügend gewichtet wird. Schliesslich darf dem Transportaspekt auch im Vergleich zu den übrigen Gesichtspunkten, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, kein zu grosses Gewicht beigemessen werden. Diese - allerdings keineswegs unumstrittene - Sichtweise entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Gerade in Bezug auf Vergaben, bei welchen die Gefahr besteht, dass die

---

<sup>494</sup> Kernaussage 34

<sup>495</sup> Kernaussage 35



Umweltzielsetzung nur vorgeschoben ist, kommt der Transparenz besondere Bedeutung zu<sup>496</sup>.

#### **4.6 Die Berücksichtigung von Umweltaspekten in Form eines vergabefremden Kriteriums (de lege ferenda)**

Nach dem geltendem Vergaberecht des Bundes dürfen vergabefremde Aspekte – im Unterschied zu den Rechtsordnungen einiger Kantone, die etwa das Kriterium Lehrlingsausbildung vorsehen – im Rahmen der öffentlichen Beschaffung grundsätzlich keine Rolle spielen. Dabei ist davon auszugehen, dass Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung in Form von technischen Spezifikationen bzw. im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit oder der Eignungsprüfung zulässig ist, nicht vergabefremd sind. Entscheidend ist hierbei die Frage, ob ein hinreichender Bezug der Anforderung zum Auftragsgegenstand besteht. Fehlt dieser, liegt ein vergabefremder Aspekt vor.

De lege ferenda ergibt sich – unter der Voraussetzung, dass nicht angenommen wird, das GPA schliesse die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte aus – allenfalls ein gewisser Spielraum. Entsprechend ist mit den neuen EG-Vergaberichtlinien die gesetzliche Grundlage für die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte, denen im Rahmen der klassischen vergaberechtlichen Kategorien nicht Rechnung getragen werden darf, geschaffen worden. Dem europäischen Gesetzgeber ist allerdings vorgeworfen worden, mit dieser Normierung zu weit gegangen zu sein. Nebst dem GPA kann auch der Gedanke der Verhältnismässigkeit (verstanden in Bezug auf den Eingriff in die Wettbewerbsordnung) als Wegweiser dienen. Daraus ergibt sich etwa nach der hier vertretenen Auffassung, dass Umweltaspekte als vergabefremde Kriterien nur dann in Betracht kommen sollten, wenn sich aus den technischen Spezifikationen und/oder den Zuschlagskriterium ergibt, dass eine besonders umweltfreundliche Beschaffung getätigt werden soll. Unter dieser Voraussetzung kann die Vorgabe eines Umweltmanagementsystems auch dann wünschbar sein, wenn nur Umweltverpflichtungen ausgewiesen werden, die zu wenig konkret sind, um in Bezug auf die in Frage stehende Vergabe als Eignungskriterium dienen zu können. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass dieser Bereich auch künftig Gegenstand sich widersprechender Lehrmeinung und rechtspolitischer Debatten bleiben wird<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Kernaussage 36

<sup>497</sup> Kernaussage 37

## **5. Die Balance zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung als Ziel**

Wie in Europa drängt sich auch für unsere Rechtsordnung, insbesondere das Beschaffungsrecht des Bundes, die Suche nach dem Ausgleich zwischen den Anliegen des Wettbewerbs und denjenigen des Umweltschutzes auf. Es entspricht einem rechtsdogmatischen Gebot, die praktische Konkordanz zwischen der Umwelt- und der Wirtschaftsverfassung herzustellen. Damit werden Wertungswidersprüche vermieden, die sich ergeben, wenn diesem Interessenausgleich nicht die ihm zukommende Bedeutung beigemessen wird. Am Ziel der Vermeidung solcher Widersprüche hat sich die Rechtsprechung stets orientiert. Dies gilt für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ebenso wie für das Bundesgericht. Die Definition des rechtlichen Rahmens, in welchem sich die umweltfreundliche Beschaffung zu bewegen hat, ist nichts anderes als eine Konkretisierung der Wirtschaftsverfassung im Sinne der praktischen Konkordanz, die wiederum dem in der Bundesverfassung verankerten Nachhaltigkeitsgedanken und der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates entspricht<sup>498</sup>.

---

<sup>498</sup> Kernaussage 38