

## Gutachten

# Nachhaltige öffentliche Beschaffung

**Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw.  
2014/25/EU mit dem neuen BöB und der neuen  
VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums  
bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung**

im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU)

Matthias Hauser, lic. iur., Rechtsanwalt

Réka Piskóty, MLaw, LL.M., Doktorandin

(Mitverfasserin der Teile Lebenszykluskosten und Innovation, Mitarbeit am gesamten Gutachten)

unter Mitarbeit von Chiara Skirl, BLaw

26. April 2021

## Impressum

### **Auftraggeber:**

Bundesamt für Umwelt (BAFU), Abt. Ökonomie, Innovation und Bildung, CH-3003 Bern  
Das BAFU ist ein Amt des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK).

### **Auftragnehmer:**

Matthias Hauser, Anwaltskanzlei Matthias Hauser, Freiestrasse 205, CH-8032 Zürich,  
[www.hauserlegal.ch](http://www.hauserlegal.ch)

### **Autor und Autorinnen:**

Matthias Hauser, lic. iur., Rechtsanwalt  
Réka Piskóty, MLaw, LL.M., Doktorandin (Mitverfasserin der Teile Lebenszykluskosten und Innovation, Mitarbeit am gesamten Gutachten)  
unter Mitarbeit von Chiara Skirl, BLaw

### **Begleitung BAFU:**

Ruth Freiermuth Knuchel, Sébastien Nguyen-Bloch und Nathalie Clausen

### **Hinweis:**

Diese Studie wurde im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) verfasst. Für den Inhalt ist allein der Auftragnehmer verantwortlich.

### **Urheberrecht:**

Dieser Text ist urheberrechtlich geschützt. Die Vervielfältigung zu nichtkommerziellen Zwecken ist unter der Voraussetzung erlaubt, dass sie integral, in unveränderter Form und unter Angabe des Autors und der Autorinnen sowie des Auftraggebers erfolgt. Änderungen bedürfen der schriftlichen Zustimmung von Matthias Hauser.

### **Download:**

<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html>

### **Traduction française du résumé:**

Avis de droit , Marchés publics durables, Comparaison entre le droit européen (directives 2014/24/UE et 2014/25/UE) et la législation suisse (LMP et OMP révisées) au regard des conditions et de la marge de manœuvre concernant la passation de marchés publics durables, <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/economie-consommation/droit/avis.html>

### **Traduzione italiana del riassunto:**

Appalti pubblici sostenibili, Confronto tra le direttive UE 2014/24/UE e 2014/25/UE e le nuove LAPub e OAPub in relazione ai requisiti e al margine di manovra per quanto attiene agli appalti pubblici sostenibili, <https://www.bafu.admin.ch/bafu/it/home/temi/economia-consumo/diritto/parere.html>

## Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassung	7
	A. Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung	7
	B. Allgemeine Bemerkungen zur Bedeutung des EU-Vergaberechts für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts	8
	C. Zweck und Grundsätze	8
	1. Allgemeines	8
	2. Transportweg	9
	D. Sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand	11
	E. Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe	13
	F. Eignungskriterien	13
	G. Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien im Allgemeinen	14
	H. Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen	15
	1. Allgemeines	15
	2. Berechnungsmethode	16
	3. Interne LCC	18
	4. Berücksichtigung externer Umweltkosten	18
	5. Externe soziale Kosten	20
	I. Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen	21
	J. Zertifizierungen	22
	K. Label	23
	L. Innovation	23
II.	Ausgangslage, Auftrag, Abgrenzungen	26
	A. Ausgangslage	26
	B. Auftrag	26
	C. Abgrenzungen	27
III.	Vergleichstabelle Bestimmungen zur Nachhaltigkeit im Vergaberecht der EU und der Schweiz	28
	A. Vorbemerkungen zur Vergleichstabelle	28
	B. Vergleichstabelle Bestimmungen zu Nachhaltigkeit	29
IV.	Rechtliche Grundlagen der nachhaltigen Beschaffung in der EU und Relevanz für die Schweiz	49
	A. Allgemeine Bemerkungen	49
	1. Gliederung der Ausführungen	49
	2. Bedeutung der Rechtsprechung zu früheren Fassungen der EU-Vergaberichtlinien	49
	3. Zu den Rechtsprechungsinstanzen der EU und zum Charakter der referierten EuGH-Entscheide	49
	4. Auslegung des EU-Rechts	50
	5. Zur Rechtsvergleichung	51

5.1.	Rechtsvergleichung als Auslegungselement des schweizerischen Beschaffungsrechts	51
5.2.	Gemeinsame Wurzeln im WTO Beschaffungsübereinkommen	53
5.3.	Dienstleistungs-, Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit als primärrechtliche Vorgaben der EU	55
5.4.	Anlehnung des Gesetzesgebers an das EU-Vergaberecht	56
5.5.	Strukturelle Unterschiede der Einbettung des schweizerischen und des europäischen Vergaberechts in den übergeordneten Rechtsrahmen	56
B.	Zweck und Grundsätze	57
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	57
1.1.	Zur Entstehungsgeschichte der neuen EU-Vergaberichtlinien	57
1.2.	Wichtigste Neuerungen zur Stärkung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung	58
1.3.	Zum zeitlichen Geltungsbereich der Richtlinien	59
1.4.	Art. 18 Abs. 2 VRL	59
1.5.	Vorbehaltene Aufträge (Art. 20 VRL)	61
2.	Rechtsprechung EuGH	61
2.1.	Das Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18)	61
2.2.	Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)	62
2.3.	Das Stadt Braunschweig-Urteil des EuGH vom 20. April 2003 (Rs. C-20/01 und C-28/01)	62
3.	Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	63
3.1.	Grundlegender Anschauungswandel	63
3.2.	Grösserer Spielraum, aber keine Pflicht	63
3.3.	Balance zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitszielen	64
3.4.	Transportweg	65
4.	Schweizerisches Vergaberecht	66
4.1.	Ausrichtung des neuen schweizerischen Vergaberechts	66
4.2.	Realien für die Schweiz	68
4.3.	Nachhaltigkeit in der Bundesverfassung	68
4.4.	Nachhaltigkeitsbegriff im BöB	68
4.5.	Begriff der natürlichen Ressourcen und des Umweltschutzes im GPA	69
4.6.	Missbrauchsanfälligkeit	70
4.7.	Transportweg	71
C.	Verbindung zum Beschaffungsgegenstand	73
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	73
2.	Rechtsprechung EuGH	74
2.1.	Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)	74
2.2.	Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)	75
2.3.	Das Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99)	76
3.	Weitere Rechtsprechung zum EU-Vergaberecht	76
3.1.	Das Evropaiki Dynamiki-Urteil des EuG vom 8. Juli 2010 (Rs. T-331/06)	76
3.2.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015	77
4.	Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	77
5.	Schweizerisches Vergaberecht	80
D.	Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe	83
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	83
2.	Rechtsprechung EuGH	84

2.1.	Das Lavorgna-Urteil des EuGH vom 2. Mai 2019 (Rs. 309/18)	84
2.2.	Das Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18)	84
2.3.	Der EuGH-Beschluss Spinosa Costruzioni vom 10. November 2016 (Rs. C-162/16)	85
2.4.	Das RegioPost-Urteil des EuGH vom 17. November 2015 (Rs. C-115/14)	86
2.5.	Das Bundesdruckerei-Urteil des EuGH vom 18. September 2014 (Rs. C-549/13)	87
2.6.	Das Ruffert-Urteil des EuGH vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06)	88
3.	Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	89
4.	Schweizerisches Vergaberecht	89
E.	Eignungskriterien	93
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	93
2.	Rechtsprechung EuGH	93
2.1.	Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)	93
2.2.	Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)	94
2.3.	Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. 31/87)	94
3.	Weitere Rechtsprechung zum EU-Vergaberecht	95
3.1.	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015	95
4.	Schweizerisches Vergaberecht	95
F.	Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien im Allgemeinen	96
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	96
2.	Rechtsprechung EuGH	98
2.1.	Das Montte-Urteil des EuGH vom 20. September 2018 (Rs. 546/16)	98
2.2.	Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)	98
2.3.	Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)	99
2.4.	Das Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99)	101
2.5.	Das Nord-Pas-de-Calais-Urteil des EuGH vom 26. September 2000 (Rs. C-225/98)	101
2.6.	Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. C-31/87)	101
3.	Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	102
4.	Schweizerisches Vergaberecht	104
G.	Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen	107
1.	Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	107
2.	Rechtsprechung EuGH	108
3.	Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	108
3.1.	Begriff der Lebenszykluskosten und ihre Berücksichtigung beim Zuschlagsentscheid	108
3.2.	Berechnungsmethoden	110
3.3.	Interne LCC	114
3.4.	Berücksichtigung externer Kosten der Umweltbelastung	115
3.5.	Externe soziale Kosten	117
4.	Schweizerisches Vergaberecht	118
4.1.	Allgemeines	118
4.2.	Bekanntgabe der Berechnungsmethode im Allgemeinen	120
4.3.	Berücksichtigung externer Umweltkosten	121
4.4.	Berechnungsmethode	122

H. Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen	125
1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	125
1.1. Begriffe und Überblick über die Regelungen	125
1.2. Technische Spezifikationen	125
1.3. Ausführungsbedingungen	126
2. Rechtsprechung EuGH	126
2.1. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)	126
2.2. Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)	127
2.3. Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. C-31/87)	129
3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	129
3.1. Technische Spezifikationen	129
3.2. Ausführungsbedingungen	131
4. Leistungsumschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen im schweizerischen Vergaberecht	133
I. Zertifizierungen	137
1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	137
2. Rechtsprechung EuGH	138
2.1. Das Evropaiki Dynamiki-Urteil des EuG vom 8. Juli 2010 (Rs. T-331/06)	138
3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	139
4. Zertifizierungen im schweizerischen Vergaberecht	139
J. Labels	140
1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	140
2. Rechtsprechung EuGH	142
2.1. Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)	142
3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	142
4. Schweizerisches Vergaberecht	144
K. Innovation	147
1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU	147
2. Rechtsprechung EuGH	148
2.1. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)	148
3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht	148
4. Innovation im schweizerischen Vergaberecht	150
Anhang	154
A. Abkürzungsverzeichnis	154
B. Literaturverzeichnis	157
C. Verzeichnis der Gesetzesmaterialien und Behördendokumente	165
1. Schweizerisches Recht	165
2. Internationale Abkommen	166
3. Rechtsgrundlagen EU	167
4. EuGH Rechtsprechung	167
5. Weitere Urteile	168
6. Materialien und Behördendokumente zum europäischen Recht	168

# I. Zusammenfassung

## A. Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung

- 1 Die Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Zielen bei der öffentlichen Beschaffung hatte in der Schweiz unter dem bisherigen Beschaffungsrecht einen eher schweren Stand. Einer der Gründe dafür lag in der verbreiteten Befürchtung, gegen die im nationalen und internationalen Beschaffungsrecht verankerten Wettbewerbsgrundsätze zu verstossen. Auf Bundesebene sind am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019 und die ebenfalls totalrevidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 12. Februar 2020 in Kraft getreten. Der neue Zweckartikel des BöB bringt zum Ausdruck, dass sich das Parlament eine Änderung in der Beschaffungskultur wünscht: weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb. Die Berücksichtigung der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit – soziale Gerechtigkeit, Schutz der Umwelt unter Berücksichtigung der Belastbarkeitsgrenzen sowie Wirtschaftlichkeit – ist dabei ein wesentlicher Bestandteil dieses Qualitätsverständnisses. Auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) wurde weitgehend in Übereinstimmung mit dem BöB revidiert.
- 2 Mit der Revision des BöB hat die Schweiz auch das Government Procurement Agreement (GPA) 2012<sup>1</sup> der WTO formell ratifiziert. Auch dieses anerkennt, dass die Nachhaltigkeit ein wichtiges Thema der öffentlichen Beschaffung ist. In der EU hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits früh wichtige Entscheide zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte in der öffentlichen Beschaffung gefällt. Mit den im Jahr 2014 verabschiedeten Richtlinien 2014/24/EU (VRL)<sup>2</sup> und 2014/25/EU (SRL)<sup>3</sup> hat die EU einen Referenzrahmen für die Mitgliedstaaten der EU gelegt, welcher die nachhaltige Beschaffung begünstigt und in verschiedenen Punkten detaillierter regelt. Die EU-Richtlinien werden nun seit mehreren Jahren in den Mitgliedstaaten umgesetzt. Ausserdem besteht zu Themen der Nachhaltigkeit im Beschaffungsrecht eine wegweisende Rechtsprechung des EuGH, welche der Schweiz zusammen mit den Regelungen der Richtlinien und den Stellungnahmen in der Literatur bei der Umsetzung des neuen BöB als Richtschnur dienen können.
- 3 Die vorliegende Arbeit vergleicht die Rechtslage in der EU nach den Richtlinien 2014/24/EU, bzw. 2014/25/EU und in der Schweiz nach dem neuen BöB und der VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung. Dabei werden alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit berücksichtigt werden – die wirtschaftliche Dimension

---

<sup>1</sup> Revidierte Fassung: Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012, SR 0.632.231.422; auch WTO-Beschaffungsübereinkommen).

<sup>2</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>3</sup> Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG.

allerdings nur, soweit sie – etwa im Bereich der Lebenszykluskostenrechnung und der Innovation – Überschneidungen mit der ökologischen oder der sozialen Dimension aufweist. Es wird geprüft, inwiefern Erkenntnisse aus dem EU-Recht für die Auslegung des schweizerischen Vergaberechts relevant sind. Die Bestimmungen der IVöB sind weitgehend identisch mit jenen des BöB, weshalb sie nicht eigens erwähnt werden, ausser bei den wenigen hier behandelten Bestimmungen, die inhaltliche Unterschiede aufweisen.

## **B. Allgemeine Bemerkungen zur Bedeutung des EU-Vergaberechts für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts**

- 4 Das moderne Beschaffungsrecht der Schweiz beruht seit dem Erlass des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 auf der Umsetzung von internationalen Abkommen, namentlich des WTO-Beschaffungsübereinkommens (zunächst vom 15. April 1994, neuerdings in der revidierten Fassung vom 30. März 2012). Später kam das Bilaterale Beschaffungsübereinkommen mit der EU<sup>4</sup> dazu. Von da her scheint es naheliegend, bei der Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts nicht nur die Bestimmungen der Staatsverträge selbst zu berücksichtigen, sondern auch deren Umsetzung durch die EU sowie die diesbezügliche Rechtsprechung. Hierfür spricht auch, dass die sachliche Problemlage oft eine ähnliche ist. Entsprechend haben die schweizerischen Gerichte für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts immer wieder auch das entsprechende EU-Recht einbezogen.
- 5 Gerade in Bezug auf die Stärkung der Möglichkeit, die öffentliche Auftragsvergabe zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen und deshalb ökologische, soziale und beschäftigungspolitische Kriterien zu berücksichtigen, lehnte sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Totalrevision des aBöB an das EU-Recht an. Dementsprechend ist das EU-Vergaberecht bei der Auslegung des BöB, der VöB und auch der IVöB zu berücksichtigen. Dies ist vor allem dort in Betracht zu ziehen, wo im EU-Vergaberecht gleiche oder ähnliche Grundsätze gelten wie im schweizerischen Beschaffungsrecht oder wo es ebenfalls das GPA umsetzt. Wo die Vergaberichtlinien aber eine EU-spezifische Ausgestaltung vornehmen, können daraus auf dem Weg der Auslegung für das schweizerische Vergaberecht kaum zwingende Modalitäten abgeleitet werden.

## **C. Zweck und Grundsätze**

### **1. Allgemeines**

- 6 Der Zweckartikel des BöB (Art. 2 Bst. a BöB) verankert die Nachhaltigkeit ausdrücklich als ein Ziel der öffentlichen Beschaffung und nennt es auf gleicher Stufe wie deren wirtschaftliche Aspekte. Darin drückt sich deutlich aus, dass es dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen war,

---

<sup>4</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, SR 0.172.052.68.

das Beschaffungswesen in die Strategie einer nachhaltigen Entwicklung einzubinden. Die Nachhaltigkeit umfasst wirtschaftliche (volkswirtschaftliche), ökologische und soziale Aspekte. Weiterhin bezweckt das Gesetz den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen. Diese Zwecke und Grundsätze sind auch im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in öffentlichen Beschaffungen zu beachten. Nachhaltigkeitsaspekte dürfen namentlich nicht dazu missbraucht werden, ortsfremde oder ausländische Anbieter zu diskriminieren.

- 7 Die Schweiz folgt mit dem revidierten Beschaffungsrecht in Bezug auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung im Grundsatz und in vielen Punkten der EU, für welche der EuGH schon früh wichtige Entscheide in Bezug auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der öffentlichen Beschaffung getroffen hat. Sodann hat die EU der öffentlichen Auftragsvergabe als marktwirtschaftliches Instrument bei der Umsetzung der Strategie „Europa 2020“ eine Schlüsselrolle u.a. für nachhaltiges Wachstum und die Förderung einer ressourcenschonenden, umweltfreundlicheren und wettbewerbsfähigeren Wirtschaft zugewiesen. Dies setzte sie mit der Revision ihres Vergaberechts im Jahr 2014 um, nachdem zuvor das WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA) revidiert und dabei die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten besser verankert und geklärt worden war. Das EU-Vergaberecht ist wesentlich ausführlicher als das schweizerische und enthält insbesondere auch detaillierte Regelungen über Labels und Lebenszykluskosten. In verschiedenen Fragen kann es für die Auslegung und Anwendung des schweizerischen Vergaberechts eine Hilfestellung bieten.
- 8 Trotz einer markanten Stärkung der Nachhaltigkeitsziele hat das neue Vergaberecht nur wenige Pflichten zu deren Berücksichtigung eingeführt. Solche bestehen namentlich im Zusammenhang mit der Pflicht zur Einhaltung der Bestimmungen über den Umweltschutz sowie den Arbeitsschutz und die Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn bzw. (für Leistungen im Ausland) der acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) sowie gewisser internationaler Umweltabkommen. Im Übrigen liegt es in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeberinnen und ihrer Vergabestellen – und auch in ihrem Ermessen –, in welchem Umfang und auf welche Weise sie Nachhaltigkeitsziele im Beschaffungsrecht umsetzen. Weisungen und Handbücher der Gemeinwesen bzw. ihrer Vergabestellen, aber auch unabhängige Standards können dazu beitragen, einen fundierten Rahmen zu setzen, die Beschaffungsstrategie mit der Nachhaltigkeitsstrategie eines Gemeinwesens zu verbinden und für eine wirkungsvolle Nutzung der vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Förderung der Nachhaltigkeit beizutragen.

## **2. Transportweg**

- 9 Je nach Beschaffungsgegenstand fallen wesentliche Umweltauswirkungen, die mit diesem verbunden sind, auf dem Transportweg an. Die Berücksichtigung der Umweltauswirkungen des Transports wird namentlich deshalb in Frage gestellt, weil damit Nachteile für Anbieter mit

einem weiter entfernten Unternehmensstandort verbunden sind. Objektive Gründe des Umweltschutzes können solche Nachteile aber rechtfertigen, wenn die ökologischen Vergabeanforderungen einen genügenden sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben und mit ihnen in sachgerechter und verhältnismässiger Weise ein Umweltziel verfolgt wird. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der aus den Transport- oder Anfahrtswegen resultierenden Umweltbelastungen. Werden diese Voraussetzungen eingehalten, stellt der Einbezug der Transport- oder Anfahrtswege bzw. der auf diesen verursachten Umweltbelastungen keine verbotene Diskriminierung der weiter entfernt lokalisierten Anbieterinnen dar, auch wenn damit für diese ein Nachteil verbunden ist. Bei der Berücksichtigung der Fahrdistanz besteht eine erhöhte Gefahr der Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen, weshalb bei der Festlegung und Ausgestaltung transportbezogener Kriterien der sachliche Bezug zum Beschaffungsgegenstand und die Verhältnismässigkeit besonders sorgfältig zu prüfen sind.

- 10 Der Vergabestelle kommt zwar ein grosser Spielraum bei der Auswahl der zu berücksichtigenden Umweltbelastungen zu, es ist jedoch nicht zulässig, in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne Umweltaspekte herauszugreifen, die ökologisch untergeordnet sind und sich spezifisch zum Nachteil ortsfremder Anbieterinnen auswirken, während andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht gelassen werden. Anerkannt ist, dass es im Rahmen einer umfassenden Betrachtung der wesentlichen Umweltauswirkungen eines Auftrags zulässig ist, auch die durch die Transportdistanz mitbestimmte Umweltbelastung zu berücksichtigen.
- 11 Das EU-Vergaberecht stellt noch deutlicher als das BöB eine Lebenswegbetrachtung des Beschaffungsgegenstands in den Vordergrund und dazu gehört ausdrücklich auch dessen Transport. Da bei allen Vergabeanforderungen auch die Berücksichtigung von Faktoren zulässig ist, die nicht materielle Bestandteile der Leistungen werden, erweist sich der Einbezug des Transports und der dabei verursachten Umweltbelastung als zulässig. Voraussetzung ist, dass eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand besteht und dass die Anforderung verhältnismässig ist.
- 12 Die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen werden in Bezug auf die Berücksichtigung von Transportentfernungen bzw. der auf dem Transport verursachten Umweltbelastung als besonders heikel betrachtet, weil ihre Nichteinhaltung in einem wesentlichen Punkt grundsätzlich zum Ausschluss des Angebots führt. Deshalb haben sie einen besonders grossen Einfluss auf die Wettbewerbschancen einer Anbieterin. Die Verfügbarkeit eines Standorts in einer gewissen maximalen Distanz und damit die Länge des Transport- oder Anfahrtswegs ist als Eignungskriterium im Sinne der technischen oder organisatorischen Leistungsfähigkeit der Anbieterin grundsätzlich denkbar, wird sich aber unter den Aspekten der Erforderlichkeit, Gleichbehandlung und des Wettbewerbs nur in besonders gelagerten Fällen rechtfertigen.
- 13 In den technischen Spezifikationen können Vorgaben zur Verminderung der Umweltbeeinträchtigungen auf dem Transportweg auf Art. 30 Abs. 4 BöB abgestützt werden. So können

hier beispielsweise ökologische Mindestanforderungen an die zu verwendenden Fahrzeugtypen festgelegt werden, was jedenfalls bei einem transportintensiven Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt erscheint.

- 14 Die als technische Spezifikation oder als Zuschlagskriterium an den Transport gestellte, ökologisch motivierte Anforderung muss geeignet sein, das Umweltziel zu fördern und es darf keine andere weniger handelsbeschränkende Massnahme zu Verfügung stehen, mit der dasselbe Ziel ebenso erreicht werden könnte. Da die mit dem Transport verbundenen Emissionen nicht nur von der Entfernung, sondern namentlich auch von den eingesetzten Fahrzeugen und von organisatorischen Massnahmen abhängen, sind in der Regel nicht die Fahrdistanz, sondern die Umweltbelastung selbst oder aussagekräftige Indikatoren als Anforderung festzulegen. Besonders heikel sind fixe Obergrenzen für die durch den Transport des Beschaffungsgutes verursachten Emissionen (z.B. CO<sub>2</sub>-Ausstoss), denn solche können, wenn sie ohne triftigen Grund festgelegt werden, sowohl innerhalb der Schweiz als auch gegenüber ausländischen Anbieterinnen (letzteres nur im Geltungsbereich des GPA) eine unzulässige indirekte Diskriminierung bedeuten. Kann jedoch die Vergabestelle dartun, dass der Transport eines Gutes über grössere Entfernungen zwangsläufig eine Gefährdung der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit bedeutet, sind entsprechende technische Spezifikationen zulässig. In der Regel ist es vorzuziehen, die Emissionen auf dem Transport in eine Gesamtbetrachtung der wichtigsten Aspekte der ökologischen Nachhaltigkeit des Beschaffungsgegenstands einzubeziehen.

#### **D. Sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand**

- 15 Im schweizerischen Vergaberecht müssen Umwelt- und Sozialkriterien immer einen sachlichen Bezug zur beschafften Leistung haben. Dies gilt sowohl für technische Spezifikationen als auch für Zuschlags- und Eignungskriterien. Diese Voraussetzung ist im EU-Vergaberecht – anders als im BöB – relativ ausführlich geregelt. Verschiedene wesentliche Grundsätze des EU-Rechts sind auch für die Schweiz aussagekräftig, wobei die Offenheit der schweizerischen Regelung einen grösseren Spielraum bei der Umsetzung der vergaberechtlichen Grundsätze öffnet. Beim Vergleich mit dem EU-Recht ist in Bezug auf die technischen Spezifikationen zu beachten, dass diese nur einen Teil der Leistungsbeschreibung bilden. Zu dieser gehören auch weitere Modalitäten, namentlich die in der EU eigens geregelten Ausführungsbedingungen.
- 16 Soziale und ökologische Aspekte können sich nicht nur auf *materielle Eigenschaften* der beschafften Leistung beziehen (energiesparende Fahrzeuge, Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung), sondern auch auf deren *Herstellung* – und dies selbst dann, wenn sie im Produkt nicht sichtbar sind (Fairtrade-Produkte; biologische Produktion von Nahrungsmitteln, Strom aus erneuerbaren Energiequellen). Sie können sich auf jede Phase des Lebenszyklus der beschafften Leistung erstrecken, müssen aber zu dieser einen Bezug aufweisen. Nach der in der EU geltenden Legaldefinition bezeichnet „Lebenszyklus“ alle Stadien, die ein Produkt während seiner Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe

oder der Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Der Lebenszyklus umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und die damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung. Dieses weite Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand ist auch für die Schweiz von Interesse.

- 17 *Herstellungsbezogene ökologische Aspekte* sind als Zuschlagskriterien und als technische Spezifikationen zulässig. *Herstellungsbezogene soziale Aspekte* können jedenfalls als Zuschlagskriterien verwendet werden. Es sprechen aber auch gute Gründe dafür, dass sie auch in den zwingenden Anforderungen der Leistungsumschreibung festgelegt werden können (wobei u.E. nicht so entscheidend ist, ob diese Anforderungen innerhalb der Leistungsumschreibung den technischen Spezifikationen zugeordnet werden).
- 18 Anforderungen, die sich nicht spezifisch auf die Herstellung der beschafften Leistung beziehen, sondern am *Verhalten des Unternehmens insgesamt* (an der allgemeinen Unternehmenspolicy) anknüpfen, waren unter dem bisherigen Beschaffungsrecht nach überwiegender Meinung unzulässig. Man ging davon aus, dass sie einen ungenügenden sachlichen Bezug zur beschafften Leistung aufweisen. Beispiele demnach unzulässiger Kriterien waren ein allgemeines Engagement des Unternehmens in sozialer und ökologischer Hinsicht, die Beschäftigung einer Quote von Langzeitarbeitslosen im gesamten Unternehmen (also losgelöst von der Produktion der beschafften Leistung) oder Geschlechteranteile im Management des Unternehmens. Hingegen gibt es heute unter dem neuen BöB gute Gründe, Anforderungen an das allgemeine Verhalten des Unternehmens insoweit als zulässig zu betrachten, als sich dieses nur schwer von den Herstellungsbedingungen der beschafften Leistung trennen lässt. Insbesondere gilt dies für menschenwürdige und faire Arbeitsbedingungen und die Beachtung der Menschenrechte, welche nicht innerhalb eines Unternehmens oder gar eines Standorts je nach hergestelltem Produkt „teilbar“ sind. Für die Zulässigkeit solcher Kriterien sind u.E. keine höheren Anforderungen zu stellen als bei anderen qualitativen Kriterien, die sich ebenfalls auf das Unternehmen insgesamt beziehen, wie beispielsweise in Bezug auf die Zulässigkeit der Vorgabe eines Qualitätsmanagementsystems. Dafür, dass Kriterien, die sich auf das Unternehmensverhalten beziehen, unter den genannten Voraussetzungen zulässig sind, sprechen auch die Ausführungen in der Botschaft zum BöB, wonach die Beschaffung von Fairtrade-Produkten möglich sein soll. Es scheint deshalb, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass Fairtrade-Labels eingesetzt werden können. Solche setzen oft auch die Einhaltung von gewissen unternehmensweit geltenden Anforderungen voraus, wie dies beispielsweise bei dem in der Schweiz sehr verbreiteten Label Max Havelaar der Fall ist. Anzumerken ist, dass es sich hierbei um eine Auslegungsfrage handelt, die gerichtlich noch nicht geklärt ist.
- 19 Unzulässig sind jedoch, wie sich aus dem EuGH-Urteil Wienstrom ergibt, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen, die sich auf die allgemeine Unternehmenspolicy ausserhalb des Beschaffungsgegenstands beziehen, etwa ob ein Elektrizitätsproduzent die Elektrizität, die er anderen Kunden liefert, ebenfalls aus erneuerbarer Energie herstellt. Unzulässig ist es etwa auch, ein Umweltmanagementzertifikat generell für sämtliche und nicht

nur für umweltsensitiven Aufträge vorzusetzen oder zu verlangen, dass das Produktsortiment der Anbieterin ausschliesslich Fairtrade-Produkte umfasst.

## **E. Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe**

20 Unter Teilnahmebedingungen sind Grundvoraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu verstehen, die für alle Anbieterinnen gelten. Anders als Eignungskriterien sind sie unabhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand. Werden sie nicht eingehalten, schliesst die Auftraggeberin die Anbieterin grundsätzlich aus dem Vergabeverfahren aus oder widerruft den Zuschlag (Art. 44 BöB). Auch Subunternehmerinnen müssen die Teilnahmebedingungen einhalten, was von der Auftraggeberin sicherzustellen ist. Art. 12 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 BöB sowie Art. 4 VöB verlangen, dass Aufträge für im Inland zu erbringende Leistungen nur an Anbieterinnen vergeben werden dürfen, welche die massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Zu den einzuhaltenden Bestimmungen und Bedingungen gehören die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und seiner Ausführungsverordnungen, Gesamt- und Normalarbeitsverträge und, wo solche fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Existiert in einer Branche ein Gesamtarbeitsvertrag, sind die Anbieterinnen zwar nicht verpflichtet, diesem beizutreten, jedoch darf im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge von ihnen dessen Einhaltung in Bezug auf die massgeblichen Arbeitsbedingungen, u.a. auch die vorgesehenen Mindestlöhne, verlangt werden.

21 Für im Ausland zu erbringende Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 zum BöB einhalten. Die Auftraggeberin kann zudem die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern. In Bezug auf den Umweltschutz setzt eine Auftragsvergabe nach Art. 12 Abs. 3 BöB voraus, dass die Anbieterin mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhält. Bei Leistungen, die im Inland zu erbringen sind, gehören dazu die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, sind gemäss Art. 4 Abs. 3 VöB das am Ort der Leistung geltende Umweltrecht sowie die Übereinkommen gemäss Anhang 2 zur VöB massgebend.

## **F. Eignungskriterien**

22 Nach Art. 27 BöB müssen die Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Anbieterinnen in den Ausschreibungsunterlagen abschliessend festgelegt werden. Sie müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein, weshalb sie auftragsspezifisch definiert werden müssen. Dabei kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu. Aus der Voraussetzung der Erforderlichkeit bzw. dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5

Abs. 2 BV folgt, dass die Eignungskriterien den Kreis der möglichen Anbieterinnen nur soweit einschränken dürfen, wie dies mit Blick auf den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist.

- 23 Nachhaltigkeits- oder Umweltschutzkriterien sind im Gesetzestext nicht ausdrücklich als mögliche Eignungskriterien erwähnt. Damit bei einer Vergabe Nachhaltigkeitselemente berücksichtigt werden können, muss ein sachlicher Bezug zum Leistungsgegenstand bestehen. So wird es beispielsweise – unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts und insbesondere von Art. 62 VRL – als zulässig erachtet, bei einem umwelttechnisch anspruchsvollen Bauprojekt eine entsprechende Weiterbildung oder Vertrautheit mit Umweltmanagementsystemen zu fordern.
- 24 Nach dem Max Havelaar-Urteil sind Eignungskriterien unzulässig, die nicht in einem konkreten Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung stehen, sondern nur die allgemeine Geschäftspolitik der Anbieter betreffen. Beispielsweise darf der öffentliche Auftraggeber also nicht verlangen, dass die Anbieterinnen ausschliesslich Produkte aus fairem Handel in ihrem Sortiment führen.

## **G. Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien im Allgemeinen**

- 25 Die in Art. 41 BÖB neu formulierte Regel des Zuschlags an das „vorteilhafteste Angebot“ entspricht grundsätzlich der bisher geltenden Regel des Zuschlags an das „wirtschaftlich günstigste Angebot“, will aber die Qualitätsaspekte hervorheben. Die Bewertung erfolgt anhand der Zuschlagskriterien, die gemäss Art. 29 BÖB festzulegen sind.
- 26 Das in der beispielhaften Aufzählung nun auf Gesetzesstufe verankerte Zuschlagskriterium der „Nachhaltigkeit“ erstreckt sich auf die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Zur Dimension Ökologie gehören die Umweltverträglichkeit sowie die Ressourcenschonung und -effizienz. In Betracht kommen etwa Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen, Energie- und Wasserverbrauch oder Auswirkungen auf die Biodiversität. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Die Dimension Soziales schliesst faire Herstellungsbedingungen und fairen Handel mit ein und ermöglicht es beispielsweise, Fairtrade-Produkte zu beschaffen sowie Vorgaben hinsichtlich Arbeitssicherheit aufzustellen.
- 27 Alle Zuschlagskriterien, auch nachhaltigkeitsbezogene, müssen einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen. Diesbezüglich wurde u.E. der Spielraum erweitert – namentlich bezüglich Fairtrade und Menschenrechte (siehe die Ausführungen in Kapitel IV.C.5, insb. Rz. 167 ff.). Im Baubereich gibt die KBOB Empfehlungen ab, wie wirtschaftliche, umweltrelevante und gesellschaftliche Aspekte vom Standortentscheid über die Projektentwicklung bis hin zur Ausführung und zum Betrieb eines Gebäudes mitberücksichtigt werden können.
- 28 Das EU-Recht kennt eine ähnliche Regelung: Nach Art. 67 Abs. 1 VRL erteilen die öffentlichen Auftraggeber den Zuschlag (immer) auf der Grundlage des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“. Das wirtschaftlich günstigste Angebot kann aufgrund des Preises oder der Kosten (auch

der Lebenszykluskosten) bestimmt werden oder anhand des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, das mittels Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – beurteilt wird. Die Kriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Es ist aber nicht vorausgesetzt, dass die Zuschlagskriterien dem öffentlichen Auftraggeber auch einen direkten Vorteil verschaffen; sie können sich auch auf Allgemeininteressen beziehen, beispielsweise auf den Schutz gefährdeter Tierarten. Art. 67 Abs. 2 Bst. a VRL erwähnt verschiedene Zuschlagskriterien, die besonders im Dienste der Nachhaltigkeit stehen, namentlich: „Zugänglichkeit“ (für Personen mit einer Behinderung), „Design für Alle“ sowie „soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen“. Die Aufzählung ist beispielhaft, also nicht abschliessend.

- 29 Als Beispiele möglicher ökologischer oder sozialer Zuschlagskriterien (und Ausführungsbedingungen) erwähnen die ErwGr. 93 sowie 97-99 VRL: den Druck von Büchern auf Recyclingpapier oder auf Papier aus nachhaltigem Holz, die Kosten ökologischer Externalitäten sowie die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen bzw. von Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen, den Verzicht auf giftige Chemikalien bei der Herstellung, die Verwendung energieeffizienter Maschinen, die Verwendung von Fairtrade-Produkten, Vorschriften über die Anlieferung, Verpackung und die Entsorgung von Produkten, die Abfallreduzierung oder die Ressourceneffizienz. Nachhaltigkeitsbezogene Zuschlagskriterien können sich auch auf den Transport und die dabei verursachten Umweltbelastungen beziehen.
- 30 Als Beispiel eines nicht zulässigen Zuschlagskriteriums wird das Kriterium der Erfüllung einer bestimmten Corporate Social Responsibility Policy genannt. Ebenso werden Zuschlagskriterien als unzulässig betrachtet, die darauf abstellen, ob die Geschlechter im Management gleich vertreten sind, ob benachteiligte Personen einen bestimmten Prozentsatz der Belegschaft ausmachen oder ob die gesamte Produktion in einem Werk bestimmte Umweltziele erfüllt.

## **H. Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen**

### **1. Allgemeines**

- 31 Das Abstellen auf die Lebenszykluskosten anstatt nur auf den Anschaffungspreis entspricht einem Gebot der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit. In vielen Fällen dürfte bereits eine rein finanzielle Lebenswegbetrachtung auch der ökologischen Nachhaltigkeit dienen. Art. 29 Abs. 1 BÖB erwähnt die Lebenszykluskosten nun ausdrücklich als mögliches Zuschlagskriterium, definiert dieses aber nicht näher und stellt keine besonderen Bedingungen für ihre Anwendung auf.
- 32 Die Lebenszykluskosten umfassen die Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten sowie externe Kosten der Umweltbelastung. Zu den Betriebskosten gehören die Nutzungskosten (z.B. der Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten. Für das Begriffsverständnis ist auch die ausführlichere Regelung in der VRL hilfreich:

Gemäss Art. 68 Abs. 1 VRL umfasst die Lebenszykluskostenrechnung alle Kosten, die in den unterschiedlichen Lebenszyklusstadien entstehen. „Lebenszyklus“ bezeichnet nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL alle Stadien, die ein Produkt während seiner Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu den Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Sie umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und die damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung. Die Vergabestellen sind allerdings frei, die Lebenszykluskosten ganz oder teilweise zu berücksichtigen (Art. 68 Abs. 1 VRL). In die Lebenszykluskostenrechnung können sowohl interne Kosten als auch Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, einbezogen werden (Art. 68 Abs. 1 Bst. a und b VRL).

- 33 Den öffentlichen Auftraggebern ist es nach Art. 29 BöB freigestellt, Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium vorzusehen (so auch in der EU nach Art. 67 Abs. 2 VRL). Dies bietet sich besonders dann an, wenn ein bedeutender Teil der Kosten während der Nutzungs- oder Entsorgungsphase anfällt, oder wenn externe Umweltkosten berücksichtigt werden sollen.
- 34 Wird auf die LCC abgestellt, so ist der direkte Anschaffungspreis darin enthalten und darf nicht noch separat berücksichtigt werden (Verbot des Double Counting). In der Schweiz fehlt eine nähere Regelung der Voraussetzungen und Modalitäten der Verwendung von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium. Somit bietet sich die ausführliche Regelung der EU in Art. 67 Abs. 1 sowie insbesondere in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 und Art. 68 VRL als Orientierungsrahmen an.
- 35 Analog zum EU-Vergaberecht ist es auch in der Schweiz möglich, die LCC bei der Beschaffung standardisierter Leistungen als alleiniges Zuschlagskriterium festzulegen, wie dies in Art. 29 Abs. 4 BöB für den Zuschlag nach dem alleinigen Kriterium des Gesamtpreises (IVöB: Preis) vorgesehen ist. Anders als die EU und die IVöB setzt Art. 29 Abs. 4 BöB aber zusätzlich voraus, dass aufgrund der technischen Spezifikation hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind.

## **2. Berechnungsmethode**

- 36 Dem öffentlichen Auftraggeber kommt in Bezug auf die Festlegung der Berechnungsmethode ein *weiter Ermessensspielraum* zu, der sich auch darauf bezieht, welche Phasen des Lebenszyklus und welche externen Umweltkosten er berücksichtigt; dabei können gewisse umweltbelastende Faktoren stärker gewichtet werden als andere.
- 37 Aus den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung ergeben sich Anforderungen an die LCC-Methode und deren vorgängige Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen. Die verwendeten Parameter und etwa die Preise der Umweltbelastung müssen sich sachlich begründen lassen. Entgegen den Ausführungen in der Botschaft ist für den Einbezug von externen Umweltkosten in die Lebenszykluskosten nicht vor auszusetzen, dass diese von einem „zuständigen“ öffentlichen Organ zugelassen werden müssten. Eine solche Ansicht hat keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden und auch die EU kennt in ihrer detaillierten

Regelung keine entsprechende Vorschrift. Die Vergabestellen können allgemein anerkannte Methoden für die Berechnung von Lebenszykluskosten verwenden oder bei Bedarf eigene Methoden entwickeln, wobei diese den genannten Anforderungen genügen müssen.

- 38 Für die Berechnung der Lebenszykluskosten besteht kein generell anwendbares Modell. Da die konkrete Ausgestaltung der Berechnungsmethode von vielen unterschiedlichen Parametern abhängt, sind die Methoden im Einzelnen sehr unterschiedlich. Wo möglich und sinnvoll soll die Vergabestelle – wie es in der Fachliteratur zum EU-Vergaberecht gefordert wird – eine allgemeine Berechnungsmethode verwenden. Besteht eine solche, muss die öffentliche Auftraggeberin sachlich begründen können, wenn sie nicht diese, sondern eine eigene ad-hoc-Methode anwendet.
- 39 Wie in der EU gelten auch in der Schweiz hinsichtlich der Berechnung von Lebenszykluskosten grundsätzlich hohe Ansprüche an die *Transparenz* (vgl. Art. 68 Abs. 2 VRL). Diese muss einerseits den Anforderungen der ex-post-Transparenz genügen, welche die Nachprüfbarkeit der gefällten Vergabeentscheidung sicherstellt. Andererseits muss sie die ex-ante-Transparenz (prospektive Transparenz) gewährleisten, die es den Bietern ermöglicht, ihre Angebote darauf auszurichten und im Vorherein ihre Chancen auf den Zuschlag einzuschätzen. In den Ausschreibungsunterlagen müssen die von den Anbieterinnen bereitzustellenden Daten genannt und die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten beschrieben werden. Es muss ersichtlich sein, welche Aspekte der Lebenszykluskostenrechnung berücksichtigt und wie sie gewichtet werden, ob und welche externen Umweltkosten einfließen und wie die Umweltbelastungen monetarisiert werden. Somit ist u.a. anzugeben, welche Kostenarten (Anschaffungskosten; Nutzungskosten wie z.B. Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen; Wartungskosten; Kosten am Ende der Nutzungsdauer wie Abholungs- und Recyclingkosten) berücksichtigt werden. Falls Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, einbezogen werden, sind auch darüber Angaben zu machen. Optimal wird das Transparenzprinzip umgesetzt, wenn die gesamte Berechnungsmatrix mit allen Faktoren, die in die Lebenszykluskostenrechnung einfließen, den Berechnungsparametern sowie dem Berechnungsweg in die Vergabeunterlagen aufgenommen wird. Zwingend dürfte das aber nur sein, wenn die Anbieter sich sonst mit zumutbarem Aufwand kein genügendes Bild von der LCC-Methode machen können.
- 40 Die Lebenszykluskostenberechnung kann entweder von der Vergabestelle oder der Anbieterin durchgeführt werden. Führt die öffentliche Auftraggeberin die Lebenszykluskostenberechnung durch, benötigt sie dafür bestimmte Informationen der Anbieterin. Ist die Anbieterin für die Berechnung der LCC zuständig, hat sie im Angebot sowohl die erforderlichen Informationen zur Lebenszykluskostenberechnung als auch die kalkulierten Lebenszykluskosten anzugeben. In beiden Fällen hat die Vergabestelle den Anbieterinnen in den Ausschreibungsunterlagen die Methodik und die benötigten Informationen bekannt zu geben.
- 41 Bei den von den Anbietern für die LCC-Berechnung bereitzustellenden Daten kann es sich beispielsweise um den Energieverbrauch oder den Schadstoffausstoss des Beschaffungsgegenstands oder um Angaben zu Instandhaltungsintervallen und zur Rezyklierbarkeit handeln.

Die von der Anbieterin gemachten Angaben müssen verbindlich in den Vertrag integriert werden, da sonst zu unehrlichen Angaben verleitet wird.

- 42 In der EU bestehen verschiedene Tools, mit denen die Lebenszykluskosten berechnet werden können, so etwa durch die von der Europäischen Kommission entwickelten Tools<sup>5</sup>, das SMART SPP Projekt<sup>6</sup>, Tools des deutschen Umwelt Bundesamts<sup>7</sup> und des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie<sup>8</sup>. Auch im Bericht Estevan/Schaefer für die Organisation ICLEI findet sich eine Übersicht zu bereits bestehenden Tools<sup>9</sup>. Bei externen Effekten der Umweltbelastung sind jedoch die Probleme fehlender Daten und Schwierigkeiten der Monetarisierung besonders gross.

### 3. Interne LCC

- 43 Bei internen Kosten handelt es sich um Kosten, die vom öffentlichen Auftraggeber oder anderen Nutzern getragen werden, wie z.B. den Anschaffungs-, Nutzungs-, und Wartungskosten oder den Kosten am Ende der Nutzungsdauer (vgl. für das EU-Recht Art. 68 Abs. 1 Bst. a VRL). Es sind nur jene internen Kosten zu berücksichtigen, die sich erst nach Erwerb des Beschaffungsgegenstands realisieren und damit nicht bei der Anbieterin anfallen. Daher sollte zuvor identifiziert werden, welche Positionen bereits vom Anschaffungspreis umfasst werden, wie z.B. die Lieferung und die Montage, damit diese nicht nochmals in der Lebenszykluskostenanalyse Berücksichtigung finden (Verbot des sogenannten Double Counting).
- 44 Werden die Lebenszykluskosten zusätzlich zu qualitativen Kriterien zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses verwendet, so ist derselbe Gesichtspunkt nicht mehr als einmal für den Zuschlag heranzuziehen. Wenn z.B. eine Lebenszykluskostenanalyse u.a. die Elektrizitätskosten einbezieht, sollten niedrige Elektrizitätskosten nicht nochmals als qualitatives Kriterium berücksichtigt werden.

### 4. Berücksichtigung externer Umweltkosten

- 45 Bereits eine rein finanzielle Lebenswegbetrachtung dient nicht nur der wirtschaftlichen, sondern auch der ökologischen Nachhaltigkeit. Der mit dem Kriterium der Lebenszykluskosten verbundene Vorteil für umweltschonende Produkte kommt noch stärker zum Tragen, wenn darin zusätzlich auch die externen Kosten der Umweltbelastung (kurz: externe Umweltkosten) einkalkuliert werden (Environmental Life-Cycle Costing, ELCC). Es handelt sich hierbei um

---

<sup>5</sup> <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (besucht am 19.4.2021); eingehend hierzu HENZEL, S. 100 ff.

<sup>6</sup> <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (besucht am 19.4.2021). Beim SMART SPP Projekt handelt es sich um ein europaweites Projekt, das in der Phase vor einer öffentlichen Ausschreibung innovative Lösungen unter anderem im Bereich der LED-Beleuchtung förderte. Zu diesem Zweck wurde ein Tool geschaffen, mit welchem die Lebenszykluskosten und CO<sub>2</sub>-Emissionen berechnet werden können.

<sup>7</sup> <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (besucht am 19.4.2021).

<sup>8</sup> <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (besucht am 19.4.2021); dazu VON DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, S. 85.

<sup>9</sup> Zum Ganzen ESTEVAN/SCHAEFER, S. 37 ff.

den in Geld ausgewiesenen negativen Wert der Umweltbelastung, der z.B. durch die Produktion oder den Verbrauch entsteht und nicht direkt von Wirtschaftsteilnehmern, die mit dem Produkt zu tun haben, wie z.B. Unternehmen, den Endnutzern oder Behörden, zu übernehmen ist. Hierbei kann es sich etwa um Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels handeln (diese Beispiele werden in Art. 68 Abs. 1 VRL ausdrücklich genannt).

- 46 Die Berücksichtigung von externen Effekten der Umweltbelastung in der Lebenszykluskostenrechnung ist im EU-Vergaberecht ausdrücklich zugelassen (Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL). Ihr Einbezug ist jedoch auch im schweizerischen Beschaffungsrecht zulässig; der Begriff der Lebenszykluskosten ist in diesem weiteren Sinn zu verstehen. In Bezug auf die Zulässigkeit der Berücksichtigung externer Umweltkosten kann darauf verwiesen werden, dass diese auch in der EU schon vor ihrer Verankerung in den Vergaberichtlinien von 2014 als zulässig betrachtet wurden. Das in Art. 29 Abs. 1 BöB erwähnte Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit bildet eine ergänzende Rechtsgrundlage für den Einbezug externer Umweltkosten in die LCC.
- 47 Vorausgesetzt ist, dass die berücksichtigten Kosten der Umweltbelastung mit dem Beschaffungsgegenstand während dessen Lebenszyklus in Verbindung stehen (so ausdrücklich Art. 67 Abs. 2 VRL). Die Vergabestelle kann auch externe Kosten der Umweltbelastung in die LCC einbeziehen, die vor der Anschaffung anfallen – dies im Unterschied zu internen Kosten, die nur einbezogen werden können, soweit sie nach der Anschaffung anfallen. Die Berücksichtigung von externen Umweltauswirkungen in den LCC setzt weiter voraus, dass sie monetarisiert werden. Dies wird im EU-Recht in Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL ausdrücklich erwähnt und durch die Voraussetzung ergänzt, dass der Geldwert geprüft werden kann. Wenn dies nicht gut möglich oder eine andere Gewichtung beabsichtigt ist, als sie im Rahmen der LCC wirksam würde, kann es sinnvoll sein, externe Umwelteffekte statt in den LCC in separaten Kriterien zu berücksichtigen und die betreffenden Umweltauswirkungen nicht in die Lebenszykluskostenrechnung zu integrieren.
- 48 Verlangt eine staatliche Regelung im Sinne eines marktwirtschaftlichen Instruments des Umweltschutzes, dass ein Unternehmen gewisse von ihm verursachte Umweltbelastungen durch den Erwerb von Umweltzertifikaten (handelbare Verschmutzungsrechte) ausgleicht, so erfolgt damit – jedenfalls in der Höhe des Erwerbspreises – eine Internalisierung externer Umweltkosten. Der Betrag, den das Unternehmen für den Erwerb der Umweltzertifikate ausgibt, schlägt sich grundsätzlich im Preis seiner Leistung nieder. In diesem Umfang sind die ursprünglich externen Umweltkosten bereits internalisiert und dürfen in der LCC nicht noch ein zweites Mal als externe Umweltkosten einbezogen werden.
- 49 Da das BöB keine Bestimmung zur Berücksichtigung externer Umweltkosten enthält, kann die Regelung der VRL (vgl. Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 VRL) als Anhaltspunkt dienen. Dies rechtfertigt sich mit Blick darauf, dass das schweizerische Recht in Bezug auf die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und die Transparenz des Verfahrens (Art. 2 Bst. b und c sowie Art. 11 Bst. a und c BöB) ähnliche Zielsetzungen und Grundsätze kennt wie das EU-Recht und auch die Zuschlagsregel nach Art. 41 BöB inhaltlich jener von Art. 67 Abs. 1 VRL entspricht. Gemäss

Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 VRL gelten folgend Anforderungen an die Methode zur Bewertung externer Umweltkosten:

- Sie muss auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien basieren.
- Wurde sie nicht für die wiederholte oder dauerhafte Anwendung entwickelt, so darf sie nicht dazu führen, dass gewisse Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden, auch nicht dadurch, dass inländische Bieter die notwendigen Daten einfacher bereitstellen können als ausländische.
- Sie muss gewährleisten, dass die Offerten objektiv verglichen werden können.
- Sie muss für alle interessierten Parteien zugänglich sein.
- Die geforderten Daten müssen von den Anbieterinnen mit vertretbarem Aufwand bereitgestellt werden können. Welcher Aufwand vertretbar ist, muss im Einzelfall beurteilt werden und hängt namentlich von der Berechnungsmethode sowie dem in Frage stehenden Wirtschaftszweig ab.

50 Es darf davon ausgegangen werden, dass die Berücksichtigung der LCC bei Einhaltung der in Art. 68 VRL aufgestellten Voraussetzungen auch in der Schweiz rechtskonform ist, was nicht heisst, dass alle diese detaillierten Vorschriften auch in der Schweiz zwingend eingehalten werden müssten.

51 Es ist in Anlehnung an das EU-Vergaberecht zu schliessen, dass die Schweizer Vergabestellen eigene Tools entwickeln und verwenden dürfen, um externe Umweltkosten in einer Lebenszykluskostenberechnung zu berücksichtigen. Zuzustimmen ist dem Wunsch nach standardisierten Methoden jedoch insofern, als dies die Verwendbarkeit von LCC als Zuschlagskriterium stark erleichtern und zu dessen Verbreitung beitragen dürfte.

52 Dem öffentlichen Auftraggeber kommt in Bezug auf die Festlegung der Berechnungsmethode ein weiter Ermessensspielraum zu, der sich auch darauf bezieht, welche Phasen des Lebenszyklus und welche externen Umweltkosten er berücksichtigt (letzteres ist im EU-Vergaberecht in Art. 68 Abs. 2 VRL ausdrücklich vorgesehen); dabei können gewisse umweltbelastende Faktoren stärker gewichtet werden als andere. Sowohl die vorgesehene Bewertung der Lebenszykluskosten als auch die ungefähre Gewichtung sind in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen.

## **5. Externe soziale Kosten**

53 Weder das BöB noch die ausführliche Regelung der LCC in der VRL erwähnt externe soziale Kosten. In der Lehre ist umstritten, ob sie Teil einer Lebenszykluskostenanalyse bilden können. Die Bepreisung externer sozialer Kosten ist gegenwärtig jedenfalls auch ökonomisch noch mit vielen Unsicherheiten verbunden. Soziale Überlegungen, die eine Verbindung zum Beschaffungsgegenstand haben, auch solche bezogen auf externe soziale Kosten, können aber jedenfalls ausserhalb der LCC als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden.

## I. Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen

- 54 Die Vergabestelle muss den Beschaffungsgegenstand in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen beschreiben (Art. 35 Bst. c und Art. 36 Bst. b und h BöB). Zu dieser Leistungsbeschreibung gehören die technischen Spezifikationen und die anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen. Unter der Leistungsbeschreibung werden hier alle zwingenden Anforderungen an die zu erbringende Leistung verstanden. Das schweizerische Vergaberecht enthält nur zu den technischen Spezifikationen eine eingehende Regelung (Art. 30 BöB), während das EU-Recht weitere Elemente der Leistungsbeschreibung näher regelt: in Art. 70 VRL die Ausführungsbedingungen sowie in Art. 43 und 44 VRL die Labels, Testberichte, Zertifizierungen und sonstigen Nachweise. Art. 43 und 44 VRL gelten sowohl für die technischen Spezifikationen und die Ausführungsbedingungen als auch für die Zuschlagskriterien. Generell ist die Vergaberichtlinie der EU einiges detaillierter als die Gesetzesbestimmungen des BöB.
- 55 Das BöB versteht den Begriff der technischen Spezifikationen in einem umfassenden Sinn, der auch technische Anforderungen im Sinne von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit einschliesst. Technische Spezifikationen können ausdrücklich auch zur *Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt* vorgesehen werden (Art. 30 Abs. 4 BöB). Zulässig sind auch ökologisch motivierte technische Spezifikationen, die sich auf den *Herstellungsprozess* beziehen, *auch wenn sie im Endprodukt nicht erkennbar sind*. Vorausgesetzt ist, dass sie einen *sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand* aufweisen.
- 56 Sozial motivierte Anforderungen können ohne Weiteres als technische Spezifikationen festgelegt werden, wenn sie sich auf *physische Merkmale* der beschafften Leistung bzw. auf deren Nutzung beziehen, wie z.B. behindertengerechte Eigenschaften einer öffentliche Baute, die Barrierefreiheit technischer Geräte bzw. eines „Designs für alle“. U.E. können auch *soziale Aspekte*, die sich *auf die Herstellung beziehen und sich nicht physisch im Produkt niederschlagen*, ebenfalls als technische Spezifikationen festgelegt werden. Beispiele hierfür sind etwa faire Arbeitsbedingungen oder fairer Handel. Dafür spricht, dass solche Produkte auf dem Markt von Produkten unterschieden werden, die diese Anforderungen nicht erfüllen, namentlich wenn sie mit einem entsprechenden Label ausgestattet sind. Es handelt sich dann im Wirtschaftsverkehr um unterschiedliche Produkte und es liegt in der Beschaffungsfreiheit der öffentlichen Auftraggeberin, ob sie solche oder andere Produkte beschaffen will.
- 57 In der EU wird in Nachwirkung des Max Havelaar-Urteils des EuGH die Auffassung vertreten, dass herstellungsbezogene soziale Anforderungen, die sich nicht physisch im Produkt niederschlagen, nicht als Eignungskriterien, sondern als Ausführungsbedingungen zu qualifizieren seien. Dies hat jedoch im EU-Recht hauptsächlich zur Folge, dass darauf weniger restriktive Vorschriften anwendbar sind. Eine Übertragung dieser Überlegungen auf das schweizerische Beschaffungsrecht würde eine Festlegung solcher Kriterien als zwingende Anforderungen nicht ausschliessen – sie wären dann ebenfalls den übrigen Teilen der Leistungsbeschreibung (ausserhalb der technischen Spezifikationen) zuzuordnen. Somit erscheint es in der

Schweiz auch mit Blick auf die Rechtslage in der EU als zulässig, soziale Aspekte der Herstellung eines Produkts als zwingende Anforderung in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

58 Der Vergabebehörde kommt ein *grosses Ermessen* bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands und damit auch der technischen Spezifikationen zu. Zur Frage des Bezugs zum Beschaffungsgegenstands siehe vorn.

59 Die technischen Spezifikationen stehen in einem Spannungsverhältnis zur Förderung eines wirksamen, fairen Wettbewerbs und zur Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen. Deshalb kommt dem *Grundsatz der Nichtdiskriminierung* in Bezug auf die technischen Spezifikationen eine grosse Bedeutung zu. Aufgrund der Regelungen im BöB und im GPA ist aber heute klar, dass technische Spezifikationen nicht bereits deswegen als diskriminierend oder wettbewerbsverzerrend gelten, weil sie sich auf den Herstellungsprozess beziehen und sich im Produkt nicht stofflich niederschlagen.

60 Für Beispiele nachhaltigkeitsbezogener Ausführungsbedingungen kann aufgrund der grossen Ähnlichkeit der dafür geltenden Voraussetzungen zunächst auf die bei den Zuschlagskriterien angeführten Beispiele verwiesen werden. Weitere Beispiele nachhaltigkeitsbezogener Ausführungsbedingungen gemäss dem EU-Recht sind etwa die Lieferung der beschafften Güter mit dem Zug oder mit Elektrofahrzeugen oder besondere Bedingungen zur Abfallentsorgung. Die Erwägungsgründe der VRL anerkennen als Motivation für Ausführungsbedingungen auch die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben, die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, den Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitnehmer, den Umwelt- oder Tierschutz, die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen und die vermehrte Beschäftigung von benachteiligten Personen. Gemäss ErwGr. 88 VRL können öffentliche Auftraggeber verlangen, dass während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmassnahmen oder -regelungen angewandt werden. Ein weiteres Beispiel einer zulässigen herstellungsbezogenen technischen Spezifikation ist eine biologische Produktion von Nahrungsmitteln.

## **J. Zertifizierungen**

61 Die Auftraggeberin kann sich für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte von Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen sowie deren Prüfung auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen. Damit können die Überprüfungsmöglichkeiten und die Bewertungsprozesse vereinfacht werden. Auch für die Kontrolle der Einhaltung von Teilnahmebedingungen – namentlich der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts – können international anerkannte Zertifizierungssysteme eingesetzt werden.

62 In der Botschaft wird ausgeführt, dass stets der Nachweis zugelassen werden müsse, dass ein angebotenes nicht zertifiziertes Produkt gleichwertige Anforderungen einhalte. Könne die

Anbieterin kein Zertifikat vorweisen, habe die Auftraggeberin beispielsweise die Möglichkeit, eine Risikoanalyse durchzuführen und bei Vorliegen eines Risikos (z.B. bei ausländischem Leistungsort) einen Audit durchführen zu lassen. Es versteht sich aber von selbst, dass der damit für die Vergabestelle potentiell entstehende Aufwand unter Umständen hoch ist und ein Hemmnis für die Verwendung von Nachhaltigkeitskriterien bilden kann. Nachdem das EU-Recht alternative Nachweise nur zulässt, wenn sie ebenfalls durch Drittzertifikate gleichwertiger Zertifizierungsstellen ausgestellt sind (Art. 44 Abs. 1 Uabs. 2 VRL), ist davon auszugehen, dass eine solche Lösung mit dem GPA vereinbar ist. In Bezug auf Umweltmanagementsysteme hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festlegen kann, dass sie nur Fremdzertifikate anerkennt und ihr Selbstdeklarationen nicht genügen. Somit dürfte es auch im schweizerischen Vergaberecht zulässig sein, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit von Alternativnachweisen auf Fremdzertifikate gleichwertiger Zertifizierungsstellen beschränkt.

## **K. Label**

- 63 Das neue Beschaffungsrecht enthält weiterhin keine spezifische Regelung für Labels. Labels dürfen, wie schon im bisherigen Vergaberecht, als technische Spezifikationen und als Zuschlagskriterien festgelegt werden. Auch als Eignungskriterien sind sie zulässig, wenn dies sachgerecht ist. Sie können auch als Nachweis für die Einhaltung von Teilnahmebedingungen eingesetzt werden.
- 64 Wie gezeigt wurde, spricht vieles dafür, den auch bei Labels vorausgesetzten Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen und auch Labels zuzulassen, die gewisse Anforderungen an das gesamte Unternehmen enthalten, soweit eine sozial bzw. ökologisch nachhaltige Herstellung der nachgefragten Leistung sich von bestimmten Aspekten des allgemeinen Verhaltens des Unternehmens nicht sinnvoll trennen lässt, wie dies bei der Einhaltung fundamentaler Arbeitsbedingungen oder von Menschenrechten der Fall ist.
- 65 Da es dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers entsprach, die Beschaffung von Fairtrade-Produkten zu ermöglichen, ist anzunehmen, dass er entsprechende Labels zulassen wollte. Dies spricht dafür, den vorausgesetzten Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen. Damit können unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich Labels verlangt und bewertet werden, die auch Anforderungen an das allgemeine Unternehmenshandeln enthalten, wenn dies erforderlich ist, um eine sozialverträgliche und umweltgerechte Herstellung des Beschaffungsgegenstands zu erreichen.
- 66 Beispiele von Labels, die verwendet werden können, sind etwa FSC oder PEFC für nachhaltige Waldbewirtschaftung.

## **L. Innovation**

- 67 Innovation wird im BöB an zwei Stellen ausdrücklich angesprochen: Art. 29 Abs. 1 zählt den Innovationsgehalt als ein mögliches Zuschlagskriterium auf und Art. 24 Abs. 1 erwähnt die

„Beschaffung innovativer Leistungen“ als eine von drei alternativen Voraussetzungen für die Durchführung eines Dialogs. Mit dem Zuschlagskriterium Innovationsgehalt wird dem Umstand Rechnung getragen, dass innovative und ressourcenschonende Technologien langfristig wirtschaftlicher sind. Die Innovationskraft wird somit als Element der Wirtschaftlichkeit verstanden und dient insofern dem wirtschaftlichen Aspekt der Nachhaltigkeit. Darüber hinaus kommt der Innovation auch eine wichtige Rolle dabei zu, auf ökologische und soziale Herausforderungen zu antworten.

- 68 Weder das BöB noch die Botschaft definieren, was unter Innovationsgehalt als Zuschlagskriterium zu verstehen und wie dieses zu bewerten ist. Für die Umschreibung des vergaberechtlichen Begriffs der Innovation erscheint die Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL hilfreich, wonach unter Innovation die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren zu verstehen ist. Dazu gehören neue Produktions-, Bau- und Konstruktionsverfahren, Vermarktungsmethoden, Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen. Hierunter fallen nicht nur technische Innovationen, sondern z.B. auch neuartige oder wesentlich verbesserte Lösungsansätze. Ebenfalls können Produkte als innovativ gelten, wenn sie noch keinen Zugang zum Markt gefunden haben oder wenn sie noch nicht ausreichend auf dem Markt vertreten sind. Beispiele aus der Praxis, in welchen Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen erfolgreich gefördert wurden, umfassen etwa sozial und ökologisch innovative Arbeitsweisen, ökologisch innovatives Material oder innovative Technologie. Innovative Eigenschaften im Sinne der VRL zeichnen sich dadurch aus, dass sie sinnvoll und nützlich sind. Sie bewirken eine Vereinfachung, Verbesserung oder gesteigerte Effizienz oder ermöglichen die Bewältigung neuartiger Aufgaben. Im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums können z.B. gewisse Vorteile einer Offerte berücksichtigt werden, die den aktuellen Marktstandard übertreffen. Innovative Eigenschaften können sich mit ökologischen und sozialen Kriterien überschneiden, denn diese können sich ebenfalls auf Innovationen erstrecken.
- 69 Mit der Förderung der Innovation will das EU-Vergaberecht u.a. das Ziel verfolgen, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen. Aber wie aus dem schweizerischen Vergaberecht lassen sich auch aus dem EU-Vergaberecht keine klaren Anhaltspunkte ableiten, auf welche Weise das Kriterium Innovationsgehalt umgesetzt und bewertet werden soll.
- 70 Innovationen können wohl besser mithilfe anderer Zuschlagskriterien, wie z.B. Lebenszykluskosten, der Ressourcenschonung sowie mittels anderer Instrumente gefördert werden, wie z.B. durch funktionale Ausschreibungen, die Zulassung von Varianten, Wettbewerbe und Studienaufträge sowie den Dialog. Bedauerlich ist, dass das BöB einen gesetzlichen Zwang vorsieht, neben der Variante auch ein Grundangebot nach Massgabe der Ausschreibung einzureichen, was innovationshemmend wirkt. Die Chancen, dass eine innovative Offerte die Auftragserteilung erhält, werden ausserdem massgeblich durch das Zuschlagskriterium der *Lebenszykluskosten* erhöht, denn innovative Lösungen haben häufig einen höheren Anschaffungs- oder Erstellungspreis, können jedoch über den gesamten Lebenszyklus betrachtet

günstiger kommen. Das zeigt sich etwa bei Minergie-Häusern. Schliesslich kann sich auch der Rahmenvertrag (Art. 25 BöB) hinsichtlich Innovationen als zweckmässig erweisen.

- 71 In der EU erlaubt die Innovationspartnerschaft die Vergabe eines Auftrags zur Entwicklung eines innovativen Produkts, welches auf dem Markt noch nicht verfügbar ist, mit dem anschliessenden Erwerb solcher Produkte in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden (Art. 31 VRL). Das schweizerische Recht kennt dieses Instrument nicht, es weist jedoch gewisse Ähnlichkeiten mit der in Art. 21 Abs. 2 Bst. f BöB vorgesehenen Möglichkeit auf, Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, freihändig zu beschaffen. Allerdings erlaubt es Art. 21 BöB nicht, einen Forschungsauftrag mit der Beschaffung des entwickelten Produkts in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden.
- 72 Schliesslich verdient ErwGr. 74 VRL, welcher im EuGH-Urteil Roche Lietuva zitiert wird, auch für die Vergabepaxis der Schweiz Beachtung. Danach müssen die technischen Spezifikationen erlauben, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen und Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Zu diesem Zweck sollte es möglich sein, Angebote einzureichen, die die Diversität der technischen Lösungen, Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln.

## II. Ausgangslage, Auftrag, Abgrenzungen

### A. Ausgangslage

- 73 Die Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Zielen bei der öffentlichen Beschaffung hatte in der Schweiz unter dem bisherigen Beschaffungsrecht einen eher schweren Stand. Einer der Gründe dafür lag in der verbreiteten Befürchtung, gegen die im nationalen und internationalen Beschaffungsrecht verankerten Wettbewerbsgrundsätze zu verstossen<sup>10</sup>.
- 74 National- und Ständerat haben die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) am 21. Juni 2019 einstimmig verabschiedet und am 12. Februar 2020 hat der Bundesrat die revidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) gutgeheissen. Die beiden revidierten Erlasse traten am 1. Januar 2021 in Kraft. Der neue Zweckartikel des BöB bringt zum Ausdruck, dass sich das Parlament eine Änderung in der Beschaffungskultur wünscht: weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb<sup>11</sup>. Die Berücksichtigung der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit – soziale Gerechtigkeit, Schutz der Umwelt unter Berücksichtigung der Belastbarkeitsgrenzen und Wirtschaftlichkeit – ist dabei ein wesentlicher Bestandteil dieses Qualitätsverständnisses.
- 75 Mit der Revision des BöB hat die Schweiz auch das Government Procurement Agreement (GPA) 2012 der WTO ratifiziert. Auch das GPA 2012 anerkennt, dass die Nachhaltigkeit ein wichtiges Thema der öffentlichen Beschaffung ist. In der EU hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits früh wichtige Entscheide zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte in der öffentlichen Beschaffung gefällt. Mit den im Jahr 2014 verabschiedeten Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU hat die EU einen Referenzrahmen für die Mitgliedstaaten der EU gelegt, welcher die nachhaltige Beschaffung begünstigt und in verschiedenen Punkten detaillierter regelt. Die EU-Richtlinien werden nun seit mehreren Jahren in den Mitgliedstaaten umgesetzt. Ausserdem besteht zu Themen der Nachhaltigkeit im Beschaffungsrecht eine wegweisende Rechtsprechung des EuGH, welche der Schweiz zusammen mit den Regelungen der Richtlinien und den Stellungnahmen in der Literatur bei der Umsetzung des neuen BöB als Richtschnur dienen können.

### B. Auftrag

- 76 Die Abteilung Recht und die Fachstelle ökologische öffentliche Beschaffung des BAFU wollen den Beschaffungsverantwortlichen beim Bund sowie den Kantonen und Gemeinden mit dem Rechtsvergleich Handlungsspielräume aufzeigen und so die Entwicklung der neuen Vergabep Praxis stärken.

---

<sup>10</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 3.

<sup>11</sup> DE ROSSA/DAVID, Rz. 26; MÜLLER, Handkommentar, Art. 41 N 5; vgl. BEYELER, Harmonie, S. 145. Keinen solchen Paradigmenwechsel sieht hingegen SCHNEIDER HEUSI, Anbieter, S. 33 f.

77 Gegenstand des Gutachtens ist gemäss Ziff. 3.2 des Pflichtenhefts:

*Gegenstand dieses Auftrags ist ein Vergleich der EU Richtlinien 2014/24/EU, bzw. 2014/25/EU und des neuen BöB und der VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung. Dabei sollen alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit berücksichtigt werden. Die wirtschaftliche Dimension nur, soweit sie – etwa im Bereich der Lebenszykluskostenrechnung und der Innovation – Überschneidungen mit der ökologischen oder der sozialen Dimension aufweist.*

*Das Gutachten soll folgenden drei Zielgruppen dienen:*

- 1. Die Bedarfsstellen werden in ihrem Bestreben, Nachhaltigkeit in ihre Bestellungen zu integrieren, bestärkt.*
- 2. Einkäufer können sich beim Formulieren von Nachhaltigkeitskriterien darauf beziehen.*
- 3. Juristische Dienste haben eine Basis für die Argumentation im Falle von Beschwerden.*

*Auf allgemeiner Ebene soll es die Berücksichtigung von Kriterien mit Bezug zu den ökologischen und sozialen Aspekten der Nachhaltigkeit bei Ausschreibungen fördern, indem es den Beschaffern und juristischen Diensten ein gewisses Vertrauen in die Angemessenheit solcher Kriterien gibt. Insbesondere sollte es die Beschaffer bei der Entwicklung von Umweltkriterien in Ausschreibungsverfahren und beim Umgang mit entsprechenden Nachweisen unterstützen.*

## **C. Abgrenzungen**

78 Nicht zur sozialen Nachhaltigkeit gezählt und somit nicht in die Untersuchung einbezogen wird die Regel gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g BöB, wonach Anbieter auszuschliessen sind, die fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlen (analog Art. 57 Abs. 2 VRL).

79 Die Korruptionsbekämpfung kann grundsätzlich auch der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen<sup>12</sup> Dimension der Nachhaltigkeit zugerechnet werden. Korruption und Klientelismus im öffentlichen Beschaffungswesen gelten als Hindernisse für eine effiziente und nachhaltige Entwicklung<sup>13</sup>. Im Rahmen des öffentlichen Beschaffungsrechts erscheint sie eher als eine eigenständige Disziplin, die weitgehend auch getrennte Mittel, namentlich auch verfahrensrechtlicher Art einsetzt, um ihr Ziel zu erreichen. Auf die Korruptionsbekämpfung wird deshalb im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen.

---

<sup>12</sup> DE ROSSA/DAVID, Rz. 30.

<sup>13</sup> ANDERSON/ARROWSMITH, S. 4.

### **III. Vergleichstabelle Bestimmungen zur Nachhaltigkeit im Vergaberecht der EU und der Schweiz**

#### **A. Vorbemerkungen zur Vergleichstabelle**

- 80 Die nachfolgende Tabelle gibt einen vergleichenden Überblick über die nachhaltigkeitsrelevanten Bestimmungen des Beschaffungsrechts der Schweiz (BöB und VöB) sowie der EU (EU Richtlinien 2014/24/EU [VRL] und 2014/25/EU [SRL]). Sie soll eine Übersicht bieten, welche die Unterschiede und Gemeinsamkeiten darstellt. Damit soll der Bezug der zum EU-Recht bestehenden Praxis für Fragen im schweizerischen Vergaberecht erleichtert werden. Für Details und nähere Ausführungen wird auf die Teile 2 und 3 verwiesen. Für die Bestimmungen der Richtlinie 2014/25/EU werden nur die jeweiligen Artikelnummern referenziert, sofern keine wesentlichen inhaltlichen Abweichungen bestehen.
- 81 Die Tabelle berücksichtigt alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit (ökologische, soziale, wirtschaftliche); die wirtschaftliche Dimension nur, soweit sie Überschneidungen mit der ökologischen oder der sozialen Dimension aufweist, namentlich bezüglich der Lebenszykluskosten (LCC) und der Innovation. Sie enthält die für die Nachhaltigkeit der Beschaffung primär relevanten Bestimmungen des BöB und der EU-Vergaberichtlinien. Zahlreiche weitere Bestimmungen (z.B. zu Angaben und Nachweisen über Qualitätsmanagementsysteme, Referenzen, berufliche Befähigungen der Mitarbeitenden) dienen nicht spezifisch einer nachhaltigen Beschaffung, können aber, wie schon im früheren Vergaberecht (aBöB sowie RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG), in den Dienst einer nachhaltigen Beschaffung gestellt werden. Solche Regelungen wurden aus Gründen der Lesbarkeit und der Übersicht nur sehr beschränkt in die nachfolgende Tabelle übernommen. Das Gleiche gilt für Regelungen, die zwar auch im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitszielen beachtet werden, aber primär anderen Zielen des Beschaffungsrechts dienen, wie beispielsweise der Transparenz des Vergabeverfahrens, der Gleichbehandlung der Anbieterinnen oder der Förderung des Wettbewerbs.
- 82 Zur Erleichterung der Orientierung sind in zitierten Texten gewisse Stichworte und Passagen hervorgehoben (die Hervorhebungen finden sich nicht im Original).

## B. Vergleichstabelle Bestimmungen zu Nachhaltigkeit

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
Gesetzeszweck	<p><b>Art. 2 Bst. a BöB</b></p> <p>„Dieses Gesetz bezweckt:</p> <p>a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel; (...)“</p>		
Allgemeine Grundsätze und Teilnahmebedingungen	<p><b>Art. 12 BöB Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts</b></p> <p>„<sup>1</sup> Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche die am Ort der Leistung<sup>14</sup> massgeblichen <b>Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen</b>, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sowie die Bestimmungen über die <b>Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit</b> einhalten.</p> <p><sup>2</sup> Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die <b>Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)</b> nach Massgabe von Anhang 6 einhalten. Die Auftraggeberin kann darüber hinaus die Einhaltung <b>weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards</b> fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.</p> <p><sup>3</sup> Die Auftraggeberin vergibt einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum <b>Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen</b> einhalten; dazu gehören im Inland die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts und im Ausland die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt.</p> <p>(...)“</p>	<p><b>Art. 18 Abs. 2 (Grundsätze der Auftragsvergabe)</b></p> <p>„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden <b>umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen</b> einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten <b>internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften</b> festgelegt sind.“</p> <p><b>Anhang X</b> listet die gm. Art. 18 Abs. 2 einzuhaltenden internationalen Übereinkommen im Sozial- und Umweltrecht auf. Zu den einzuhaltenden internationalen Verpflichtungen vgl. die Themen „internationale Arbeitsstandards als Teilnahmebedingungen“, S. 31, und „Umweltvorschriften bei im Ausland erbrachten Leistungen“, S. 32.</p> <p><b>Art. 56 Abs. 1 Uabs. 2</b></p> <p>„Die öffentlichen Auftraggeber können entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem (...) wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 genügt.“</p>	Art. 36 Abs. 2 und Anhang XIV

<sup>14</sup> Art. 12 Abs. 1 IVöB stellt im Unterschied dazu auf die *im Inland* massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen ab (vgl. Rz. 196).

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p>Zu den einzuhaltenden internationalen Verpflichtungen vgl. die Themen „internationale Arbeitsstandards als Teilnahmebedingungen“, S. 31, und „Umweltvorschriften bei im Ausland erbrachten Leistungen“, S. 32.</p> <p><b>Nachweise:</b> vgl. nachfolgend Thema Nachweise für Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien, S. 33.</p>		
- Überprüfung der Teilnahmebedingungen	<p><b>Art. 12 Abs. 5 und 6 BöB</b></p> <p>„<sup>5</sup> Die Auftraggeberin kann die Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1–3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Für die Durchführung dieser Kontrollen kann die Auftraggeberin der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat die Anbieterin die erforderlichen Nachweise zu erbringen.</p> <p><sup>6</sup> Die mit der Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1–3 befassten Behörden und Kontrollorgane erstatten der Auftraggeberin Bericht über die Ergebnisse der Kontrollen und über allfällige getroffene Massnahmen.“</p>	<p><b>Art. 56 Abs. 1</b></p> <p>„Die Aufträge werden (...) vergeben, sofern der öffentliche Auftraggeber gemäß den Artikeln 59 bis 61 überprüft hat, dass sämtliche nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:</p> <p>a) Das Angebot erfüllt die Anforderungen, Bedingungen und Kriterien, die in der Bekanntmachung oder der Anforderung zur Interessensbestätigung und in den Auftragsunterlagen genannt werden, wobei gegebenenfalls Artikel 45 Rechnung zu tragen ist;</p> <p>b) das Angebot kommt von einem Bieter, der nicht gemäß Artikel 57 ausgeschlossen ist und die vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Artikel 58 genannten Eignungskriterien sowie gegebenenfalls die in Artikel 65 genannten Nichtdiskriminierungsregeln und -kriterien erfüllt.“</p> <p>Die öffentlichen Auftraggeber können entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 genügt.“</p>	<p><b>Art. 76 Abs. 5 und 6</b></p> <p>„<sup>5</sup> Die Auftraggeber überprüfen anhand der in den Artikeln 82 und 84 festgelegten Kriterien und unter Berücksichtigung von Artikel 64, dass die von den ausgewählten Bewerbern eingereichten Angebote den für Angebote und die Vergabe von Aufträgen geltenden Vorschriften und Anforderungen genügen.</p> <p><sup>6</sup> Die Auftraggeber können entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem besten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den einzuhaltenden Verpflichtungen gemäß Artikel 36 Absatz 2 genügt.“</p>
- Lohngleichheit	<p><b>Art. 12 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche (...) die Bestimmungen über die <b>Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit</b> einhalten.“</p> <p><b>Art. 4 Abs. 4 VöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin kann die Durchführung der Kontrollen in Bezug auf die Lohngleichheit insbesondere dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) übertragen. Das EBG bestimmt die Einzelheiten seiner Kontrollen in einer Richtlinie. Die Auftraggeberin kann die Selbstdeklarationen der Anbieterinnen über die Einhaltung der Lohngleichheit dem EBG weiterleiten.“</p>	<p>Die VRL kennt keine entsprechende Regelung; in ErwGr. 98 Abs. 2 wird aber ausgeführt:</p> <p>„Hinter Bedingungen für die Auftragsausführung könnte auch die Absicht stehen, die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben (...) zu begünstigen (...)“</p> <p>Gemäss Art. 18 Abs. 2 VRL i.V.m. Anhang X muss u.a. das (auch im Anhang 6 zum BöB aufgeführte) IAO-Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit eingehalten werden.</p> <p>Siehe sodann: Art. 21 Art. 21 des Richtlinienvorschlags zur Lohntransparenz.</p>	ErwGr. 103 Abs. 2

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
<p>- internationale Arbeitsstandards als Teilnahmebedingungen</p>	<p><b>Art. 12 Abs. 2 BöB</b>  <i>„Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 einhalten. Die Auftraggeberin kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.“</i></p> <p><b>Anhang 6 zum BöB</b> definiert folgende 8 ILO-Übereinkommen als ILO-Kernübereinkommen:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit;</li> <li>2. Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes;</li> <li>3. Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen;</li> <li>4. Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit;</li> <li>5. Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit;</li> <li>6. Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf;</li> <li>7. Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung;</li> <li>8. Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.“</li> </ol>	<p><b>Art. 18 Abs. 2</b>  <i>„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Massnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden <b>umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen</b> einhalten, die durch (...) die in Anhang X aufgeführten <b>internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften</b> festgelegt sind.“</i></p> <p><b>Anhang X</b> führt die gleichen 8 ILO-Kernübereinkommen auf wie Anhang 6 zum BöB:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– „IAO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit;</li> <li>– IAO-Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit;</li> <li>– (...)“</li> </ul>	<p>Art. 36 Abs. 2 und Anhang XIV</p>
	<p><b>Art. 4 Abs. 2 VöB</b>  <i>„Als wesentliche internationale Arbeitsstandards kann die Auftraggeberin neben den Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gemäss Anhang 6 BöB die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der ILO verlangen, soweit die Schweiz sie ratifiziert hat.“</i></p>	<p>Die Aufzählung in Anhang X zur VRL ist abschliessend<sup>15</sup>.</p>	

<sup>15</sup> Siehe Rz. 113.

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
<p>- <b>Umweltvorschriften bei im Ausland erbrachten Leistungen</b></p>	<p><b>Art. 4 Abs. 3 VöB</b>  <i>„Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, sind neben dem am Ort der Leistung geltenden Umweltrecht die Übereinkommen gemäss Anhang 2 massgeblich.“</i></p> <p><b>Anhang 2 zur VöB</b>  <i>„Massgebliche Übereinkommen zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Wiener Übereinkommen vom 22. März 1985 zum Schutz der Ozonschicht und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll vom 16. September 1987 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen;</li> <li>2. Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung;</li> <li>3. Stockholmer Übereinkommen vom 22. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe;</li> <li>4. Rotterdamer Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Innenkenntnissetzung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel;</li> <li>5. Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt;</li> <li>6. Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Mai 1992 über Klimaänderungen;</li> <li>7. Übereinkommen vom 3. März 1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen;</li> <li>8. Übereinkommen vom 13. November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung und die im Rahmen dieses Übereinkommens von der Schweiz ratifizierten acht Protokolle.“</li> </ol>	<p><b>Art. 18 Abs. 2</b>  <i>„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, (...) rechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch (...) die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, (...) rechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“</i></p> <p><b>Anhang X</b> führt folgende 4 Umweltübereinkommen auf:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ozonschicht-Abkommen</li> <li>2. Basler Konvention</li> <li>3. Stockholm-Konvention/POP-Konvention</li> <li>4. PIC Konvention</li> </ol>	<p>Art. 36 Abs. 2 und Anhang XIV</p>
<p>- <b>Einhaltung durch Subunternehmer</b></p>	<p><b>Art. 12 Abs. 4 BöB</b>  <i>„Die Subunternehmerinnen sind verpflichtet, die Anforderungen nach den Absätzen 1–3 einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbieterinnen und den Subunternehmerinnen aufzunehmen.“</i></p>	<p><b>Art. 71 Abs. 1</b>  <i>„Die Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer wird durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ihrer Aufgaben handeln.“</i></p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p><b>Art. 26 Abs. 1 und 2 BöB</b></p> <p>„<sup>1</sup> Die Auftraggeberin stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass die Anbieterin und ihre Subunternehmerinnen die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Artikel 12, erfüllen, die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten.</p> <p><sup>2</sup> Sie kann von der Anbieterin verlangen, dass diese die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration oder der Aufnahme in ein Verzeichnis nachweist.“</p>		
<p><b>Eignungskriterien</b></p>	<p><b>Art. 27 Abs. 1-3 BöB</b></p> <p>„<sup>1</sup> Die Auftraggeberin legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung der Anbieterin abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein.</p> <p><sup>2</sup> Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen.</p> <p><sup>3</sup> Die Auftraggeberin gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.“</p>	<p><b>Art. 58 Abs. 1 Uabs. 1</b></p> <p>„Die Eignungskriterien können Folgendes betreffen:</p> <p>a) Befähigung zur Berufsausübung;</p> <p>b) wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit;</p> <p>c) technische und berufliche Leistungsfähigkeit.“</p> <p>Solche Aspekte können für eine nachhaltige Beschaffung wichtig sein. Art. 58 VRL enthält jedoch keine spezifisch der Nachhaltigkeit dienende Bestimmungen.</p>	<p><b>Art. 78 Abs. 1</b></p> <p>„Die Auftraggeber können objektive Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Bietern oder Bewerbern festlegen, wobei diese Vorschriften und Kriterien den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung stehen müssen.“</p>
<p><b>Nachweise für Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien</b></p>	<p><b>Art. 4 Abs. 4 VöB</b></p> <p>„Um zu prüfen, ob die Anbieterinnen die Teilnahmebedingungen und die Eignungskriterien erfüllen, kann die Auftraggeberin unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags ausgewählte, in Anhang 3 beispielhaft genannte Unterlagen oder Nachweise anfordern.“</p> <p><b>Anhang 3 zur VöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin kann zum Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen und der Eignungskriterien insbesondere Dokumente gemäss der folgenden Liste verlangen:</p> <p>1. Erklärung bzw. Nachweis betreffend die Einhaltung:</p> <p>a. der Bestimmungen über den Arbeitsschutz und der Arbeitsbedingungen,</p> <p>b. der Lohnleichheit von Frau und Mann,</p>	<p><b>Art. 60 Abs. 1</b></p> <p>„<sup>1</sup> Die öffentlichen Auftraggeber können die in den Absätzen 2, 3 und 4 und in Anhang XII genannten Bescheinigungen, Erklärungen und anderen Nachweise als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen gemäß Artikel 57 und für die Erfüllung der Eignungskriterien gemäß Artikel 58 anfordern.</p> <p>Die öffentlichen Auftraggeber verlangen keine weiteren Nachweise als die in diesem Artikel und in Artikel 62 genannten. (...)“</p> <p>Zu Art. 62 (Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement) vgl. Thema Nachweise für Qualitätssicherung und Umweltmanagement, S. 34.</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	c. des Umweltrechts, (...)"	Auszüge aus Anhang XII siehe sogleich Thema Zusätzliche Nachweise für technische Eignungskriterien, S. 34.	
- <b>Zusätzliche Nachweise für technische Eignungskriterien</b>		<p><b>Anhang XII Teil II: Technische Leistungsfähigkeit</b></p> <p>„Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers gemäß Artikel 58 kann wie folgt erbracht werden:</p> <p>(...)</p> <p>d) eine Angabe des Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystems, das dem Wirtschaftsteilnehmer zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht;</p> <p>(...)</p> <p>g) durch Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Wirtschaftsteilnehmer während der Auftragsausführung anwenden kann;</p> <p>(...)"</p>	
- <b>Nachweise für Qualitätssicherung und Umweltmanagement</b>		<p><b>Art. 62 Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement</b></p> <p>„(1) Verlangen die öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer bestimmte Qualitätssicherungsnormen — einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen — erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so nehmen sie auf Qualitätssicherungssysteme Bezug, die den einschlägigen europäischen Normen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen auch andere Nachweise gleichwertiger Qualitätssicherungsmaßnahmen anerkennen, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer die betreffenden Bescheinigungen aus Gründen, die diesem Wirtschaftsteilnehmer nicht angelastet werden können, innerhalb der einschlägigen Fristen nicht erlangen konnte, sofern der Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen den geforderten Qualitätssicherungsnormen entsprechen.</p> <p>(2) Verlangen die öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer bestimmte Systeme oder Normen für das Umweltmanagement erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so nehmen sie auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) der Union oder auf andere Systeme für das Umweltmanagement, die in Artikel 45 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009</p>	Art. 81

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p><i>anerkannt sind, oder auf andere Normen für das Umweltmanagement Bezug, die auf den einschlägigen Europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen.</i></p> <p><i>Wenn ein Wirtschaftsteilnehmer nachweislich keinen Zugang zu den betreffenden Bescheinigungen hatte oder diese aus Gründen, die diesem Wirtschaftsteilnehmer nicht angelastet werden können, innerhalb der einschlägigen Fristen nicht erlangen kann, muss der öffentliche Auftraggeber auch andere Nachweise über Umweltmanagementmaßnahmen anerkennen, sofern der Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass diese Maßnahmen mit jenen, die gemäß dem geltenden System oder den geltenden Normen für das Umweltmanagement erforderlich sind, gleichwertig sind.</i></p> <p>(3) (...)"</p>	
<b>Zuschlagsregel</b>	<p><b>Art. 41 BöB</b>  <i>„Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.“</i></p>	<p><b>Art. 67 Abs. 1</b>  <i>„Die öffentlichen Auftraggeber erteilen (...) den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots.“</i></p>	Art. 82 Abs. 1
<p><b>Zuschlagskriterien</b>  - Grundsatz</p>	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b>  <i>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, <b>Lebenszykluskosten</b>, Ästhetik, <b>Nachhaltigkeit</b>, Plausibilität des Angebots, die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, Verlässlichkeit des Preises, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, <b>Innovationsgehalt</b>, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik.“</i></p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2 und 3</b>  <i>„(2) Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der <b>Lebenszykluskostenrechnung</b> gemäß Artikel 68, und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer, <b>umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte</b> — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. Zu diesen Kriterien kann u. a. Folgendes gehören:</i></p> <p>a) <i>Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmässigkeit, <b>Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;</b></i></p> <p>(...).</p> <p>(3) <i>Zuschlagskriterien stehen mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und <b>in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium</b> auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, einschließlich Faktoren, die zusammenhängen mit</i></p>	Art. 82 Abs. 2 und 3

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p>a) dem spezifischen <b>Prozess der Herstellung</b> oder der Bereitstellung solcher Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder des Handels damit oder</p> <p>b) einem spezifischen <b>Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium</b>,</p> <p><b>auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.</b>“</p>	
- Umweltbezogene Zuschlagskriterien	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...), <b>Nachhaltigkeit</b>, (...).“</p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1</b></p> <p>Zu den möglichen Zuschlagskriterien gehören u.a.:</p> <p>„a) <b>Qualität, einschließlich (...)</b> umweltbezogene Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;“</p> <p>Vgl. auch unten Art. 68 (Einrechnung externer Effekte der Umweltbelastung in LCC).</p>	<p>Art. 82</p> <p>Art. 83 (LCC)</p>
- soziale Zuschlagskriterien	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...), <b>Nachhaltigkeit</b>, (...).“</p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1</b></p> <p>Zu den möglichen Zuschlagskriterien gehören u.a.:</p> <p>„a) <b>Qualität, einschließlich (...)</b> soziale Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;“</p>	<p>Art. 82</p>
- Preis	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem <b>Preis</b> und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...).“</p> <p><b>Art. 29 Abs. 4 BöB</b></p> <p>„Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Gesamtpreises erfolgen, sofern aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind.“</p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2</b></p> <p>„(2) Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des <b>Preises</b> oder der Kosten, (...).“</p>	<p>Art. 82</p>
- Lebenszykluskosten (LCC)	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem</p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2</b></p> <p>„(2) Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt</p>	<p>Art. 83</p>

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p><i>Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...), <b>Lebenszykluskosten</b>, (...)</i>“</p>	<p><i>anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der <b>Lebenszykluskostenrechnung</b> gemäß Artikel 68, (...)</i>“</p> <p><b>Art. 68 Lebenszykluskostenrechnung</b></p> <p>„(1) Soweit relevant, umfasst die Lebenszykluskostenrechnung die folgenden Kosten während des Lebenszyklus eines Produkts, einer Dienstleistung oder Bauleistung ganz oder teilweise:</p> <p>a) von dem öffentlichen Auftraggeber oder anderen Nutzern getragene Kosten, wie:</p> <p>i) Anschaffungskosten,</p> <p>ii) Nutzungskosten, wie z. B. Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen,</p> <p>iii) Wartungskosten,</p> <p>iv) Kosten am Ende der Nutzungsdauer (wie Abholungs- und Recyclingkosten);</p> <p>b) Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Ware, der Dienstleistung oder der Bauleistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.</p> <p>(2) Bewerten die öffentlichen Auftraggeber die Kosten nach dem Lebenszyklus-Kostenansatz, nennen sie in den Auftragsunterlagen die von den Bietern bereitzustellenden Daten und die Methode, die der öffentliche Auftraggeber zur Bestimmung der Lebenszyklus-Kosten auf der Grundlage dieser Daten anwenden wird.</p> <p>Die Methode, die zur Bewertung der externen Umweltkosten angewandt wird, muss folgende Bedingungen erfüllen:</p> <p>a) Sie beruht auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien. Ist die Methode nicht für die wiederholte oder kontinuierliche Anwendung konzipiert worden, so darf sie insbesondere nicht bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise bevorzugen oder benachteiligen;</p> <p>b) sie ist für alle interessierten Parteien zugänglich;</p> <p>c) die geforderten Daten lassen sich von Wirtschaftsteilnehmern, die ihrer Sorgfaltspflicht in normalem Maße nachkommen, einschließlich Wirtschaftsteilnehmern aus Drittstaaten, die dem GPA oder anderen, für die</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p><i>Union bindenden internationalen Übereinkommen beigetreten sind, mit vertretbarem Aufwand bereitstellen.</i></p> <p><i>(3) Für den Fall, dass eine gemeinsame Methode zur Berechnung der Lebenszyklus-Kosten durch einen Rechtsakt der Union verbindlich vorgeschrieben worden ist, findet diese gemeinsame Methode bei der Bewertung der Lebenszyklus-Kosten Anwendung.</i></p> <p><i>Ein Verzeichnis derartiger Rechtsakte und erforderlichenfalls der sie ergänzenden delegierten Rechtsakte ist in Anhang XIII enthalten. Der Kommission wird die Befugnis übertragen, gemäß Artikel 87 delegierte Rechtsakte zur Aktualisierung dieses Verzeichnisses zu erlassen, wenn aufgrund der Annahme neuer Rechtsvorschriften, die eine gemeinsame Methode verbindlich vorschreiben, oder der Aufhebung oder Änderung bestehender Rechtsakte eine Aktualisierung erforderlich ist.“</i></p>	
<p>- Innovation</p>	<p><b>Art. 29 Abs. 1 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (...), <b>Innovationsgehalt</b>, (...“</p> <p>Vgl. zur Innovationsförderung auch das Thema Verfahrensvorschriften zur Innovationsförderung, S. 43.</p>	<p><b>Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1</b></p> <p>Zu den möglichen Zuschlagskriterien gehören u.a.:</p> <p>„a) <b>Qualität, einschließlich (...) innovative Eigenschaften</b> (...)</p> <p>Vgl. zur Innovationsförderung auch das Thema Verfahrensvorschriften zur Innovationsförderung, S. 43.</p>	
<p><b>Technische Spezifikationen, Leistungsumschreibung sowie Ausführungsbedingungen</b></p> <p>- <b>Allgemeine Anforderungen und Bezugnahme auf internationale Normen und technische Vorschriften</b></p>	<p><b>Art. 30 BöB</b></p> <p>„<sup>1</sup> Die Auftraggeberin bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.</p> <p><sup>2</sup> Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen stützt sich die Auftraggeberin, soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen.</p> <p><sup>3</sup> (...“</p> <p><b>Art. X Abs. 9 GPA 2012</b></p> <p>„Die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen aufgestellten Zuschlagskriterien können unter anderem</p>	<p><b>Art. 42 Abs. 3</b></p> <p>„Unbeschadet zwingender nationaler Vorschriften — soweit sie mit dem Unionsrecht vereinbar sind — sind die technischen Spezifikationen auf eine der nachfolgend genannten Arten zu formulieren:</p> <p>a) in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, <b>einschließlich Umweltmerkmalen</b>, sofern die Parameter hinreichend genau sind, um den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und den öffentlichen Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags zu ermöglichen;</p> <p>b) unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen und — in dieser Rangfolge — nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, europäische technische Bewertungen, gemeinsame technische Spezifikationen, internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder — falls sol-</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p>den Preis und andere Kostenfaktoren, die Qualität, technische Argumente, <b>Umweltmerkmale</b> und Lieferbedingungen umfassen.“</p>	<p>che Normen und Spezifikationen fehlen — unter Bezugnahme auf nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauleistungen und den Einsatz von Lieferungen, wobei jede Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen ist;“</p> <p>(Bst. c und d zeigen Misch- und Kombinationsformen von Bst. a und b)</p>	
<p>- <b>Verbot von Markennamen; Gleichwertigkeit</b></p>	<p><b>Art. 30 Abs. 3 BöB</b></p> <p>„Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte «oder gleichwertig» aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen.“</p>	<p><b>Art. 42 Abs. 4</b></p> <p>Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Waren begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nach Absatz 3 nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen.</p>	
<p>- <b>Umweltaspekte und soziale Aspekte</b></p>	<p><b>Art. 30 Abs. 4 BöB</b></p> <p>„Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur <b>Erhaltung der natürlichen Ressourcen</b> oder zum <b>Schutz der Umwelt</b> vorsehen.“</p> <p>Soziale Aspekte sind hier nicht erwähnt (vgl. aber Art. 29 Abs. 4 BöB).</p>	<p><b>Art. 42 Abs. 1 Uabs. 2</b></p> <p>„Diese Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind. (...)“</p> <p><b>Art. 42 Abs. 1 Uabs. 3 und 4</b></p> <p>„Bei jeglicher Beschaffung, die zur Nutzung durch natürliche Personen — ganz gleich, ob durch die Allgemeinheit oder das Personal des öffentlichen Auftraggebers — vorgesehen ist, werden die technischen Spezifikationen — außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen — so erstellt, dass die <b>Zugänglichkeitskriterien für Personen mit Behinderungen</b> oder der Konzeption für alle Nutzer berücksichtigt werden.“</p>	<p>Art. 60 und Anhang VIII</p>

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p>Werden verpflichtende Zugänglichkeitserfordernisse mit einem Rechtsakt der Union erlassen, so müssen die technischen Spezifikationen, soweit die Kriterien der Zugänglichkeit für Personen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer betroffen sind, darauf Bezug nehmen.“</p> <p><b>Art. 42 Abs. 3 Bst. a</b></p> <p>„(...) sind die technischen Spezifikationen auf eine der nachfolgend genannten Arten zu formulieren:</p> <p>a) in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, <b>einschließlich Umweltmerkmalen</b>, sofern die Parameter hinreichend genau sind, um den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und den öffentlichen Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags zu ermöglichen;“</p> <p><b>Anhang VII Ziff. 1</b></p> <p>„ ‚Technische Spezifikation‘ hat eine der folgenden Bedeutungen:</p> <p>a) bei öffentlichen Bauaufträgen die Gesamtheit der insbesondere in den Auftragsunterlagen enthaltenen technischen Beschreibungen, in denen die erforderlichen Eigenschaften eines Werkstoffs, eines Produkts oder einer Lieferung definiert sind, damit dieser/diese den vom öffentlichen Auftraggeber beabsichtigten Zweck erfüllt; zu diesen Eigenschaften gehören <b>Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für Alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen)</b> und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Qualitätssicherungsverfahren, der Terminologie, der Symbole, der Versuchs- und Prüfmethode, der Verpackung, der Kennzeichnung und Beschriftung, der Gebrauchsanleitungen sowie der <b>Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus</b> der Bauleistungen; (...);</p> <p>b) bei öffentlichen Dienstleistungs- oder Lieferaufträgen eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Produkt oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, <b>Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für Alle“ (einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen)</b> und Konformitätsbewertung, Leistung, Vorgaben für Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen des Produkts, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie,</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p><i>Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen, <b>Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus</b> der Lieferung oder der Dienstleistung sowie über Konformitätsbewertungsverfahren;</i>“</p>	
<p>- <b>Bedingungen für die Auftragsbefüllung</b></p>	<p>Bedingungen für die Auftragsbefüllung, wie sie das EU-Recht kennt, sind im schweizerischen Recht in der Regel ein Teil der Leistungsbeschreibung (vgl. nachfolgend Rz. 327).</p>	<p><b>Art. 70 Bedingungen für die Auftragsbefüllung</b>  <i>„Öffentliche Auftraggeber können besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese gemäß Artikel 67 Absatz 3 mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Diese Bedingungen können wirtschaftliche, <b>innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange</b> umfassen.“</i></p>	
<p><b>Zertifizierungen und Nachweise</b></p>	<p><b>Zertifizierungen</b> sind in BöB/VöB nicht ausdrücklich geregelt. Die Voraussetzungen für ihre Verwendung richten sich insbesondere nach den Regeln über die Vergabeanforderungen und die Nachweise. Folgende Bestimmungen können für die Verwendung von Zertifizierungen spezifisch relevant sein (nicht abschliessende Auswahl):</p> <p><b>Art. 12 Abs. 5 BöB (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohnleichheit und des Umweltrechts)</b>  <i>„Die Auftraggeberin kann die Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1–3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Für die Durchführung dieser Kontrollen kann die Auftraggeberin der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat die Anbieterin die erforderlichen Nachweise zu erbringen.“</i></p> <p><b>Art. 26 Abs. 3 BöB (Teilnahmebedingungen)</b>  <i>„Sie gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.“</i></p>	<p><b>Art. 44 Abs. 1 und 2</b>  <i>„(1) Die öffentlichen Auftraggeber können den Wirtschaftsteilnehmern vorschreiben, einen Testbericht einer Konformitätsbewertungsstelle oder eine von dieser ausgegebene Zertifizierung als Nachweis für die Konformität mit den Anforderungen oder Kriterien gemäß den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen beizubringen.</i>  <i>In Fällen, in denen die öffentlichen Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle verlangen, akzeptieren die öffentlichen Auftraggeber auch Zertifikate gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen.</i>  <i>Im Sinne dieses Absatzes ist eine Konformitätsbewertungsstelle eine Stelle, die Konformitätsbewertungstätigkeiten durchführt, wie z. B. Kalibrierung, Versuche, Zertifizierung und Inspektion, und die gemäß der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates <sup>(1)</sup> akkreditiert ist.</i>  <i>(2) Die öffentlichen Auftraggeber akzeptieren auch andere geeignete Nachweise als die in Absatz 1 genannten, wie z. B. ein technisches Dossier des Herstellers, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu den in Absatz 1 genannten Zertifikaten oder Testberichten oder keine Möglichkeit hatte, diese innerhalb der einschlägigen Fristen einzuholen, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer den fehlenden Zugang nicht zu verantworten hat und sofern er anhand dieser Nachweise belegt, dass die von ihm erbrachten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen die in den technischen Spezifikationen,</i></p>	<p>Art. 62</p>

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p><b>Art. 27 Abs. 3 BöB (Eignungskriterien)</b>  <i>„Die Auftraggeberin gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.“</i></p> <p><b>Art. 30 Abs. 2-4 BöB (technische Spezifikationen)</b>  <i>„<sup>2</sup> Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen stützt sich die Auftraggeberin, soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen.“</i></p> <p><i><sup>3</sup> Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte ‚oder gleichwertig‘ aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen.</i></p> <p><i><sup>4</sup> Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.“</i></p> <p><b>Art. 4 Abs. 4 VöB</b>  <i>„Um zu prüfen, ob die Anbieterinnen die Teilnahmebedingungen und die Eignungskriterien erfüllen, kann die Auftraggeberin unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags ausgewählte, in Anhang 3 beispielhaft genannte Unterlagen oder Nachweise anfordern.“</i></p> <p><b>Anhang 3 zur VöB</b>  <i>„Die Auftraggeberin kann zum Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen und der Eignungskriterien insbesondere Dokumente gemäss der folgenden Liste verlangen:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1. Erklärung bzw. Nachweis betreffend die Einhaltung:</i> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>a. der Bestimmungen über den Arbeitsschutz und der Arbeitsbedingungen,</i></li> <li><i>b. der Lohngleichheit von Frau und Mann,</i></li> <li><i>c. des Umweltrechts,</i></li> <li><i>d. der Verhaltensregeln zur Vermeidung von Korruption;</i></li> </ol> </li> </ol> <p><i>(...)“</i></p>	<p><i>den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen festgelegten Anforderungen oder Kriterien erfüllen.“</i></p> <p>Die Bestimmung regelt in Abs. 3 damit im Zusammenhang stehende Informationspflichten der Mitgliedstaaten untereinander.</p> <p>Die Regelung betrifft Produktanforderungen (techn. Spezifikationen), Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen.</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
<b>Labels (Gütezeichen)</b>	<p>Labels sind in BöB/VöB nicht ausdrücklich geregelt. Die Voraussetzungen für ihre Verwendung richten sich insbesondere nach den Regeln über die Vergabeanforderungen und die Nachweise. Folgende Bestimmungen können für die Verwendung von Zertifizierungen spezifisch relevant sein (nicht abschliessende Auswahl):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Art. 26 Abs. 3 BöB i.V.m. Art. 12 Abs. 5 BöB (Teilnahmebedingungen)</li> <li>– Art. 27 Abs. 3 BöB (Eignungskriterien)</li> <li>– Art. 30 Abs. 2–4 BöB (technische Spezifikationen)</li> <li>– Art. 4 Abs. 4 VöB und Anhang 3 zur VöB</li> </ul> <p>Vgl. dazu das Thema „Zertifizierungen und Nachweise“</p>	<p><b>Art. 43 Abs. 1 Uabs. 1 (Gütezeichen)</b></p> <p>„Beabsichtigen öffentliche Auftraggeber den Kauf von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen, so können sie in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür verlangen, dass die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen den geforderten Merkmalen entsprechen, sofern alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) die Gütezeichen-Anforderungen betreffen lediglich Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und für die Bestimmung der Merkmale der Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen geeignet sind, die der Auftragsgegenstand sind;</li> <li>b) die Gütezeichen-Anforderungen basieren auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien;</li> <li>c) die Gütezeichen werden im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt, an dem alle relevanten interessierten Kreise — wie z. B. staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen — teilnehmen können;</li> <li>d) die Gütezeichen sind für alle Betroffenen zugänglich;</li> <li>e) die Anforderungen an die Gütezeichen werden von einem Dritten festgelegt, auf den der Wirtschaftsteilnehmer, der das Gütezeichen beantragt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben kann.“</li> </ul> <p>Die Bestimmung regelt weitere Details.</p> <p>Die Regelung betrifft Produkthanforderungen (techn. Spezifikationen), Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen.</p>	<p>Art. 61</p>
<b>Verfahrensvorschriften zur Innovationsförderung</b>	<p><b>Art. 24 BöB Dialog</b></p> <p>„<sup>1</sup> Bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen kann eine Auftraggeberin im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog durchführen mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen. (...)“</p> <p>Art. 24 Abs. 2-6 BöB sowie Art. 6 VöB regeln weitere Voraussetzungen und die Modalitäten des Dialogs.</p>	<p><b>Art. 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 30 (Wettbewerblicher Dialog)</b></p> <p>Art. 26 Abs. 4 (Wahl der Verfahren)</p> <p>„Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog in den folgenden Fällen anwenden können:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) in Bezug auf Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge, bei denen eines oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllt ist:</li> <li>i) Die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden;</li> </ul>	<p>Art. 44 Abs. 3 i.V.m. Art. 48</p>

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p>ii) die Aufträge umfassen konzeptionelle oder innovative Lösungen;</p> <p>iii) der Auftrag kann aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden;</p> <p>iv) die technischen Spezifikationen können von dem öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine europäische technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne des Anhangs VII Nummern 2 bis 5 erstellt werden;</p> <p>b) in Bezug auf Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge, bei denen im Rahmen eines offenen oder nicht-offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote eingereicht wurden. (...)“</p> <p>Art. 30 Wettbewerblicher Dialog</p> <p>„(1) Bei wettbewerblichen Dialogen kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin einen Teilnahmeantrag übermitteln, indem er die Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt, die von dem öffentlichen Auftraggeber verlangt werden.</p> <p>(...)“</p> <p>Im Übrigen enthält Art. 31 eine ausführliche Regelung dieses Verfahrens.</p> <p><b>Art. 26 Abs. 3 i.V.m. Art. 31 (Innovationspartnerschaften)</b></p> <p>Art. 26 Abs. 3 (Wahl der Verfahren)</p> <p>„Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber Innovationspartnerschaften nach Maßgabe dieser Richtlinie anwenden können.“</p> <p>Art. 31 Innovationspartnerschaften</p> <p>„<sup>1</sup> Bei Innovationspartnerschaften kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin einen Teilnahmeantrag stellen, indem er die Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt, die von dem öffentlichen Auftraggeber verlangt werden.</p> <p>(...)“</p>	

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		Im Übrigen enthält Art. 31 eine ausführliche Regelung dieses Verfahrens.	
- <b>Freihändiges Verfahren zur Beschaffung von Prototypen</b>	<p><b>Art. 21 Abs. 2 Bst. f BöB (Freihändiges Verfahren)</b></p> <p>„<sup>2</sup> Die Auftraggeberin kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:</p> <p>(...)</p> <p>f. Die Auftraggeberin beschafft Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden.“</p>	<p><b>Art. 32 Abs. 3 Bst. a (Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung)</b></p> <p>„(3) Bei öffentlichen Lieferaufträgen kann auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung zurückgegriffen werden:</p> <p>a) wenn es sich um Produkte handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt werden; allerdings dürfen Aufträge, die gemäß diesem Buchstaben vergeben wurden, nicht die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produkts oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten umfassen;“</p>	<p><b>Art. 50 (Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb)</b></p> <p>„Die Auftraggeber können ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb in den folgenden Fällen anwenden:</p> <p>(...)</p> <p>b) wenn ein Auftrag rein den Zwecken von Forschung, Experimenten, Studien oder Entwicklung dient und nicht den Zwecken von Gewinnsicherung oder Abdeckung von Forschungs- und Entwicklungskosten und sofern der Zuschlag dem Zuschlag für Folgeaufträge nicht abträglich ist, die insbesondere diesen Zwecken dienen; (...).“</p>
<b>Ausschlussgründe bei Nichteinhaltung der Nachhaltigkeitsgrundsätze</b>	<p><b>Art. 44 BöB</b></p> <p>Für die nachhaltige Beschaffung sind folgende Ausschlussgründe besonders relevant: Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 2 Bst. a, c und f.</p> <p>„<sup>1</sup> Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschließen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:</p> <p>a. Sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt.</p> <p>b. Die Angebote oder Anträge auf Teilnahme (...) weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab.</p> <p>(...)</p>	<p><b>Art. 56 Abs. 1 Uabs. 2 (fakultativer Ausschluss bei Nichteinhaltung der Nachhaltigkeitsgrundsätze)</b></p> <p>„Die öffentlichen Auftraggeber können entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 genügt.“</p> <p><b>Art. 57 Abs. 1 lit. f (zwingender Ausschluss bei Verurteilung wegen Kinderarbeit oder Menschenhandel)</b></p> <p>„(1) Die öffentlichen Auftraggeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn sie durch eine Überprüfung gemäß den Artikeln 59, 60 und 61 festgestellt haben oder anderweitig davon Kenntnis erlangt haben, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist:</p> <p>(...)</p>	<p><b>Art. 80 in der Richtlinie 2014/24/EU festgelegte Ausschlussgründe und Auswahlkriterien</b></p> <p>„(1) Die objektiven Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Wirtschaftsteilnehmern, die eine Qualifizierung im Rahmen eines Qualifizierungssystems beantragen, und die objektiven Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Bewerbern und Bietern in offenen Verfahren, nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen oder Innovationspartnerschaften können die in Artikel 57 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Ausschlussgründe zu</p>

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p><sup>2</sup> Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:</p> <p>a. Sie haben unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin gemacht. (...)</p> <p>c. Sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen. (...)</p> <p>f. Sie missachten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt.“</p> <p>Anmerkung: Gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g BöB sind Anbieter auszuschliessen, die fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlen (analog Art. 57 Abs. 2 VRL). Diese Bestimmung wird in dieser Arbeit nicht zu den Nachhaltigkeitskriterien gezählt.</p> <p>Alle Ausschlussgründe gemäss Art. 44 sind als Kann-Bestimmungen formuliert; ein Ausschluss erfolgt nur, wenn er verhältnismässig ist<sup>16</sup>.</p>	<p>f) Kinderarbeit und andere Formen des Menschenhandels im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates (<sup>7</sup>).</p> <p>Die Verpflichtung zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers findet auch dann Anwendung, wenn die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Wirtschaftsteilnehmers ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.“</p> <p><b>Art. 57 Abs. 4 Uabs. 1 lit. a (fakultativer Ausschluss bei nachgewiesenem Verstoss gegen Art. 18 Abs. 2)</b></p> <p>„(4) Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden:</p> <p>a) Der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen;“</p> <p><b>Art. 57 Abs. 6 (Nachweis der Zuverlässigkeit trotz Ausschlussgründen)</b></p> <p>„Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindet, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Massnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.“</p> <p>Art. 57 Abs. 4 und 6 enthalten weitere Bestimmungen, die auch auf die obgenannten Ausschlussgründe gemäss Art. 57 Abs. 1 und 4 Anwendung finden.</p>	<p>den dort festgelegten Bedingungen beinhalten.“</p> <p><b>Art. 76 Abs. 6</b></p> <p>„Die Auftraggeber können entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem besten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den einzuhaltenden Verpflichtungen gemäß Artikel 36 Absatz 2 genügt.“</p>
<p>- bei ungewöhnliche niedrigen Angeboten</p>	<p><b>Art. 38 Abs. 3 BöB (Prüfung der Angebote)</b></p> <p>„Geht ein Angebot ein, dessen Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss die Auftraggeberin bei der Anbieterin zweckdienliche</p>	<p><b>Art. 69 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Uabs. 2 (Ungewöhnlich niedrige Angebote)</b></p> <p>„(1) Die öffentlichen Auftraggeber schreiben den Wirtschaftsteilnehmern vor, die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten zu erläutern, wenn diese im Verhältnis</p>	<p>Art. 84 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Uabs. 2</p>

<sup>16</sup> LOCHER, Handkommentar, Art. 44 N 6.

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
	<p><i>Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.“</i></p>	<p>zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen.  (2) Die Erläuterungen im Sinne des Absatzes 1 können sich insbesondere auf Folgendes beziehen:  (...)  d) die Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen;  (...)  (3) (...)  Die öffentlichen Auftraggeber lehnen das Angebot ab, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nicht genügt.  (...)</p>	
<p><b>Ausnahmebestimmungen und Beschränkung des Teilnahmerechts</b></p>	<p><b>Art. 10 Abs. 1 Bst. e BöB</b>  „<sup>1</sup> Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf:  (...)  e. Aufträge an <b>Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten;</b>  (...)</p> <p><b>Art. 10 Abs. 4 Bst. b BöB</b>  „<sup>4</sup> Dieses Gesetz findet sodann keine Anwendung auf öffentliche Aufträge:  (...)  b. soweit dies erforderlich ist zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen oder zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt;  (...)</p> <p>Während die Schweiz solche Konstellationen ganz vom Geltungsbereich ausnimmt, sieht die EU dafür eine Sonderregelung vor.</p>	<p><b>Art. 20 Vorbehaltene Aufträge</b>  „(1) Die Mitgliedstaaten können das Recht zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, vorbehalten oder sie können bestimmen, dass solche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt werden, sofern mindestens 30 % der Arbeitnehmer dieser Werkstätten, Wirtschaftsteilnehmer oder Programme Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer sind.  (2) Im Aufruf zum Wettbewerb wird auf diesen Artikel Bezug genommen.“</p> <p><b>Art. 74-77 (Besondere Beschaffungsregelungen für die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen)</b>  Der Titel III der VRL gewährt den Mitgliedstaaten und deren Beschaffungsstellen in diesem Bereich einen wesentlich grösseren Ermessensspielraum<sup>17</sup>.</p> <p>Art. 76 Abs. 2 (Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen)</p>	<p><b>Art. 38 Abs. 1</b>  (Diese Bestimmung spricht von „Personen aus benachteiligten Gruppen anstatt von „benachteiligten Personen“).</p> <p><b>Art. 91-94</b></p> <p><b>Art. 93 Abs. 2</b></p>

<sup>17</sup> Art. 74 ff. VRL; SUNDSTRAND, Brussels Commentary, Part I, Art. 74 N 11 und 76 N 6.

Thema	BöB/VöB 2019	RL 2014/24/EU (VRL)	RL 2014/25/ EU (SRL)
		<p>„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber der (recte: der) Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie <b>den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen können.</b> Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.“</p>	

## **IV. Rechtliche Grundlagen der nachhaltigen Beschaffung in der EU und Relevanz für die Schweiz**

### **A. Allgemeine Bemerkungen**

#### **1. Gliederung der Ausführungen**

83 Die nachfolgende Darstellung der wichtigsten Elemente der Rechtsprechung der EU zur Nachhaltigkeit im Vergaberecht erfolgt nach Themen geordnet. Dabei werden pro Thema kurz die aktuellen rechtlichen Grundlagen in der EU, wo sinnvoll mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmungen, die wichtigen Urteile aus der Rechtsprechung des EuGH und zentrale Stellungnahmen in der Rechtslehre aufgeführt. Darauf folgend wird die Rechtslage in der Schweiz gemäss dem totalrevidierten BöB<sub>2019</sub> und der VöB<sub>2020</sub> dargestellt und geprüft, inwiefern Erkenntnisse aus dem EU-Recht für die Auslegung des schweizerischen Vergaberechts relevant sind. Die Bestimmungen der IVöB sind weitgehend identisch mit jenen des BöB, weshalb sie nicht eigens erwähnt werden, ausser bei den wenigen hier behandelten Bestimmungen, die inhaltliche Unterschiede aufweisen.

#### **2. Bedeutung der Rechtsprechung zu früheren Fassungen der EU-Vergaberichtlinien**

84 In früheren Jahren ebnete der EuGH mit wegweisenden Entscheiden den Weg für den Einbezug ökologischer und sozialer Überlegungen in die Beschaffungspraxis im Rahmen der damals geltenden EU-Vergaberichtlinien, zeigte aber auch die dabei zu beachtenden Grenzen auf. Wesentliche Teile dieser Rechtsprechung wurden in die heute geltenden EU-Vergaberichtlinien überführt. Seit dem Inkrafttreten der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU sind nur noch relativ wenige Entscheide des EuGH zur nachhaltigen Beschaffung ergangen. Bei diesen geht es primär um die Klärung von Einzelfragen der Anwendung der nachhaltigkeitspezifischen Bestimmungen.

#### **3. Zu den Rechtsprechungsinstanzen der EU und zum Charakter der referierten EuGH-Entscheide**

85 Der „Gerichtshof der Europäischen Union“ gliedert sich in zwei Gerichte<sup>18</sup>:

- Der „Gerichtshof“ (hier auch als EuGH bezeichnet) befasst sich unter anderem mit Anträgen auf Vorabentscheidungen von nationalen Gerichten, bestimmten Nichtigkeitsklagen und Berufungen sowie mit Vertragsverletzungsverfahren.

---

<sup>18</sup> Art. 251 ff. AEUV; Art. 19 EUV; vgl. [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_en); OESCH, Rz. 236.

- Das „Gericht“ (hier auch als EuG bezeichnet) fällt Urteile über Nichtigkeitsklagen von Einzelpersonen, Unternehmen und in manchen Fällen auch EU-Verwaltungen. Es befasst sich also in der Praxis vor allem mit Wettbewerbsrecht, staatlichen Beihilfen, Handel, Landwirtschaft und Handelsmarken.

86 Die meisten Urteile des EuGH, auf die hier verwiesen wird, ergingen im sogenannten Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, bei dem ein nationales Gericht sein Verfahren aussetzt und eine Frage zur Auslegung des EU-Rechts dem EuGH unterbreitet. Auf die Vorlagefrage gibt der EuGH normalerweise eine *abstrakte* Antwort zur Auslegung des EU-Rechts. Zwar berücksichtigt er dabei den rechtlichen und tatsächlichen Rahmen des Ausgangsrechtsstreits, wie ihn das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen dargelegt hat, jedoch wendet er das EU-Recht nicht selbst auf diesen Rechtsstreit an<sup>19</sup>. Andere Fälle, wie beispielsweise das bekannte Max-Havelaar-Urteil und der Nord-Pas-de-Calais-Entscheid sind in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV ergangen.

#### 4. Auslegung des EU-Rechts

87 Das Unionsrecht wird mithilfe der in den nationalen Rechtsordnungen und auch im Völkerrecht üblichen Auslegungsmethoden interpretiert, also mit der grammatikalischen, systematischen, teleologischen und historischen Methode<sup>20</sup>. Der Wortlaut einer Bestimmung stellt den Ausgangspunkt der Auslegung dar<sup>21</sup>, wobei ein Vergleich der gleichermassen verbindlichen sprachlichen Fassungen erforderlich ist<sup>22</sup>. Die teleologische Auslegung ist insbesondere im Bereich des Primärrechts (also namentlich des EUV und des AEUV) von wesentlicher Bedeutung; in diesem Zusammenhang wird auch der Funktionsfähigkeit der Union und dem „effet utile“ Rechnung getragen<sup>23</sup>. Für die Auslegung einer sekundärrechtlichen Bestimmung (also etwa bei den hier interessierenden Richtlinien) steht hingegen deren Wortlaut und Entstehungsgeschichte im Vordergrund<sup>24</sup>. Das Sekundärrecht ist zudem primärrechtskonform auszulegen<sup>25</sup>.

88 Entsprechend Art. 296 Abs. 2 AEUV, der vorsieht, dass Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen sind, verfügen die EU-Richtlinien einleitend über „Erwägungsgründe“. Erwägungsgründe sind zwar nicht rechtsverbindlich<sup>26</sup>, können jedoch dazu dienen, Sinn und Zweck einer sekundärrechtlichen Bestimmung im Rahmen der Auslegung der Bestimmungen zu erläutern<sup>27</sup>. Sie sind mehr als einfache Gesetzesmaterialien und ihre Bedeutung gleicht am ehesten der eines Zweckartikels in der schweizerischen Gesetzgebung, wobei sie allerdings sehr viel

<sup>19</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 43, mit Verweis auf Ziff. 11 der Empfehlungen des Gerichtshofs an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (ABl. 2018, C 257).

<sup>20</sup> OESCH, Rz. 461; EPINEY, § 9 Rz. 11 f.

<sup>21</sup> OESCH, Rz. 463; EPINEY, § 9 Rz. 14.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil CILFIT, Rn. 19.

<sup>23</sup> OESCH, Rz. 463, 470, 472; EPINEY, § 9 Rz. 17 ff.

<sup>24</sup> EPINEY, § 9 Rz. 19.

<sup>25</sup> LEIBLE/DOMRÖSE, § 8 Rz. 1 und 7.

<sup>26</sup> EuGH Urteil vom 19. Juni 2014, Rs. C-345/13, Rz. 31; EuGH Urteil vom 13. September 2018, Rs. C-287/17, Rz. 33; EuGH Urteil vom 24. November 2005, Rs. C-136/04, Rz. 32.

<sup>27</sup> RIESENHUBER, § 10 Rz. 38; KÖNDGEN, § 6 Rz. 51; Nomos-GAITANIDES, EUV, Art. 19 Rz. 45; WEGENER, in: EUV/AEUV-Kommentar, Art. 19 EUV Rz. 16; STEINICKE, Brussels Commentary, Introduction, N 50.

ausführlicher sind<sup>28</sup>. Allerdings darf durch die Berücksichtigung von Erwägungsgründen nicht von Bestimmungen abgewichen oder diese gegen deren Wortlaut ausgelegt werden<sup>29</sup>. Die einfachen Gesetzesmaterialien spielen bei der Auslegung des Sekundärrechts eine Rolle, hingegen kaum beim Primärrecht<sup>30</sup>. Schliesslich gilt es zu erwähnen, dass der EuGH in der Regel seinen früheren Urteilen folgt<sup>31</sup>.

## **5. Zur Rechtsvergleichung**

### **5.1. Rechtsvergleichung als Auslegungselement des schweizerischen Beschaffungsrechts**

89 Das moderne Beschaffungsrecht der Schweiz beruht seit dem Erlass des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>32</sup> und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 auf der Umsetzung von internationalen Abkommen, namentlich des WTO-Beschaffungsübereinkommens (zunächst vom 15. April 1994, neuerdings in der revidierten Fassung vom 30. März 2012). Später kam das Bilaterale Beschaffungsübereinkommen mit der EU (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999<sup>33</sup>) dazu. Weitere internationale Grundlagen bestehen in den revidierten Bestimmungen (insbesondere Art. 37 sowie Anhang R) des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960<sup>34</sup>. Von da her scheint es naheliegend, bei der Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts nicht nur die Bestimmungen der Staatsverträge selbst zu berücksichtigen, sondern auch die zu deren Umsetzung erlassenen gesetzlichen Regelungen in anderen Mitgliedstaaten dieser Staatsverträge sowie die diesbezügliche Rechtsprechung. Hierfür spricht auch, dass die sachliche Problemlage oft eine ähnliche ist.

90 Die rechtsvergleichende Berücksichtigung ausländischen Rechts (also nicht der vorgenannten Staatsverträge, die für die Schweiz verbindlich sind, sondern von gesetzlichen Regelungen und Gerichtsentscheiden in anderen Staaten und in der EU) zur Auslegung des schweizerischen Rechts ist jedoch insofern problematisch, als es sich dabei um „fremde Rechtsnormen“ handelt, die für die Schweiz keinen Rechtsquellencharakter haben. Fremde Rechtsnormen entfalten in der eigenen Rechtsordnung keine Wirkung<sup>35</sup>, können aber zum Verständnis der eigenen Normen beitragen.

---

<sup>28</sup> KÖNDGEN, § 6 Rz. 49 f.

<sup>29</sup> EuGH Urteil vom 19. Juni 2014, Rs. C-345/13, Rz. 31; EuGH Urteil vom 13. September 2018, Rs. C-287/17, Rz. 33; EuGH Urteil vom 24. November 2005, Rs. C-136/04, Rz. 32.

<sup>30</sup> OESCH, Rz. 475 f.; vgl. mit Bezug auf das europäische Privatrecht RIESENHUBER, § 10 Rz. 32.

<sup>31</sup> OESCH, Rz. 465; EPINEY, § 9 Rz. 20.

<sup>32</sup> AS 1996, S. 508.

<sup>33</sup> SR 0.172.052.68.

<sup>34</sup> SR 0.632.31.

<sup>35</sup> RÜTSCHKE, S. 139.

- 91 Besteht über den Inhalt eines Rechtssatzes Unklarheit, so ist sein Sinn durch Auslegung zu ermitteln. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre<sup>36</sup> gelangen mehrere Auslegungsmethoden zur Anwendung: die grammatikalische, die systematische, die historische, die zeitgemässe und die teleologische, wobei nach dem sogenannten Methodenpluralismus<sup>37</sup> keiner der Auslegungsmethoden ein prinzipieller Vorrang zukommt. Die Rechtsvergleichung bildet somit grundsätzlich kein eigenständiges Element der klassischen Auslegungsmethodik. Das Bundesgericht nimmt aber bei der Gesetzesauslegung gelegentlich auf rechtsvergleichende Aspekte Bezug<sup>38</sup>.
- 92 Als Element der Gesetzesauslegung wird die Rechtsvergleichung jedenfalls dort anerkannt, wo das Recht anderer Staaten oder internationaler Organisationen bei der Entstehung des auszulegenden schweizerischen Gesetzes eine Rolle gespielt hat. Dies gilt namentlich, wenn der Gesetzgeber auch auf das Recht anderer Staaten bzw. Organisationen oder eine länderübergreifende Rechtstradition Bezug genommen hat. Die Rechtsvergleichung ist dabei Teil der historischen Auslegung (soweit Normen beigezogen werden, auf die der Gesetzgeber selbst Bezug genommen hat) bzw. der teleologischen Auslegung (soweit der Gesetzgeber eine internationale Rechtsharmonisierung angestrebt hat). Soweit das positive Recht die Berücksichtigung fremden Rechts verlangt, gehört die Rechtsvergleichung zu einem Teil der systematischen Auslegung<sup>39</sup>. Eine europakompatible Auslegung ist auch angezeigt für Gesetze, die inhaltlich durch den autonomen Nachvollzug geprägt sind<sup>40</sup>.
- 93 Im öffentlichen Beschaffungswesen verwendet das Bundesgericht verschiedentlich rechtsvergleichende Auslegungsargumente. BGE 145 II 49 E. 4.4.3 nimmt für die Auslegung des Begriffs der „Aufgaben nicht gewerblicher Art“ Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH zum inhaltlich übereinstimmenden Begriff der Gewerblichkeit<sup>41</sup>. In weiteren Bundesgerichtsentscheiden wurde die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung und Vergleichung ergänzend beigezogen bzw. lediglich „rechtsvergleichend“ auf EU-Recht und Entscheide des EuGH verwiesen, ohne dass diese Bezugnahme begründet wurde<sup>42</sup>. Auch das Bundesverwaltungsgericht erwähnt die Rechtsprechung des EuGH rechtsvergleichend<sup>43</sup>. Desgleichen nehmen verschiedene kantonale Entscheide Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>44</sup>, wobei die Rechtsvergleichung etwa als Inspirationsquelle für die Auslegung des innerstaatlichen Rechts

---

<sup>36</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 214 ff.; HÄFELIN et al., N 90 ff.

<sup>37</sup> BGE 139 V 453 E. 3.2.2.

<sup>38</sup> BGE 143 II 297 E. 6.2.3; in BGE 124 III 266 E. 4 wird die Rechtsvergleichung gar als Auslegungselement in einem Zug mit den vorgenannten Auslegungsmethoden erwähnt.

<sup>39</sup> Vgl. RÜTSCHÉ, S. 139 ff., der im Übrigen die Rechtsvergleichung bei der Gesetzesanwendung der Gesetzesfortbildung, nicht der Gesetzesauslegung zurechnet, sowie OESCH, Rz. 948 ff.

<sup>40</sup> OESCH, Rz. 947.

<sup>41</sup> BGE 145 II 49 E. 4.4.3.

<sup>42</sup> BGE 142 II 369 E. 3.2, 3.3.3.1, 3.4.1; BGE 143 II 425 E. 4.5; BGE 139 II 489 E. 2.2.3.

<sup>43</sup> BVGE 2017 IV/4 E. 4.8, BVGr, 19. Februar 2020, B-5941/2019, E. 3.2, BVGr, 12. Februar 2014, B-1332/2013, E. 3.3.3.2; sowie schon Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 8. Oktober 1998, VPB 63.16 E. 1a.

<sup>44</sup> VGr ZH, 8. April 2009, VB.2008.00194, E. 3.5 m.w.H.; VGr GR, 3. Dezember 2013, U-11-22A, E. 2.e und f.

bezeichnet wird<sup>45</sup>. Es findet sich auch der Gedanke, dass eine gewisse Einheitlichkeit zwischen EU-Recht und dem schweizerischen Beschaffungsrecht zweckmässig sei<sup>46</sup>.

94 Steiner weist als weiteren Grund für die Beachtung des EU-Vergaberechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung darauf hin, dass die EU-Vergaberichtlinien (bzw. die Vorläufer der heute gültigen Richtlinien) viel älter sind als das (auf das BöB<sup>1994</sup> zurückgehende moderne) schweizerische Vergaberecht und dass der EuGH deshalb schon zahlreiche Rechtsprobleme vertiefen konnte. Zudem habe die grosse Fallzahl in der EU dazu geführt, dass zahlreiche Spezialfragen erörtert wurden<sup>47</sup>. Weber/Koch sprechen von einer „soft law“-Wirkung des EU-Vergaberechts<sup>48</sup>.

## 5.2. **Gemeinsame Wurzeln im WTO Beschaffungsübereinkommen**

95 Sowohl das Beschaffungsrecht der Schweiz als auch jenes der EU dienen unter anderem der Umsetzung des WTO-Beschaffungsübereinkommens und haben dessen Rahmen einzuhalten. Das GPA bezweckt die Öffnung der Beschaffungsmärkte zwischen den Vertragsstaaten<sup>49</sup>; im Vordergrund steht ein liberaler und diskriminierungsfreier Marktzugang<sup>50</sup>. Das GPA liess schon in seiner ursprünglichen Fassung von 1994 Nachhaltigkeitsüberlegungen und insbesondere ökologische Vergabekriterien zu<sup>51</sup>. Mit der 2012 beschlossenen Revision des GPA wurden der Umweltschutz und die Erhaltung natürlicher Ressourcen als Vergabekriterien ausdrücklich verankert<sup>52</sup>, womit diesbezügliche Unsicherheiten ausgeräumt wurden<sup>53</sup>. Bisher gab es allerdings keine Rechtsprechung des Streitbeilegungsorgans der WTO zum GPA<sup>2012</sup> und es gibt auch keine Praxis zu nachhaltigen Beschaffungszielen unter dem GPA<sup>1994</sup><sup>54</sup>. Die EU war sowohl bei den Verhandlungen zum GPA 1994 als auch während der Revision 2012 massgeblich beteiligt<sup>55</sup>. Da die Richtlinien der EU die Revision des GPA geprägt haben, wurde das revidierte BöB – die Schweizer Umsetzung des GPA – auf diesem Weg ebenfalls vom Vergaberecht der EU beeinflusst<sup>56</sup>.

96 In der schweizerischen Vergabepaxis und teilweise auch in der Literatur war lange eine Zurückhaltung bei der Berücksichtigung nachhaltiger Beschaffungsziele spürbar, da Unsicherheiten über die Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des GPA bestanden<sup>57</sup>. Nun wird die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten explizit als eine grundsätzlich zulässige Strategie

---

<sup>45</sup> BIAGGINI, Abkommen, Rz. 178.

<sup>46</sup> VGr ZH, 8. April 2009, VB.2008.00194, E. 3.5; BIAGGINI, Abkommen, Rz. 178.

<sup>47</sup> STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 41.

<sup>48</sup> WEBER/KOCH, Rz. 40.

<sup>49</sup> SAXER, Handkommentar, Einführung, N 10; KOCH, WTO Law, S. 71.

<sup>50</sup> TRÜEB, Handkommentar, Art. 2 N 1.

<sup>51</sup> STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 24 ff.; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1416 f.

<sup>52</sup> Art. X:6 und X:9 GPA; KOCH, WTO Law, S. 66 f.; LEDUC, S. 6 f.; SAXER, Handkommentar, Einführung, N 7; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 8.

<sup>53</sup> KOCH, WTO Law, S. 66 f.

<sup>54</sup> Vgl. die Übersicht zur Streitbeilegung der WTO auf [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm), Stand 19.03.2021.

<sup>55</sup> KOCH, WTO Law, S. 114.

<sup>56</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1880 f.; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 10 f.

<sup>57</sup> Vgl. KOCH, WTO Law, S. 2; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 11. Immerhin erwähnte bereits Art. 21 aBöB die „Umweltverträglichkeit“ und (seit der Teilrevision von 2009) Art. 27 aVöB zusätzlich die „Nachhaltigkeit“ als mögliche Zuschlagskriterien – vgl. dazu unten Rz. 242.

des öffentlichen Beschaffungswesens anerkannt<sup>58</sup>. Während die EU aber die Nachhaltigkeitsbestimmungen im Vergleich zum GPA<sub>2012</sub> wesentlich ergänzt hat, kennt das BöB weniger umfangreiche, eher punktuelle Ergänzungen<sup>59</sup>: Nebst dem Zweckartikel (Art. 2 Bst. a BöB) und den Minimalstandards bzw. Teilnahmebedingungen (Art. 12 i.V.m. Art. 26 BöB) sind dies die Erwähnung der Nachhaltigkeit, der Lebenszykluskosten und des Innovationsgehalts als mögliche Zuschlagskriterien, die allerdings nicht näher ausgeführt werden (Art. 29 Abs. 1 BöB, während die entsprechende, ebenfalls nicht abschliessende Aufzählung in Art. X:9 GPA<sub>2012</sub> die Umweltmerkmale erwähnt).

- 97 Sowohl das Beschaffungsrecht der EU als auch dessen mitgliedstaatliche Umsetzung müssen den Anforderungen des GPA genügen, zumal die EU mit Bezug auf ihre Mitgliedstaaten Vertragspartei des GPA ist und diese zwei Drittel der durch das GPA gebundenen Staaten ausmachen<sup>60</sup>. Insgesamt beruhen das öffentliche Beschaffungswesen der EU und das GPA in wesentlichen Teilen auf denselben Werten und Prinzipien<sup>61</sup>. Zudem dient das Vergaberecht der EU auch der Umsetzung des GPA, weshalb davon auszugehen ist, dass es GPA-konform ist<sup>62</sup>. Die Regulierungsdichte des europäischen Vergaberechts geht jedoch über diejenige des GPA hinaus, auch was den Schutz von Bietern anbelangt<sup>63</sup>. Die EU-Vergaberichtlinien selbst gehen davon aus, dass sie mit dem GPA im Einklang stehen: Namentlich werden gemäss ErwGr. 17 VRL die Anforderungen des GPA erfüllt, wenn die Bestimmungen der VRL auf Bieter aus GPA-Vertragsstaaten Anwendung finden. Ausserdem ist das EU-Recht im Einklang mit dem internationalen Recht auszulegen, weshalb die mitgliedstaatlichen Vergabestellen die EU-Vergaberichtlinien GPA-konform anwenden müssen<sup>64</sup>. Aus diesen Gründen kann die Normierung und Anwendung des EU-Vergaberechts als Hilfe für die Auslegung des GPA herangezogen werden<sup>65</sup>, namentlich auch, um den unter dem GPA zulässigen Umfang und die Grenzen einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung zu eruieren<sup>66</sup>. Es wird darauf hingewiesen, dass die Umsetzung des GPA in der EU für die Schweiz auch deshalb relevant ist, weil die WTO-Streitschlichtungsorgane allenfalls auch die Rechtsprechung des EuGH in ihre Erwägungen einbeziehen könnten<sup>67</sup>.
- 98 Schliesslich stellt das Diskriminierungsverbot sowohl für das GPA als auch für die EU und deren Vergaberecht einen wesentlichen Grundsatz dar<sup>68</sup>. Das in Art. 18 AEUV enthaltene Dis-

---

<sup>58</sup> Art. 2 Bst. a BöB.

<sup>59</sup> Vgl. KOCH, WTO Law, S. 214 f.

<sup>60</sup> KOCH, WTO Law, S. 114; vgl. Beck'scher Vergaberechtskommentar-DÖRR, Einleitung GWB N 219. Agreement on Government Procurement, Parties, observers and accessions, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/memobs\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm) (besucht am 31.3.2021).

<sup>61</sup> Vgl. CASAVOLA, S. 295.

<sup>62</sup> KOCH, WTO Law, S. 115; vgl. STEINICKE, Brussels Commentary, Introduction, N 51, S. 27.

<sup>63</sup> KOCH, WTO Law, S. 116.

<sup>64</sup> KOCH, WTO Law, S. 116; Beck'scher Vergaberechtskommentar-DÖRR, Einleitung GWB N 219.

<sup>65</sup> SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 10 f.; STEINER, WTO, S. 6.

<sup>66</sup> Vgl. STEINER, WTO, S. 6.

<sup>67</sup> WEBER/KOCH, Rz. 40.

<sup>68</sup> KOCH, WTO Law, S. 123; siehe insbesondere Art. 18 VRL und Art. 36 RL 2014/25/EU.

kriminierungsverbot geht weiter als dasjenige des GPA, zumal auch die Inländerdiskriminierung verboten ist<sup>69</sup>. Die Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien setzen nicht nur das Diskriminierungsverbot der EU, sondern auch das Diskriminierungsverbot des GPA um und gehen über letzteres hinaus<sup>70</sup>.

### **5.3. Dienstleistungs-, Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit als primärrechtliche Vorgaben der EU**

99 Sollen durch rechtsvergleichende Betrachtungen des EU-Vergaberechts Erkenntnisse für das schweizerische Vergaberecht gewonnen werden, so ist auch der systematische Kontext der jeweiligen Regelungen zu beachten. Deshalb ist nebst der vorerwähnten Absicht zur Umsetzung des WTO-Beschaffungsübereinkommens auch auf die zu beachtenden primärrechtlichen Grundfreiheiten einzugehen. Für das Vergaberecht sind auf der Ebene des AEUV insbesondere die Dienstleistungs-, Warenverkehrs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56, 34 und 49 AEUV) sowie die daraus abgeleiteten Grundsätze wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismässigkeit und Transparenz von grosser Bedeutung. Die EU-Vergaberichtlinien sollen unter anderem gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird<sup>71</sup>.

100 In Bereichen, die auf Unionsebene durch Sekundärrecht (also Richtlinien und Verordnungen) erschöpfend harmonisiert wurden, erfolgt die Beurteilung der Vereinbarkeit nationaler Massnahmen mit dem EU-Recht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH anhand der Bestimmungen des entsprechenden Sekundärrechts und nicht anhand des Primärrechts<sup>72</sup>. Zwar berücksichtigt der EuGH, dass die sekundärrechtlichen Normen der Binnenmarktregelungen nicht gegen das höherrangige Primärrecht verstossen dürfen. Er gesteht den Unionsorganen aber beim Erlass gemeinsamer Regelungen weitergehende Gestaltungsspielräume zu als den Mitgliedstaaten, so dass im Endeffekt die sekundärrechtlichen Bestimmungen die Tragweite der primärrechtlichen Gewährleistungen determinieren und begrenzen können<sup>73</sup>. Dies hat zur Folge, dass primär die Vergaberichtlinien (Sekundärrecht) angewandt werden. Bei deren Auslegung ist aber das EU-Primärrecht zu beachten und dieses kommt auch ergänzend zum Tragen, wo das Sekundärrecht keine abschliessende Regelung enthält<sup>74</sup>. Von grosser Relevanz ist hier vor allem die Dienstleistungsfreiheit<sup>75</sup>. Für das Vergaberecht wichtige primärrechtliche Grundsätze sind auch das Diskriminierungsverbot, der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Transparenzgebot<sup>76</sup>. ErwGr. 37 Abs. 2 VRL betont, dass die Massnahmen der Mitgliedstaaten zur angemessenen Einbeziehung umweltbezogener, sozialer und arbeitsrechtlicher

---

<sup>69</sup> KOCH, WTO Law, S. 124.

<sup>70</sup> KOCH, WTO Law, S. 125 f., 131; vgl. ErwGr. 98.

<sup>71</sup> ErwGr. 1 VRL; vgl. KREUZER, S. 56 f.; ZIEKOW/VÖLLINK, Einleitung, Rn. 11.

<sup>72</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 57, mit Verweis auf die Urteile DaimlerChrysler, Rn. 32, Brzeziński, Rn. 44, und Kommission/Ungarn, Rn. 38.

<sup>73</sup> GERMELMANN, S. 69.

<sup>74</sup> KREUZER, S. 56 f.; vgl. GLASER, S. 51 f.; MOHR, Sozial motivierte Beschaffungen, S. 28.

<sup>75</sup> GLASER, S. 51 f.; MOHR, Sozial motivierte Beschaffungen, S. 28.

<sup>76</sup> KREUZER, S. 57.

Erfordernisse mit den Grundprinzipien des Unionsrechts, insbesondere mit dem Gebot der Gleichbehandlung, im Einklang stehen sollen.

- 101 Ziekow/Völlink bezeichnen ausgehend vom ErwGr. 1 VRL die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb als das zentrale Ziel des sekundärunionsrechtlichen Vergaberechts (also der EU-Vergaberichtlinien)<sup>77</sup>. Sie betonen aber, dass das Ziel eines wettbewerblichen Beschaffungswesens, anders als der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz, nicht geeignet ist, normative Grundsätze zu formulieren, die lückenfüllend herangezogen werden können; es kann aber „auslegungsunterstützend“ berücksichtigt werden<sup>78</sup>.

#### **5.4. Anlehnung des Gesetzesgebers an das EU-Vergaberecht**

- 102 Gerade in Bezug auf die Stärkung der Möglichkeit, die öffentliche Auftragsvergabe zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen und deshalb ökologische, soziale und beschäftigungspolitische Kriterien zu berücksichtigen, lehnte sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Totalrevision des aBöB an das EU-Recht an<sup>79</sup>. In der Botschaft wird bei verschiedenen Bestimmungen auf die Lösung in der EU hingewiesen<sup>80</sup>. Dementsprechend ist das EU-Vergaberecht u.a. im Rahmen des historischen Auslegungsarguments bei der Auslegung des BöB, der VöB und auch der IVöB zu berücksichtigen<sup>81</sup>. Eine Berücksichtigung ist vor allem dort in Betracht zu ziehen, wo die EU gleiche oder ähnliche Grundsätze, wie sie auch in der Schweiz massgebend sind, oder das GPA umsetzt. Wo die Vergaberichtlinien aber eine EU-spezifische Ausgestaltung vornehmen, können daraus auf dem Weg der Auslegung für das schweizerische Vergaberecht kaum zwingende Modalitäten abgeleitet werden, jedoch können darin GPA-konforme Lösungsmöglichkeiten erblickt werden.

#### **5.5. Strukturelle Unterschiede der Einbettung des schweizerischen und des europäischen Vergaberechts in den übergeordneten Rechtsrahmen**

- 103 Das EU-Beschaffungsrecht setzt wie das schweizerische Beschaffungsrecht das WTO-Beschaffungsübereinkommen um<sup>82</sup>. Der von den EU-Vergaberichtlinien (nebst anderen) verfolgte Zweck des Marktzugangs bezieht sich nicht nur auf die Umsetzung staatsvertraglicher Verpflichtungen, sondern auch auf das zwischenstaatliche Verhältnis seiner Mitgliedstaaten<sup>83</sup>. Die EU-Vergaberichtlinien geben den Mitgliedstaaten einen Rahmen für die Ausgestaltung ihres Vergaberechts vor, um sicherzustellen, dass die mitgliedstaatlichen Regelungen den Binnenmarkt nicht verletzen. Da die Marktintegration innerhalb der EU stärker ist als jene im

---

<sup>77</sup> ZIEKOW, Vergaberecht Kommentar, § 97 GWB N 2.

<sup>78</sup> ZIEKOW, Vergaberecht Kommentar, § 97 GWB N 4 ff.

<sup>79</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1880 f.

<sup>80</sup> Vgl. z.B. für die Zuschlagsregel („Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot“): Botschaft BöB 2017, S. 1956, wo dann allerdings das Parlament von dieser Terminologie abgewichen ist und nun gemäss Art. 41 das „vorteilhafteste Angebot“ den Zuschlag erhält.

<sup>81</sup> So hält SAXER, Handkommentar, Einführung, N 28, fest, dass neben dem globalen auch „der europäische Rechtsrahmen eine Rolle spielt“.

<sup>82</sup> KOCH, WTO Law, S. 115; vgl. ErwGr. 17 VRL; Ingress zum BöB; Botschaft BöB 2017, S. 1853 f., 1867, 1887, 2002.

<sup>83</sup> Vgl. KNAUFF, in: Goede/Stoyer/Stolz, Einleitung, N 3, 24.

Rahmen des GPA, bietet das EU-Recht den Bietern grundsätzlich einen stärkeren Schutz<sup>84</sup>. Wo das Diskriminierungsverbot des GPA und die daraus abgeleiteten Garantien zum Schutz der Anbieter Massnahmen zur Förderung der Nachhaltigkeit beschränken, ist deshalb für die einzelnen Anwendungsfragen zu prüfen, ob dem schweizerischen Gesetzgeber unter dem GPA ein weiterer Spielraum zukommt als den EU-Mitgliedstaaten unter dem EU-Vergaberecht. Als weiterer Unterschied zum Recht der EU ist zu beachten, dass in der Schweiz die Gesetzgebungskompetenzen der Kantone in den vorliegend besonders interessierenden Bereichen des Umweltschutzes, des Arbeitnehmerschutzes und weiterer Nachhaltigkeitsaspekte deutlich weniger weit gehen als jene der Mitgliedstaaten der EU. Insgesamt hat somit der Bund im Rahmen der übergeordneten Staatsverträge grundsätzlich grössere Regelungsfreiheiten als die EU-Mitgliedstaaten gegenüber dem EU-Recht.

104 Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass das BöB und die VöB bzw. die IVöB direkt anwendbares Vergaberecht enthalten, während sich die VRL und die SRL, wie es Art. 288 Abs. 3 AEUV für EU-Richtlinien vorsieht, an die Mitgliedstaaten richten und diesen die Wahl der Form und der Mittel überlassen sollen; die EU-Vergaberichtlinien müssen dementsprechend von den Mitgliedstaaten in das nationale Recht umgesetzt werden. Somit ist das Verhältnis des Bundesbeschaffungsrechts zum kantonalen Recht nicht mit dem Verhältnis des EU-Rechts zum mitgliedstaatlichen Beschaffungsrecht vergleichbar, denn das kantonale Beschaffungsrecht führt das Bundesbeschaffungsrecht nicht aus und auch das BGBM setzt nur wenige Grundsätze im interkantonalen Verhältnis fest.

## **B. Zweck und Grundsätze**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

#### **1.1. Zur Entstehungsgeschichte der neuen EU-Vergaberichtlinien**

105 Art. 11 AEUV verlangt, die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -massnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen. Im Jahr 2010 beschloss die Europäische Kommission die Strategie „Europa 2020“<sup>85</sup>. In deren Zentrum stehen die nachfolgenden drei Schwerpunkte, die sich nach Auffassung der Kommission gegenseitig verstärken und in die „Vision der europäischen sozialen Marktwirtschaft des 21. Jahrhunderts“ münden<sup>86</sup>:

- Intelligentes Wachstum – Entwicklung einer auf Wissen und Innovation gestützten Wirtschaft;
- Nachhaltiges Wachstum – Förderung einer ressourcenschonenden, umweltfreundlicheren und wettbewerbsfähigeren Wirtschaft;

---

<sup>84</sup> Vgl. KOCH, WTO Law, S. 116, 131.

<sup>85</sup> Europäische Kommission, Strategie Europa 2020.

<sup>86</sup> Europäische Kommission, Strategie Europa 2020, S. 12.

- Integratives Wachstum – Förderung einer Wirtschaft mit hoher Beschäftigung und wirtschaftlichem, sozialem und territorialem Zusammenhalt.

106 Der öffentlichen Auftragsvergabe als marktwirtschaftliches Instrument sollte bei der Umsetzung der Strategie „Europa 2020“ eine Schlüsselrolle zukommen. Eine Überarbeitung der Vergaberichtlinien sollte die Effizienz der öffentlichen Ausgaben steigern, die Teilnahme insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtern und den Vergabestellen ermöglichen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen<sup>87</sup>. Die Stärkung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele war in den Entwürfen der Kommission also nur eine unter mehreren gesetzgeberischen Absichten und hatte keine Vorzugsstellung. Das EU-Parlament verlangte daraufhin eine stärkere Berücksichtigung der ökologischen und sozialen Ziele; diese sollten den gleichen Stellenwert erhalten, wie die aus dem EU-Primärrecht (namentlich AEUV) abgeleiteten und in Art. 18 Abs. 1 VRL verankerten Binnenmarktgebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit<sup>88</sup>.

107 Die Vergaberichtlinien von 2014 wollen klarstellen, auf welche Weise die öffentlichen Auftraggeber bei Beschaffungen zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können. Gleichzeitig gewährleisten sie, dass bei der Auftragsvergabe ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielt werden kann<sup>89</sup>. Durch die Schaffung eines klaren Rechtsrahmens entwickeln sie die nachhaltige Beschaffung wesentlich weiter. Aber in einem gewissen Gegensatz zur grossen Bedeutung, welche der öffentlichen Beschaffung für die Umwelt- und Sozialpolitik zugeschrieben wird, bleibt die Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Kriterien, auch im Sinne der LCC, weitgehend (abgesehen insbesondere von Art. 18 Abs. 2 VRL) freiwillig<sup>90</sup>. Die öffentlichen Auftraggeber können selbst entscheiden, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu gewichten sind. Dadurch können sie bei der Bewertung dem Stellenwert Rechnung tragen, den sie ökologischen oder sozialen Kriterien im Vergleich zu anderen Kriterien, einschliesslich des Preises, beimessen wollen<sup>91</sup>.

## **1.2. Wichtigste Neuerungen zur Stärkung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung**

108 Die wichtigsten Neuerungen zur Stärkung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung sind<sup>92</sup>:

- Pflicht der Vergabestellen dafür zu sorgen, dass die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge eingehalten werden (Art. 18 Abs. 2 VRL);

---

<sup>87</sup> Vgl. ErwGr. 2 VRL.

<sup>88</sup> RÜHLE, S. 14 f.

<sup>89</sup> ErwGr. 91 VRL und ErwGr. 96 SRL; vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 24.

<sup>90</sup> Vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 20 ff.

<sup>91</sup> Europäische Kommission, Grünbuch Modernisierung, S. 42; vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 23; RÜHLE, S. 21.

<sup>92</sup> Vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 23 f.

- Explizite Verankerung der Möglichkeit, bei technischen Spezifikationen auf Herstellungsprozesse Bezug zu nehmen, auch wenn sich diese nicht materiell im Produkt niederschlagen, und dabei ökologische und soziale Aspekte zu berücksichtigen (Art. 42 Abs. 1 VRL);
- Neuformulierung der Zuschlagskriterien, um einen besseren Einbezug von Nachhaltigkeitskriterien zu ermöglichen, wobei neu auch soziale und innovative Eigenschaften erwähnt werden (Art. 67 VRL);
- Ausführliche Regelung der Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium und Möglichkeit, darin externe Kosten der Umweltbelastung zur berücksichtigen (Art. 67 und 68 VRL);
- Möglichkeit zu einem sehr weiten Einsatz von Labels und von Umweltzertifikaten, insbesondere Umweltmanagementzertifikaten (Art. 43 und 44 VRL);
- Erweiterte Möglichkeiten für die Beschränkung von Vergabeverfahren auf geschützte Werkstätten und ähnliche soziale Einrichtungen (Titel III. Kapitel I, Art. 74-77 VRL);
- Verallgemeinerung des Erfordernisses einer Verbindung zum Beschaffungsgegenstand als Voraussetzung für die Zulässigkeit nachhaltiger Vergabekriterien (Art. 42 Abs. 1 Uabs. 1 und 2, Art. 43 Abs. 1 Bst. a, Art. 58 Abs. 1 Uabs. 2, Art. 67 Abs. 3, Art. 68 Abs. 1 Bst. b und Art. 70 VRL);
- Verbindung der meisten dieser Bestimmungen mit Anforderungen zum Schutz des Wettbewerbs (z.B. Art. 42 Abs. 2; Art. 43 Abs. 1; Art. 67 Abs. 3 und 4, Art. 68 Abs. 2 und 3 VRL).

### **1.3. Zum zeitlichen Geltungsbereich der Richtlinien**

109 Die Richtlinie 2014/24/EU wurde am 26. Februar 2014 beschlossen und trat am 17. April 2014 in Kraft, wobei eine generelle Umsetzungsfrist gemäss Art. 90 VRL und verschiedene Sonderregelungen für den Übergang bestanden. Durch Art. 91 Abs. 1 VRL wurde die Richtlinie 2004/18/EG auf den 18. April 2016 aufgehoben. Im Zusammenhang mit den referierten Urteilen ist zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar ist, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des durchzuführenden Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht<sup>93</sup>.

### **1.4. Art. 18 Abs. 2 VRL**

110 Art. 18 VRL regelt die Grundsätze der Auftragsvergabe. Art. 18 Abs. 2 VRL lautet:

*„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden um-*

---

<sup>93</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 1-3, 17-20, insbesondere Rn. 18.

*welt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“*

- 111 Diese Bestimmung wurde auf Druck des EU-Parlaments in die VRL aufgenommen. Das EU-Parlament wollte damit erreichen, dass ökologische und soziale Ziele den gleichen Stellenwert erhalten, wie die aus dem EU-Primärrecht (namentlich dem AEUV) abgeleiteten und in Art. 18 Abs. 1 VRL verankerten Binnenmarktgebote, also die Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit<sup>94</sup>.
- 112 Art. 18 Abs. 2 VRL ist eine Querschnittbestimmung, die einen neuen Grundsatz des Vergaberechts statuiert<sup>95</sup>. Neben die Binnenmarktgebote gemäss Art. 18 Abs. 1 VRL tritt gleichrangig das Gebot zur Einhaltung der umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einer nachhaltigen Entwicklung (siehe ErwGr. 41 VRL)<sup>96</sup>. Art. 18 Abs. 2 VRL wird zusammen mit den Grundsätzen in Art. 18 Abs. 1 VRL zu den bedeutendsten Regelungen der VRL gezählt<sup>97</sup>. Die grosse Bedeutung, die Art. 18 Abs. 2 VRL zukommt, zeigt sich formal auch daran, dass zahlreiche andere Bestimmungen der VRL auf diese Vorschrift verweisen: Art. 56 Abs. 1 VRL über die Allgemeinen Grundsätze bei der Auswahl der Teilnehmer und der Auftragsvergabe; Art. 57 Abs. 4 Uabs. 1 lit. a VRL über den Ausschluss von Anbietern; Art. 69 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 Uabs. 2 VRL über ungewöhnlich niedrige Angebote sowie Art. 71 Abs. 1 VRL über Unteraufträge.
- 113 Die in Anhang X enthaltene Aufzählung der von Art. 18 Abs. 2 VRL erfassten internationalen Vorschriften ist abschliessend<sup>98</sup>. Zu den darin aufgeführten Abkommen gehören die acht ILO-Kernarbeitsnormen. Diesbezüglich können grosse Probleme hinsichtlich der Drittstaaten auftreten, aus denen z.B. Textilien, Steine für Strassenbaumaterial, Holz, IT-Hardware oder auch Lebensmittel (Kaffee, Zucker, Bananen usw.) geliefert werden. In diesen Bereichen sind die Risiken von Gesundheits- und Umweltschäden für die Betroffenen offensichtlich<sup>99</sup>. Als Nachweise für die Einhaltung der Vorschriften kommen z.B. Eigenerklärung, Siegel, Fair-Trade-Label, Ökolabel, Zertifikate oder gleichwertige andere Siegel in Betracht<sup>100</sup>.
- 114 Es obliegt den Mitgliedstaaten, die nötigen Instrumente zur Sicherstellung der Einhaltung der von Art. 18 Abs. 2 VRL erfassten Regelungen in ihrer Gesetzgebung vorzusehen<sup>101</sup>. ErwGr. 40 VRL hält fest: „Die Überprüfung der Einhaltung dieser umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen sollte in den relevanten Phasen des Vergabeverfahrens erfolgen, also bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Auswahl der Teilnehmer und die

---

<sup>94</sup> RÜHLE, S. 14 f.

<sup>95</sup> RÜHLE, S. 15; vgl. STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 176.

<sup>96</sup> Vgl. RÜHLE, S. 14 f.

<sup>97</sup> So STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 176.

<sup>98</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 179.

<sup>99</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 325.

<sup>100</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 325; vgl. ZIEKOW, Kommunen, S. 49 f.; ZIEKOW, Rechtswissenschaftliches Gutachten 2016, S. 53 ff.

<sup>101</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 177.

Auftragsvergabe, bei der Anwendung der Ausschlusskriterien und bei der Anwendung der Bestimmungen bezüglich ungewöhnlich niedriger Angebote. Die zu diesem Zweck erforderliche Überprüfung sollte im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen dieser Richtlinie, insbesondere der Bestimmungen zu Nachweisen und Eigenerklärungen, durchgeführt werden.“

- 115 Schliesslich ist auch auf Art. 41 VRL zu verweisen, wonach keine Bestimmung dieser Richtlinie dem Erlass oder der Durchsetzung u.a. von Massnahmen, die zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder zur Erhaltung pflanzlichen Lebens notwendig sind, oder von sonstigen Umweltschutzmassnahmen, insbesondere mit Blick auf eine nachhaltige Entwicklung, entgegenstehen sollte, sofern diese Massnahmen mit dem AEUV im Einklang stehen.

### **1.5. Vorbehaltene Aufträge (Art. 20 VRL)**

- 116 Art. 20 VRL gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Recht zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren so zu beschränken, dass nur geschützte Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmer, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, daran teilnehmen können. Ausserdem besteht die Möglichkeit, dass solche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchgeführt werden; vorausgesetzt ist, dass diese Werkstätten, Wirtschaftsteilnehmer oder Programme mindestens zu 30 % Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer beschäftigen.

- 117 Diese Bestimmung trägt der Erkenntnis Rechnung, dass Beschäftigung und Beruf zur Integration in die Gesellschaft beitragen und für die Gewährleistung von Chancengleichheit wichtig sind. Geschützte Werkstätten und andere soziale Unternehmen, deren Hauptanliegen die Förderung der sozialen und beruflichen Eingliederung oder Wiedereingliederung von Personen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist, spielen hierfür eine wichtige Rolle. Zu den benachteiligten Personen werden Arbeitslose, Angehörige benachteiligter Minderheiten und Personen gezählt, die auf andere Weise an den Rand der Gesellschaft gedrängt sind. Da solche Werkstätten oder Unternehmen u.U. nicht in der Lage sind, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten, können Mitgliedstaaten ihnen das Recht vorbehalten, an Vergabeverfahren (allenfalls beschränkt auf bestimmte Lose) teilzunehmen, oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten<sup>102</sup>.

## **2. Rechtsprechung EuGH**

### **2.1. Das Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18)**

- 118 Der EuGH unterstreicht im Urteil Tim den „essenziellen Wert“, welchen die Richtlinie der Einhaltung der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen zuschreibt, indem sie diese in Art. 18 Abs. 2 VRL zu den Grundsätzen zählt. Er verweist sodann auf die

---

<sup>102</sup> ErwGr. 36 VRL.

Notwendigkeit, auf geeignete Weise die Einhaltung der Verpflichtungen gemäss dieser Bestimmung zu gewährleisten<sup>103</sup>.

- 119 Zu den Folgen der Verletzung des Grundsatzes nach Art. 18 Abs. 2 VRL bzw. gegen die umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen durch Anbieterinnen und ihre Subunternehmerinnen siehe Kapitel D. Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe.

## **2.2. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)**

- 120 Im Urteil Roche Lietuva stellt der EuGH im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines hohen Detaillierungsgrades von technischen Spezifikationen fest, dass unter den vom AEUV geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein entsprechender Beurteilungsspielraum zuzuerkennen<sup>104</sup>. Dies bedeutet, dass bei solchen hochrangigen Interessen der Spielraum der Vergabestellen grösser ist und eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung vergaberechtlicher Massnahmen eher gerechtfertigt sein kann<sup>105</sup>. In der Rechtsliteratur wird eine Übertragung dieser Argumentation auf Nachhaltigkeitsaspekte postuliert, da die Förderung der Nachhaltigkeit ein anerkanntes strategisches Beschaffungsziel ist, weshalb auch dort ein grösserer Spielraum für Kriterien bestehen soll, auch wenn sich diese markteinengend auswirken<sup>106</sup>.

## **2.3. Das Stadt Braunschweig-Urteil des EuGH vom 20. April 2003 (Rs. C-20/01 und C-28/01)**

- 121 In einem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland hatte der EuGH die Zulässigkeit einer von der Stadt Braunschweig vorgenommenen freihändigen Vergabe der Abfallentsorgung zu beurteilen. Der EuGH hielt unter Hinweis auf sein Concordia-Urteil fest, dass ein Auftraggeber in den verschiedenen Stadien eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge Umweltschutzkriterien berücksichtigen könne. Es sei deshalb auch denkbar, dass ein Auftrag aus Umweltschutzgründen nur an einen ganz bestimmten Dienstleistungserbringer vergeben werden könne. Bei dem wegen des Vorliegens eines solchen technischen Grundes angewandten Verfahren müssen jedoch die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden. Im zu beurteilenden Fall hatte die deutsche Regierung den Nachweis nicht erbracht, dass der Transport der Abfälle über grössere Entfernungen zwangsläufig eine Gefährdung der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit bedeutet. Die Nähe eines bestimmten Dienstleistungserbringers zum Gemeindegebiet allein betrachtete der EuGH nicht als genügenden technischen Grund im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. b der Richtlinie 92/50/EWG, der eine Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung

---

<sup>103</sup> EuGH, Urteil Tim, Rn. 38 f.

<sup>104</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 42, mit Verweis auf Urteil Medisanus vom 8. Juni 2017, C-296/15, Rn. 82 und die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>105</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 764.

<sup>106</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 764.

erlaubt hätte. Dabei fiel erschwerend ins Gewicht, dass die Gefahr einer Verletzung des Diskriminierungsverbots bei einer Freihandvergabe besonders gross ist<sup>107</sup>.

### **3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht**

#### **3.1. Grundlegender Anschauungswandel**

122 In der Literatur zum EU-Vergaberecht wird festgestellt, dass die europäischen Vergaberichtlinien von 2014 einen grundlegenden Anschauungswandel in Bezug auf die umweltbezogenen und insbesondere die sozialen sowie innovativen Aspekte bewirkt haben<sup>108</sup> und dass durch die neuen Richtlinien sowie deren Umsetzung ins nationale Recht die Bedeutung strategischer Vergaben weiter gestiegen ist<sup>109</sup>. Auch die neue Terminologie wird hervorgehoben: Früher wurden Zielsetzungen, die nicht den direkten wirtschaftlichen Vorteil der Beschaffung für den öffentlichen Auftraggeber zum Gegenstand hatten, als „sekundäre Ziele“ bezeichnet. Damit wurde zum Ausdruck gebracht, dass diese zumindest als weniger wichtig<sup>110</sup>, teilweise auch als illegitim betrachtet wurden<sup>111</sup>. Demgegenüber spricht die Europäische Kommission im 2011 verabschiedeten Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens von einem „zusätzlichen Ziel“ bzw. von der „strategischen Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe“<sup>112</sup>. Entsprechend ist auch in den Erwägungsgründen zur VRL mit Bezug auf die Nachhaltigkeit nicht von sekundären Zielen die Rede; vielmehr spricht ErwGr. 123 VRL von der öffentliche Auftragsvergabe als „strategische Antwort auf neue Herausforderungen“ in Bezug auf Aspekte des Umweltschutzes, soziale Aspekte und Innovationsaspekte, und ErwGr. 47 VRL erwähnt die strategische Nutzung der Auftragsvergabe zur Förderung von Innovationen. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Berücksichtigung von ethischen und umweltrelevanten Aspekten bei der Beschaffung nicht allein ein Thema für die öffentliche Hand ist, sondern zusammen mit der Corporate Social Responsibility (CSR) auch in der Privatwirtschaft an Bedeutung gewonnen hat<sup>113</sup>.

#### **3.2. Grösserer Spielraum, aber keine Pflicht**

123 In der Vergaberichtlinie 2014 ist der EU-Gesetzgeber einen Kompromiss eingegangen, indem er den Spielraum für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten wesentlich erhöht hat. Andererseits sieht das EU-Vergaberecht – abgesehen von der Pflicht zur Einhaltung umwelt- und arbeitsrechtlicher Vorschriften (insbesondere Art. 18 Abs. 2 VRL) – keine umfassende und verbindliche Pflicht der Vergabestellen vor, nachhaltige Aspekte bei allen Aufträgen zu berücksichtigen<sup>114</sup>. Mit den Worten der Europäischen Kommission werden „den öffentlichen Auftraggebern die Instrumente an die Hand gegeben (...), die sie benötigen, um auf die Verwirklichung der strategischen Ziele von „Europa 2020“ hinzuarbeiten“. Die Kommission sprach

---

<sup>107</sup> EuGH, Urteil Stadt Braunschweig, Rn. 60 ff.

<sup>108</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 770; vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 20 ff.

<sup>109</sup> MOHR, Sozial motivierte Beschaffungen, S. 45.

<sup>110</sup> ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 21.

<sup>111</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-01.

<sup>112</sup> Europäische Kommission, Grünbuch Modernisierung, S. 5 und 38.

<sup>113</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, 20-01, S. 695.

<sup>114</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für die Richtlinie, S. 11; ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 23 f.

von einem „enabling approach“<sup>115</sup>. Immerhin können die Mitgliedstaaten solche Pflichten im nationalen Recht vorsehen. So wurden beispielsweise entsprechende Vorschriften für die Beschaffung öffentlicher Strassenfahrzeuge in Deutschland, Österreich und Ungarn erlassen<sup>116</sup>. Die EU-Mitgliedstaaten haben sodann die Möglichkeit, die Verwendung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium auszuschliessen (Art. 67 Abs. 2 Uabs. 3 VRL). Davon haben allerdings nur wenige Mitglieder Gebrauch gemacht (so Österreich und Ungarn, nicht aber beispielsweise Deutschland)<sup>117</sup>.

### **3.3. Balance zwischen Wettbewerbs- und Nachhaltigkeitszielen**

124 Die Richtlinie versucht die Balance zu finden zwischen einerseits der Gewährleistung eines fairen und ungehinderten Wettbewerbs im Binnenmarkt und andererseits der Schaffung eines Instrumentariums, das es den öffentlichen Auftraggebern erlaubt, Nachhaltigkeitsziele zu erreichen<sup>118</sup>. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, horizontale Zielsetzungen zu berücksichtigen, wird durch primär- und sekundärrechtliche Bestimmungen eingeschränkt, welche den Binnenmarkt im öffentlichen Beschaffungswesen verwirklichen sollen. Hierbei handelt es sich insbesondere um das Verbot der Diskriminierung, die Pflicht, Vergabeverfahren transparent zu gestalten und das Bestreben, unverhältnismässige Beschränkungen des Marktzugangs zu beseitigen<sup>119</sup>.

125 Für die Vergabepaxis wird erwartet, dass in rechtspraktischer Hinsicht für die Umsetzung sozialer und ökologischer Nachhaltigkeitsziele Zuschlagskriterien und vor allem vertragliche Ausführungsbedingungen im Fokus stehen<sup>120</sup>. Es wird darauf hingewiesen, dass als Nachwirkung der vorangehenden Zeiten, als die Berücksichtigung der Nachhaltigkeitsaspekte bei den öffentlichen Aufträgen noch als vergabefremd eingestuft wurde, bei vielen Vergabestellen immer noch eine grosse Zurückhaltung und Unsicherheit bezüglich der neu eingeführten strategischen Zielsetzungen im europäischen Vergaberechts besteht. Oft befürchten Vergabestellen aufgrund der früheren nationalen Rechtsprechung, dass sich die bei der Anwendung von Nachhaltigkeitskriterien erforderliche Abwägung mit anderen Grundsätzen, wie z.B. dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Verbindung mit der Verhältnismässigkeit, als Stolperfalle im Rechtsschutzverfahren erweisen könnte. Deshalb werde in der Vergabepaxis der Preis als objektive Messlatte weiterhin stark gewichtet, während den qualitativen bzw. nachhaltigen Aspekten bei der Angebotsbewertung lediglich ein marginaler Wertungsanteil zwischen 5 - 10 % zugestanden werde<sup>121</sup>. Es wird Skepsis geäussert, ob sich eine Ausführung der angestrebten strategischen Nachhaltigkeitsziele ohne einen Wandel in der Rechtskultur effektiv verwirklichen lasse<sup>122</sup>.

---

<sup>115</sup> European Commission, proposal for a directive, S. 9.

<sup>116</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 765; für Deutschland auch MUTSCHLER-SIEBERT/KERN, in: Handbuch Vergaberecht, § 32 Rn. 37.

<sup>117</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 767.

<sup>118</sup> ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 23 f.; ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-01; KOCH, WTO Law, S. 156.

<sup>119</sup> ARROWSMITH/KUNZLIK, S. 30 f.

<sup>120</sup> MOHR, Sozial motivierte Beschaffungen, S. 45.

<sup>121</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 770.

<sup>122</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 770.

<sup>126</sup> Von verschiedenen Autoren wird die strategische Beschaffung nach wie vor skeptisch betrachtet, weil sie darin einerseits eine Gefahr für die Diskriminierung ausländischer Anbieter und andererseits eine Gefahr der Benachteiligung von kleineren und mittleren Unternehmen sehen. Es wird auch darauf hingewiesen, dass dadurch die Beschaffungen betriebswirtschaftlich gesehen verteuert und der Arbeitsaufwand für Vergabestellen und Anbieter erhöht werde. Schliesslich wird auf eine Erhöhung der Rechtsunsicherheit und eine damit einhergehende Verlängerung von Rechtsschutzverfahren verwiesen<sup>123</sup>.

### **3.4.     *Transportweg***

<sup>127</sup> Der Transportweg wird in diesem Kapitel behandelt, weil sich dieses Thema praktisch auf alle Vergabeanforderungen erstreckt. Die Berücksichtigung der Umweltauswirkungen des Transports wird namentlich deshalb in Frage gestellt, weil damit Nachteile für Anbieter mit einem weiter entfernten Unternehmensstandort verbunden sind<sup>124</sup>. Objektive Gründe des Umweltschutzes können aber eine Einschränkung der EU-rechtlich geschützten Gleichbehandlung sowie der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen<sup>125</sup>. Als der EuGH 2002 den Weg ebnete für die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien beim Zuschlag, auch soweit sie nicht mit einem finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind, hatte er eine Transportleistung zu beurteilen. Beschaffungsgegenstand war der Betrieb von städtischen Buslinien<sup>126</sup>. Somit ging es dabei nicht um den Transport des beschafften Gutes an den Ort der Verwendung. Die heutige Regelung stellt eine Betrachtung des gesamten Lebenszyklus der beschafften Leistung in den Vordergrund<sup>127</sup>. Dazu gehört gemäss der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL ausdrücklich auch der Transport. Ausserdem erklärt Art. 42 Abs. 1 Uabs. 2 VRL für technische Spezifikationen auch die Berücksichtigung von Faktoren als zulässig, die nicht materielle Bestandteile der Leistungen werden, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen sowie zu dessen Wert und Zielen verhältnismässig sind. Eine sehr ähnliche Regelung gilt gemäss Art. 67 Abs. 3 und Art. 70 VRL für die Zuschlagskriterien und die Bedingungen für die Auftragsausführung. Zu beachten sind auch die weiteren aus den Vergaberichtlinien und der Rechtsprechung hervorgehenden Voraussetzungen, wie namentlich, dass der Vergabestelle kein unbeschränktes Ermessen eingeräumt wird, dass die Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zu nennen sind und dass sie mit den Grundprinzipien des EU-Rechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot, vereinbar sein

---

<sup>123</sup> BURGI, *Ökologische und soziale Beschaffung*, S. 598; MOHR, *Sozial motivierte Beschaffungen*, S. 24 f.; MOHR, *Soziales Vergaberecht*, S. 544 f.

<sup>124</sup> WEBER/KOCH, Rz. 1, 30; vgl. FRENZ, *Transportentfernung*, S. 13.

<sup>125</sup> HERMANN, S. 56; KNAUFF, *Verkehrswende*, S. 10; zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit: FRENZ, *Transportentfernung*, S. 13, 15; zur Gleichbehandlung vgl. EuGH, Urteil Concordia, Rn. 81-86; INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 67 N 40.

<sup>126</sup> EuGH, Urteil Concordia, Rn. 20; HAUSER, *Umweltschutz*, S. 35 ff.

<sup>127</sup> Vgl. ErwGr. 96 f. VRL.

müssen<sup>128</sup>. Werden diese Randbedingungen beachtet, ist die Berücksichtigung der Umweltauswirkungen des Transports klarerweise zulässig<sup>129</sup>. Sodann muss die Einhaltung der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, wie es Art. 18 Abs. 2 VRL vorschreibt, auch bei der Ausführung von Transportleistungen verlangt werden.

128 Für Deutschland hält Knauff fest, dass es öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich freisteht, in der Leistungsbeschreibung oder den Ausführungsbedingungen unter Beachtung der Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung von auftragsbezogenen Transporten zu machen. Dabei müsse sichergestellt werden, dass dadurch insbesondere ausländischen Bietern nicht zum Vornherein jede Chance auf den Zuschlag genommen werde. Als Beispiel einer verkehrsmittelbezogenen Ausführungsbedingung wird die Bedingung genannt, wonach keine nicht zwingend notwendigen Transporte mit konventionellen LKW erlaubt sind<sup>130</sup>.

129 Im Rahmen der Zuschlagskriterien wird es als zulässig erachtet, Abfallentsorgungskonzepte, die eine ortsnahe Entsorgung vorsehen, besser zu bewerten, um aus ökologischen Gründen eine Reduktion der Emissionen zu erreichen, die bei der Anlieferung des Abfalls durch LKW entstehen (Transportemissionen)<sup>131</sup>. Es wird auch ausgeführt, der Gefahr des Vorwurfs der Bevorzugung regionaler Anbieter lasse sich besser begegnen, wenn die Frage des Transports nicht allein auf die Weglänge bezogen werde, sondern auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen. Dann könnten etwa selbst ausländische Anbieter mit weiten Anfahrtswegen zum Zuge kommen, z.B. wenn sie ein ökologisch vorteilhaftes Transportmedium, wie etwa das Schiff, wählen würden<sup>132</sup>.

#### **4. Schweizerisches Vergaberecht**

##### **4.1. Ausrichtung des neuen schweizerischen Vergaberechts**

130 Der Zweckartikel des BöB (Art. 2 Bst. a BöB) führt den wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel als ersten von vier Gesetzeszwecken auf, wobei die Nachhaltigkeit die volkswirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Aspekte umfasst. Darauf folgen die übrigen, bereits im aBöB verankerten Zwecke des Vergaberechts. Auch wenn damit keine explizite Priorisierung erfolgt und der Zweckartikel auch nicht direkt anwendbar ist, drückt sich darin deutlich aus, dass es dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen war, das Beschaffungswesen in die Strategie einer nachhaltigen Entwicklung einzubinden<sup>133</sup>. Der Zweckartikel begründet

---

<sup>128</sup> Vgl. dazu vorn, Rz. 229, die Ausführungen zum Concordia-Urteil des EuGH.

<sup>129</sup> Vgl. WEBER/KOCH, Rz. 38; noch zur RL 2004/18/EG: FRENZ, Transportentfernung, S. 17 f.

<sup>130</sup> KNAUFF, Verkehrswende, S. 9 f.

<sup>131</sup> ZIEKOW, Vergaberecht Kommentar, § 127 GWB N 39, m.H. auf OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 29.3.2018 – 11 Verg 16/17, Rn. 102; NZBau 2018, S. 498 Rn. 60.

<sup>132</sup> So FRENZ, Transportentfernung, S. 16, noch zur RL 2004/18/EG.

<sup>133</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885.

keine verbindlichen Rechte und Pflichten, er ist jedoch relevant für die Auslegung von einzelnen Bestimmungen des Gesetzes<sup>134</sup>. Aufgrund der Verankerung der Nachhaltigkeit im Zweckartikel des BöB und der IVöB darf man in der Schweiz – wie auch in der EU<sup>135</sup> – davon ausgehen, dass Nachhaltigkeit nicht mehr als sekundäres Ziel des Vergaberechts zu bezeichnen ist (und schon gar nicht als „vergabefremdes“<sup>136</sup> Ziel), sondern als Ziel, das (zumindest potenziell) auf der gleichen Stufe wie die wirtschaftlichen Ziele des Beschaffungsrechts steht<sup>137</sup>. Die weiteren Zwecke des Gesetzes bestehen in der Transparenz des Vergabeverfahrens, der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie in der Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Art. 2 Bst. b-d BöB). Wo die verschiedenen Ziele zueinander in Konkurrenz bzw. in einen Zielkonflikt treten, ist dieser durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen<sup>138</sup>.

- 131 In der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019 hat sich der Bundesrat wie schon in früheren Fassungen dieser Strategie zur Vorbildfunktion der öffentlichen Hand im Rahmen öffentlicher Beschaffungen bekannt<sup>139</sup>. Er folgt damit einer international erkennbaren Tendenz<sup>140</sup>. Gemäss der Botschaft zum neuen BöB nimmt der Bund seine Vorbildfunktion bei seinem Konsumverhalten dadurch wahr, dass er Produkte und Bauwerke beschafft, die wirtschaftlich, umweltschonend sowie gesundheitsverträglich sind und sozial verantwortungsvoll produziert werden (was natürlich ebenso für Dienstleistungen gilt). Als Beispiel für die Förderung eines sozial nachhaltigen Einsatzes öffentlicher Mittel wird die Berücksichtigung von Unternehmen erwähnt, welche zu einer Stärkung der schweizerischen Werk- und Ausbildungsplätze beitragen und die wirtschaftliche Innovation fördern<sup>141</sup>.
- 132 Trotz einer markanten Stärkung der Nachhaltigkeitsziele hat das neue Vergaberecht nur wenige Pflichten dazu eingeführt. Solche bestehen namentlich im Zusammenhang mit der Pflicht zur Einhaltung der Bestimmungen über den Umweltschutz sowie den Arbeitsschutz und die Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn bzw. (für Leistungen im Ausland) der acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) sowie gewisser internationaler Umweltabkommen. Im Übrigen liegt es in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber und ihrer Vergabestellen – und auch in ihrem

---

<sup>134</sup> DE ROSSA GISIMUNDO, S. 168.

<sup>135</sup> Siehe dazu vorn Rz. 122.

<sup>136</sup> Zur unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs „vergabefremd“ vgl. STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, passim, insbesondere S. 44, 59 f.

<sup>137</sup> KOCH, WTO Law, S. 204 f.; DE ROSSA GISIMUNDO, S. 179, schlägt vor, den aus dem EU-Recht bekannten Begriff von „horizontalen Zielen“ zu verwenden. Anderer Ansicht: TRÜEB, Handkommentar, Art. 1 N 12, der Sozial- und Umweltschutz weiterhin als (legitime) Sekundärziele bezeichnet und eine grosse Zurückhaltung bei der Verfolgung von Sekundärzielen empfiehlt, um deren Instrumentalisierung für Handelsprotektionismus zu vermeiden.

<sup>138</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1884; DE ROSSA GISIMUNDO, S. 168; STEINER, Soziale Aspekte, S. 25 ff.; TRÜEB, Handkommentar, Art. 2 N 41.

<sup>139</sup> Strategie Nachhaltige Entwicklung, S. 51; entsprechend auch die Vernehmlassungsvorlage vom 4. November 2020 für die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030, S. 30 f.

<sup>140</sup> DE ROSSA GISIMUNDO, S. 179.

<sup>141</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885.

Ermessen –, in welchem Umfang und auf welche Weise sie Nachhaltigkeitsziele im Beschaffungsrecht umsetzen. Weisungen und Handbücher der Gemeinwesen bzw. ihrer Vergabestellen, aber auch unabhängige Standards können dazu beitragen, einen fundierten Rahmen zu setzen, die Beschaffungsstrategie mit der Nachhaltigkeitsstrategie eines Gemeinwesens zu verbinden und für eine wirkungsvolle Nutzung der vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Förderung der Nachhaltigkeit beizutragen.

#### **4.2. Realien für die Schweiz**

- 133 Das Reporting Set Beschaffungscontrolling 2019 des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD listet insgesamt 462 Ausschreibungen auf, davon 30 im Bereich Güter und 432 im Bereich Bau. Gemäss dem Bericht sind bei 25 von 30 Ausschreibungen im Bereich Güter ökologische Aspekte miteingeflossen. Im Bereich Bau lag der prozentuale Wert bei 92 %<sup>142</sup>.

#### **4.3. Nachhaltigkeit in der Bundesverfassung**

- 134 Die Verpflichtung des Staates auf eine nachhaltige Entwicklung ist in der Bundesverfassung verankert. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Bestimmungen zu erwähnen: Art. 2 BV zählt die Förderung der nachhaltigen Entwicklung zu den übergeordneten Staatszielen und trägt dem Bund u.a. auf, sich für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen einzusetzen. Gemäss Art. 73 BV, der die Sachüberschrift „Nachhaltigkeit“ trägt, streben Bund und Kantone ein „auf die Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits“ an. Der Begriff der Nachhaltigkeit in der Bundesverfassung knüpft an den Brundtland Report an<sup>143</sup>. Dieser definiert: „Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, welche die heutigen Bedürfnisse zu decken vermag, ohne für künftige Generationen die Möglichkeiten zu schmälern, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken.“<sup>144</sup> Dieser Begriff umfasst ökologische, wirtschaftliche und soziale Aspekte<sup>145</sup>.

#### **4.4. Nachhaltigkeitsbegriff im BöB**

- 135 Gemäss Art. 2 Bst. a BöB bezweckt dieses Gesetz u.a. einen Einsatz der öffentlichen Mittel, der wie nach dem bisherigen Beschaffungsrecht wirtschaftlich ist, der aber neu auch volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltig ist. Der Begriff der Nachhaltigkeit im BöB ist weit zu verstehen. Die Botschaft verweist dazu auf die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019 des Bundesrats<sup>146</sup>. Ziff. 1 der darin enthaltenen Leitlinien des Bundesrats verlangt die Wahrnehmung der „Zukunftsverantwortung“, indem die Vorsorge-, Verursacher- und Haftungsprinzipien als grundlegende Rahmenbedingungen für langfristig tragfähiges wirtschaftliches, ökologisches und gesellschaftliches Handeln auf allen Ebenen zu fördern sind. Ziff. 2

---

<sup>142</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Reporting Set Beschaffungscontrolling 2019 Bundesverwaltung, S. 20-21.

<sup>143</sup> BIAGGINI, Art. 2 N 10.

<sup>144</sup> GRIFFEL, BSK BV, Art. 73 N 7; Brundtland Report, Part I, Chapter 2, no. 1.

<sup>145</sup> Vgl. GRIFFEL, BSK BV, Art. 73 N 8.

<sup>146</sup> Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019; vgl. Vernehmlassungsvorlage vom 4. November 2020 für die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030, S. 4; vgl. auch Ziff. 7 sowie Anhang 3 der Botschaft vom 27. Januar 2016 über die Legislaturplanung 2015–2019, BBl 2016 1105.

dieser Leitlinien fordert, dass den drei sich gegenseitig ergänzenden Zieldimensionen „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“, „gesellschaftliche Solidarität“ und „ökologische Verantwortung“ grundsätzlich gleichwertig Rechnung getragen wird<sup>147</sup>. Der Nationalrat hat in Art. 2 Bst. a BöB die zum etablierten Verständnis der Nachhaltigkeit im Sinne des Brundtland-Reports gehörende „wirtschaftliche“ Dimension durch eine „volkswirtschaftliche“ Dimension ersetzt, wobei dies nur den deutschen und den italienischen Gesetzestext betrifft. Darin kommt das Verständnis zum Ausdruck, dass der wirtschaftliche Aspekt nicht nur projektbezogen, sondern auch volkswirtschaftlich beurteilt wird<sup>148</sup>. Soweit damit beabsichtigt ist, volkswirtschaftliche Auswirkungen der Beschaffung, namentlich im Sinne einer Beschäftigungs- und Konjunkturpolitik zu berücksichtigen<sup>149</sup>, besteht dafür insbesondere im Staatsvertragsbereich nur ein sehr beschränkter Spielraum<sup>150</sup>.

136 Der Begriff der Nachhaltigkeit wird im BöB auch bei den Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 1 und 4 BöB) verwendet. In anderen Bestimmungen werden Teilaspekte genannt wie die Arbeitsbedingungen in Art. 12 Abs. 1, die Lebenszykluskosten in Art. 29 Abs. 1, die Ökologie in Art. 29 Abs. 4, die Ressourcenschonung und der Umweltschutz in Art. 30 Abs. 4 sowie die Einhaltung des Umweltrechts in Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB.

137 Der „sozialen Nachhaltigkeit“ wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass Aufträge in der Schweiz nur an Anbieterinnen vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn einhalten. Werden Leistungen des Auftrags im Ausland erbracht, müssen mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden<sup>151</sup>.

#### **4.5. Begriff der natürlichen Ressourcen und des Umweltschutzes im GPA**

138 Art. 30 Abs. 4 BöB, wonach die Auftraggeberin technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen kann, knüpft an die entsprechende Formulierung in Art. X:6 GPA<sub>2012</sub> an<sup>152</sup> und kann gemäss der zu Art. XX(g) GATT ergangenen Rechtsprechung weit verstanden werden. Als „natürliche Ressourcen“ im Sinne des WTO-Rechts gelten sowohl biologische Ressourcen wie Fischbestände oder gefährdete Tierarten, als auch Bodensstoffe wie Mineralien, die Luft, die Atmosphäre sowie die Biodiversität als Ganzes<sup>153</sup>. Erfasst werden durch die GPA-Bestimmung alle Massnahmen, die sich für den Umweltschutz eignen<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019, S. 12.

<sup>148</sup> AB 2018 NR, S. 1000 ff., insbesondere S. 1004 Votum Müller.

<sup>149</sup> Vgl. AB 2018 NR, S. 1003 Votum Flückiger-Bäni.

<sup>150</sup> TRÜEB, Handkommentar, Art. 2 N 13; vgl. DE ROSSA GISIMUNDO, S. 169.

<sup>151</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885. Näheres dazu hinten, Rz. 195 ff.

<sup>152</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1946; KOCH, WTO Law, S. 191 f.

<sup>153</sup> Appellate Body und Panel Reports, US – Shrimp, para. 128, US – Gasoline, para. 6.36, (Fn. 22); KAUFMANN/WEBER, S. 512; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 27; KOCH, WTO Law, S. 77 f., 192.

<sup>154</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 27.

#### 4.6. *Missbrauchsanfälligkeit*

- 139 Als im Rahmen der Umsetzung des GPA<sub>1994</sub> in den 1990er-Jahren das moderne Vergaberecht des Bundes und der Kantone geschaffen wurde, erklärten zahlreiche Autoren und Behördenstellen alle Zielsetzungen ausserhalb des wirtschaftlichen Nutzens für die Vergabestelle bzw. ausserhalb der mittels der Beschaffung zu erfüllenden Aufgaben als „vergabefremd“. Damit war die Berücksichtigung solcher Ziele in den Vergabekriterien einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt und sie wurden überwiegend nur als zulässig erachtet, wenn dafür eine besondere gesetzliche Regelung bestand. Selbst für das in Art. 21 Abs. 1 aBöB ausdrücklich genannte Kriterium der Umweltverträglichkeit wurde von einzelnen Autoren unter Berufung auf die damalige Auffassung der EU-Kommission ein konkret-wirtschaftliches Verständnis in dem Sinne postuliert, dass es nur soweit berücksichtigt werden dürfe, als sich daraus ein konkreter wirtschaftlicher Nutzen für die Vergabestelle ergäbe<sup>155</sup>. Zum einen wurde diese Ablehnung der Integration weiterer öffentlicher und staatlicher Ziele damit begründet, dass die Komplexität zu hoch und das eigentliche Beschaffungsziel beeinträchtigt werde<sup>156</sup>. Zum andern wurde darin eine Gefahr für Protektionismus und andere diskriminierende Praktiken gesehen<sup>157</sup>. Zu den besonders heiklen bzw. missbrauchsanfälligen Kriterien wurde und wird die Berücksichtigung der Transportdistanzen gezählt<sup>158</sup>.
- 140 Auch nach dem mit der Revision des aBöB und der aIVöB vollzogenen „Paradigmenwechsel“<sup>159</sup>, der einen gleichberechtigten Einbezug der Nachhaltigkeitsziele bringt, wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass diese Gefahr fortbesteht. Die Problematik liegt zum einen darin, dass bei gewissen Umwelt- und Sozialkriterien der sachliche Bezug zum Beschaffungsgegenstand weniger eng ist<sup>160</sup>. Dem steht ein sehr grosses Ermessen der einzelnen Vergabestellen gegenüber, ob und wie Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden. Auch in dieser Hinsicht können Weisungen und Handbücher der Gemeinwesen bzw. ihrer Vergabestellen sowie unabhängige Standards dazu beitragen, das Handeln der Vergabestelle besser vorhersehbar zu machen. BöB und IVöB enthalten im Vergleich zum EU-Vergaberecht in vielen Punkten sehr viel offenere Regelungen. Kautelen, die das EU-Recht und die dazu ergangene Rechtsprechung namentlich zum Diskriminierungsverbot und zur Transparenz entwickelt haben, etwa im Bereich externer Umweltkosten und LCC, können wertvolle Anhaltspunkte für die Zulässigkeit entsprechender Kriterien im schweizerischen Vergaberecht bilden.
- 141 In diesem Zusammenhang kommt auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine grosse Bedeutung zu. Nach dem darin enthaltenen Aspekt der Zwecktauglichkeit müssen die Kriterien geeignet sein, ihr im öffentlichen Interesse angestrebtes Ziel zu erreichen. Kriterien errei-

---

<sup>155</sup> Vgl. GAUCH/STÖCKLI, S. 22 f.

<sup>156</sup> Vgl. TRÜEB, Handkommentar, Art. 2 N 3.

<sup>157</sup> DE ROSSA GISIMUNDO, S. 169; vgl. Botschaft BöB 2017, S. 1885 f.

<sup>158</sup> STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 90.

<sup>159</sup> BEYELER, Harmonie, S. 145.

<sup>160</sup> DE ROSSA GISIMUNDO, S. 169. Zum sachlichen Bezug vgl. nachfolgend Rz. 165 ff.

chen ihr Ziel nicht und sind unzulässig, wenn nur untergeordnete Teilaspekte einer im öffentlichen Interesse gewünschten Zielsetzung einbezogen werden<sup>161</sup>. Auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten<sup>162</sup>.

#### **4.7. Transportweg**

- 142 Je nach Beschaffungsgegenstand fallen wesentliche Umweltauswirkungen, die mit diesem verbunden sind, auf dem Transportweg an. Die Botschaft BöB 2017 weist darauf hin, dass gerade bei ökologischen Kriterien wie der Einhaltung nationaler Umweltstandards oder der Fahrtdistanz die Gefahr bestehe, dass diese zur Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen missbraucht werden. Sie fordert deshalb, dass insbesondere bei Kriterien zu Herstellungsverfahren, die ohne Wirkung auf das zu beschaffende Produkt bleiben, der sachliche Bezug zum Beschaffungsgegenstand sorgfältig zu prüfen sei<sup>163</sup>. Keine unzulässige Diskriminierung liegt jedoch vor, wenn die ökologischen Vergabeanforderungen einen genügenden sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben und mit ihnen in sachgerechter Weise ein Umweltziel verfolgt wird. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der aus den Transport- oder Anfahrtswegen resultierenden Umweltbelastungen. Werden diese Voraussetzungen eingehalten, stellt der Einbezug der Transport- oder Anfahrtswege bzw. der auf diesen verursachten Umweltbelastungen keine verbotene Diskriminierung der weiter entfernt lokalisierten Anbieterinnen dar, auch wenn damit für diese ein Nachteil verbunden ist<sup>164</sup>.
- 143 Der Vergabestelle kommt zwar ein grosser Ermessensspielraum bei der Auswahl der zu berücksichtigenden Umweltbelastungen zu. Es ist jedoch nicht zulässig, in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne Umweltaspekte herauszugreifen, die ökologisch untergeordnet sind und sich spezifisch zum Nachteil ortsfremder Anbieterinnen auswirken, während andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht gelassen werden<sup>165</sup>. Anerkannt ist, dass es im Rahmen einer umfassenden Betrachtung der wesentlichen Umweltauswirkungen eines Auftrags zulässig ist, auch die durch die Transportdistanz mitbestimmte Umweltbelastung zu berücksichtigen<sup>166</sup>.
- 144 Die Rechtsprechung zum EU-Recht bestätigt, dass ein ökologisches Kriterium, das etwa auch die Umweltbelastung auf dem Anfahrts- oder Transportweg berücksichtigt, nicht schon deshalb diskriminierend oder unzulässig ist, weil es für weiter entfernte Anbieterinnen mit Nachteilen verbunden ist<sup>167</sup>. Heikel ist jedoch das direkte Abstellen auf die reine Anfahrtsdistanz

---

<sup>161</sup> HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1409; KOCH, WTO Law, S. 198 f.; BGr, 31. Mai 2000, URP 2000, S. 613 (= Pra 2000, S. 902 f.; ZBI 2001, S. 312 ff.) E. 4b/c; VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 (= ZBI 2000, S. 255 ff.) E. 5a.

<sup>162</sup> HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1409; WEBER/KOCH, Rz. 65 f.

<sup>163</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885 f.

<sup>164</sup> Vgl. BGr, 31. Mai 2000, 2P.342/1999, URP 2000, S. 613 (= ZBI 2001, S. 312 ff.), E. 4b/c; OGr UR, 4. Oktober 2013, OG V 13 21, E. 2a, 2c und 3a; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N 27; vgl. WEBER/KOCH, R. 18, 22.

<sup>165</sup> HAUSER, Umweltaspekte, S. 379 f.; vgl. BGr, 31. Mai 2000, 2P.342/1999, URP 2000, S. 613 (= ZBI 2001, S. 312 ff.), E. 4b/c.

<sup>166</sup> BGr, 31. Mai 2000, 2P.342/1999 E. 4a; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 945-948; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1418; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 90 ff.

<sup>167</sup> Dazu vorn Rz. 127 f.; zur Relevanz der EuGH-Rechtsprechung für die Schweiz in dieser Frage: WEBER/KOCH, Rz. 40.

bzw. die Länge des Transportwegs<sup>168</sup>; dies ist nur zulässig, wo ausnahmsweise aufgrund der Eigenart der ausgeschriebenen Leistung klar ist, dass die reine Länge des Anfahrtswegs mit den wesentlichen Umweltbelastungen korreliert und insbesondere nicht durch unterschiedliche Emissionsklassen der Fahrzeuge übersteuert wird.

- 145 Die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen werden in Bezug auf die Berücksichtigung von Transportentfernungen bzw. der auf dem Transport verursachten Umweltbelastung als besonders heikel betrachtet, weil ihre Nichteinhaltung in einem wesentlichen Punkt grundsätzlich zum Ausschluss des Angebots führt. Deshalb haben sie einen besonders grossen Einfluss auf die Wettbewerbschancen einer Anbieterin. Die Verfügbarkeit eines Standorts in einer gewissen maximalen Distanz und damit die Länge des Transport- oder Anfahrtswegs ist als Eignungskriterium im Sinne der technischen oder organisatorischen Leistungsfähigkeit der Anbieterin grundsätzlich denkbar, wird sich aber unter den Aspekten der Erforderlichkeit, Gleichbehandlung und des Wettbewerbs nur in besonders gelagerten Fällen rechtfertigen<sup>169</sup>. Geht es um notwendige kurze Interventions- oder Lieferzeiten, sind anstelle von maximalen Entfernungen direkt die notwendigen zeitlichen Anforderungen festzulegen, und zwar – da es sich um eine Leistungsumschreibung handelt – in den technischen Spezifikationen, und nicht in den Eignungskriterien.
- 146 In den technischen Spezifikationen können Vorgaben zur Verminderung der Umweltbeeinträchtigungen auf dem Transportweg auf Art. 30 Abs. 4 BöB abgestützt werden. So können hier beispielsweise ökologische Mindestanforderungen an die zu verwendenden Fahrzeugtypen festgelegt werden, was jedenfalls bei einem transportintensiven Beschaffungsgegenstand als gerechtfertigt erscheint. Aufgrund des grossen Einflusses auf die Wettbewerbschancen verbietet Art. X:1 GPA<sup>2012</sup> ausdrücklich, mit technischen Spezifikationen unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. Deshalb ist voranzusetzen, dass die an den Transport gestellte, ökologisch motivierte Anforderung geeignet sein muss, das Umweltziel zu fördern und es darf keine andere weniger handelsbeschränkende Massnahme zu Verfügung stehen, mit der dasselbe Ziel ebenso erreicht werden könnte<sup>170</sup>.
- 147 Da die mit dem Transport verbundenen Emissionen nicht nur von der Entfernung, sondern namentlich auch von den eingesetzten Fahrzeugen und von organisatorischen Massnahmen abhängen, sind in der Regel nicht die Fahrdistanz, sondern die Umweltbelastung selbst oder aussagekräftige Indikatoren als technische Spezifikation oder als Zuschlagskriterium festzulegen. Dabei dürfen nicht Teilaspekte gewählt werden, die unter Umständen durch andere Faktoren übersteuert werden. Sollen beispielsweise die mit einem Lastwagentransport verbundenen Emissionen (wie z.B. Lärm, CO<sub>2</sub>, Stickoxide, Feinstaub) in die Bewertung einfließen, so ist nicht nur die Distanz, sondern auch die Emissionsklasse der Fahrzeuge zu berücksichtigen. Die Anforderungen müssen – namentlich wenn sie sich auf den Transport beziehen

---

<sup>168</sup> VGr ZH, 8. Mai 2014, VB.2014.00188 E. 4.3, wonach die Verwendung des Anfahrtswegs als Zuschlagskriterium eine Beschränkung des Marktzugangs auswärtiger Anbieter darstellt, die gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM nur zulässig ist, wenn sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und zudem verhältnismässig ist.

<sup>169</sup> WEBER/KOCH, Rz. 56; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 558.

<sup>170</sup> WEBER/KOCH, Rz. 26.

– einen klaren Vorteil bezüglich der Umweltschutzanliegen widerspiegeln<sup>171</sup>. Besonders heikel sind fixe Obergrenzen für die durch den Transport des Beschaffungsgutes verursachten Emissionen (z.B. CO<sub>2</sub>-Ausstoss), denn solche können, wenn sie ohne triftigen Grund festgelegt werden, sowohl innerhalb der Schweiz als auch gegenüber ausländischen Anbieterinnen (letzteres nur im Geltungsbereich des GPA) eine unzulässige indirekte Diskriminierung bedeuten<sup>172</sup>. Kann jedoch die Vergabestelle dartun, dass der Transport eines Gutes über grössere Entfernungen zwangsläufig eine Gefährdung der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit bedeutet, sind entsprechende technische Spezifikationen zulässig. Dies ergibt sich daraus, dass Art. X:1 GPA<sub>2012</sub> nur „unnötige“ Hemmnisse für den internationalen Handel verbietet. Sinngemäss hat dies der EuGH in seinem Entscheid Stadt Braunschweig bestätigt, in welchem er die entsprechende Begründung der deutschen Regierung nur deshalb verwarf, weil diese eine solche Notwendigkeit nicht nachgewiesen hatte<sup>173</sup>. In der Regel ist es vorzuziehen, die Emissionen auf dem Transport in eine Gesamtbetrachtung der wichtigsten Aspekte der ökologischen Nachhaltigkeit des Beschaffungsgegenstands einzubeziehen.

## C. Verbindung zum Beschaffungsgegenstand

### 1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU

<sup>148</sup> Das Erfordernis eines genügenden sachlichen Bezugs ist für das EU-Vergaberecht wesentlich im Concordia-Urteil von 2002 entwickelt worden. In der Richtlinie 2014/24 wird die Verbindung zum Auftragsgegenstand sowohl für die Eignungskriterien als auch für die technischen Spezifikationen, die Zuschlagskriterium und die Ausführungsbedingungen vorausgesetzt und für die Zuschlagskriterien in Art. 67 Abs. 3 VRL ausführlich wie folgt geregelt:

*„Zuschlagskriterien stehen mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, einschliesslich Faktoren, die zusammenhängen mit*

*a) dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung solcher Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder des Handels damit oder*

*b) einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium,*

*auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“*

---

<sup>171</sup> HAUSER, Umweltaspekte, S. 382.; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1417 f.; vgl. auch BGr, 31. Mai 2000, URP 2000, 618 (= Pra 2000, S. 901; ZBI 2001, S. 317) E. 4a; VGr ZH, VB.2010.00568 E. 4.5.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 945 ff.

<sup>172</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 24.

<sup>173</sup> EuGH, Urteil Stadt Braunschweig, Rn. 65.

- 149 Somit dürfen sich auch nachhaltigkeitsbezogene Kriterien ausdrücklich „in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium“ auf die zu beschaffende Leistung beziehen. Zudem wird explizit festgehalten, dass ein solcher Bezug zum Herstellungsprozess oder zu einem anderen „Lebenszyklus-Stadium“ bestehen kann, und zwar „auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL bezeichnet „Lebenszyklus“ alle Stadien, die ein Produkt während seiner Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder der Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu den Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Der Lebenszyklus umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und der damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung. Somit hat die VRL ein weites Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand eingeführt<sup>174</sup>.
- 150 Die Regelung von Art. 67 Abs. 3 VRL ist gemäss Art. 70 VRL auch auf die Ausführungsbedingungen anwendbar. Auch andere Vergabekriterien schreiben den genügenden sachlichen Bezug vor, umschreiben ihn aber selbst. So definiert Art. 42 Abs. 1 Uabs. 1 und 2 VRL die technischen Spezifikationen als Merkmale der betreffenden Leistung und stellt klar, dass diese sich auch auf den Herstellungsprozess oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums beziehen können, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind; vorausgesetzt wird auch hier, dass diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert sowie zu den Zielen der Beschaffung verhältnismässig sind. Damit ein Label als Nachweis für die geforderten Merkmale verlangt werden kann, ist gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a VRL u.a. vorausgesetzt, dass die Anforderungen an das Label lediglich Kriterien betreffen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und für die Bestimmung der Merkmale des Beschaffungsgegenstands geeignet sind. Art. 58 Abs. 1 Uabs. 2 VRL schreibt vor, dass die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Schliesslich setzt Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL für die Einrechnung externer Umweltkosten u.a. voraus, dass diese mit der beschafften Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen.

## 2. Rechtsprechung EuGH

### 2.1. Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)

- 151 Im Max Havelaar-Urteil hat der EuGH die Voraussetzung einer genügenden Verbindung zum Beschaffungsgegenstand konkretisiert<sup>175</sup>: Ein hinreichender Zusammenhang besteht auch dann, wenn als technische Spezifikationen und als Zuschlagskriterien Umwelteigenschaften festgelegt werden, die sich auf den *Herstellungsprozess* beziehen und sich *nicht materiell im Produkt niederschlagen*<sup>176</sup>. Somit darf in den technischen Spezifikationen und als Zuschlagskriterium beispielsweise eine biologische Produktion von Nahrungsmitteln verlangt werden.

---

<sup>174</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-177, S. 745.

<sup>175</sup> HENZEL, S. 155.

<sup>176</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 61 (technischen Spezifikationen), 89 ff. (Zuschlagskriterien); vgl. ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-173.

Einen solchen Bezug sah der EuGH im Urteil Max Havelaar auch hinsichtlich der sozialen Anforderungen an die Herstellung gegeben, wie sie dem Gütezeichen Max Havelaar zugrunde liegen, so namentlich dass Kleinerzeuger aus Entwicklungsländern gefördert werden, indem mit ihnen Handelsbeziehungen gepflegt werden, die ihre tatsächlichen Bedürfnisse und nicht nur die Gesetze des Marktes berücksichtigen. Der EuGH hielt fest, dass Zuschlagskriterien auch soziale Aspekte betreffen können, welche nicht die Nutzer der zu beschaffenden Leistungen betreffen, sondern andere Personen. Es kann also verlangt werden, dass die beschafften Produkte fair gehandelt worden sind<sup>177</sup>. Der EuGH hielt – wie schon im Urteil Wienstrom – fest, dass sich eine solche Anforderung *nur auf die zu liefernden Zutaten beziehen darf, um einen hinreichenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufzuweisen*<sup>178</sup>.

- 152 Zu beurteilen war auch die Anforderung, wonach die Bieter die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einhalten müssen, indem sie u.a. zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen. Diese entsprach nicht einem Eignungskriterium nach Art. 44 i.V.m. Art. 48 der Richtlinie 2004/18. Da diese Anforderung gemäss dem Lastenheft nicht auf die zu erbringende Leistung, sondern auf das Verhalten des Unternehmens insgesamt bezogen war, konnte sie auch nicht in eine Ausführungsbedingung umgedeutet und als solche zugelassen werden<sup>179</sup>. Nach dem Max Havelaar-Urteil sind somit Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen unzulässig, die nicht in einem konkreten Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung stehen, sondern nur die allgemeine Geschäftspolitik der Anbieter betreffen<sup>180</sup>.

## **2.2. Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)**

- 153 Unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung im Concordia-Entscheid hält der EuGH im Urteil Wienstrom fest, dass Zuschlagskriterien einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen. Sie müssen aber nicht einen rein wirtschaftlichen Vorteil des Angebots widerspiegeln, so dass die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt werden kann<sup>181</sup>. Dies ist bemerkenswert, weil bei einer Stromlieferung aus einem öffentlichen Netz technisch nicht festgestellt werden kann, welcher Energiequelle diese zuzuordnen ist<sup>182</sup>. Somit müssen sich ökologische Zuschlagskriterien nicht zwingend auf innere (physische) Eigenschaften des beschafften Produkts beziehen, sondern können auch ideelle Produkteigenschaften zum Gegenstand haben, die sich aus der Herstellung des Produkts ergeben<sup>183</sup>. Der hinreichende Zusammenhang eines Herstellungsverfahrens kann unabhängig davon bestehen, ob es sich in physischen Produkteigenschaften niederschlägt oder nicht. Im ersten Fall

---

<sup>177</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 85, 89.

<sup>178</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 90 ff.

<sup>179</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 102 ff.

<sup>180</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263; vgl. GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 766.

<sup>181</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 32-34, 66.

<sup>182</sup> KROHN, Ökostrom, S. 94 f.

<sup>183</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263.

spricht man von „product-related processes and production methods“, im zweiten von „non-product-related processes and production methods“<sup>184</sup>.

- 154 Nicht zulässig sind nach diesem Urteil hingegen Vergabekriterien, die sich auf das Herstellungsverfahren von Leistungen beziehen, die nicht Gegenstand der Beschaffung sind. Aus diesem Urteil Wienstrom wurde abgeleitet, dass die allgemeinen Umweltmanagementpraktiken der Anbieterin oder die Frage, ob sie über ein Umwelt-Audit-System verfügt, nicht als Zuschlagskriterien in Frage kommen<sup>185</sup>.

### **2.3. Das Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99)**

- 155 Bei der Ausschreibung des Betriebs einer Buslinie liess der EuGH die Berücksichtigung der Stickoxid- sowie Lärmemissionen der Busse als Zuschlagskriterien zu und verwarf damit die damals von der EU-Kommission vertretene Auffassung, dass nur „rein wirtschaftliche“, d.h. im direkten finanziellen Interesse der Vergabestelle liegende Zuschlagskriterien zulässig seien. Er hielt fest, dass sich auch Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, auf den Wert eines Angebots auswirken können<sup>186</sup>. Als eine der Voraussetzungen für die Verwendung von Umweltschutzkriterien als Zuschlagskriterien nannte er, dass diese *mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen*. Er leitete dies daraus ab, dass gemäss Art. 36 Abs. 1 Bst. a der RL 92/50/EWG (heute entsprechend Art. 67 Abs. 1 VRL) die Zuschlagskriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen müssen und sich ein Angebot notwendigerweise auf den Auftragsgegenstand beziehe<sup>187</sup>.

## **3. Weitere Rechtsprechung zum EU-Vergaberecht**

### **3.1. Das Evropaïki Dynamiki-Urteil des EuG vom 8. Juli 2010 (Rs. T-331/06)**

- 156 In seinem Urteil Evropaïki Dynamiki ist das Gericht der EU (General Court; EuG) nicht auf die Frage eingegangen, ob ein genügender sachlicher Bezug zur beschafften Leistung besteht. Dabei ging es um ein Verfahren zur Beschaffung von IT-Beratungsdiensten durch die Europäische Umweltagentur, bei dem nicht die VRL, sondern eine besondere, für die Institutionen der EU geltende Finanzordnung<sup>188</sup> anwendbar war. Möglicherweise mangels einer entsprechenden Rüge prüfte es nicht, ob das mit 10 % gewichtete Zuschlagskriterium „Allgemeine Umweltpolitik des Unternehmens“ überhaupt als Zuschlagskriterium vorgesehen werden durfte und ob es in der konkreten Beschaffung von IT Beratungsdiensten einen genügenden Bezug zur beschafften Leistung hatte<sup>189</sup>. Die Beschwerde wurde abgewiesen. Zur Rüge, ob

---

<sup>184</sup> KROHN, Ökostrom, S. 94.

<sup>185</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95.

<sup>186</sup> EuGH, Urteil Concordia, Rn. 55, 57; zum Ganzen auch: HAUSER, Umweltschutz, S. 35 ff.; MÜLLER-WREDE, S. 604 ff.

<sup>187</sup> EuGH, Urteil Concordia, Rn. 59, 69. Kritisch zu dieser Argumentation des EuGH: SEMPLE, Guide, Rz. 7.51.

<sup>188</sup> Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>189</sup> EuG, Urteil Evropaïki Dynamiki, vgl. insbesondere Rn. 74 ff. Ein dagegen beim Gerichtshof der EU eingereichtes Rechtsmittel wurde mit Beschluss vom 13. Januar 2012 (C-462/10 P) abgewiesen. Soweit im Rechtsmittel die Wahl des Zuschlagskriteriums der allgemeinen Umweltpolitik beanstandet

die Berücksichtigung von Drittzertifikaten in der vorgenommenen Bewertung zulässig war, vgl. unten im Abschnitt Zertifizierungen, Rz. 341.

### 3.2. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015

157 Für die Festlegung eines Mindestlohns als zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags im Sinne von Art. 26 VKR (heute Art. 70 VRL) ist der vorausgesetzte sachliche Zusammenhang bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gegeben<sup>190</sup>.

## 4. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

158 Die bei allen Vergabekriterien vorausgesetzte Verbindung mit dem Auftragsgegenstand verlangt, dass sich die Kriterien auf die im Rahmen des Auftrags erbrachten Leistungen oder die Art und Weise der Ausführung der beauftragten Arbeiten beziehen<sup>191</sup>. Ein solcher Bezug ist namentlich auch gegeben, wenn die Kriterien (alternativ)<sup>192</sup>:

- die Auswirkungen des Verbrauchs der bereitgestellten Güter betreffen;
- die Auswirkungen der Produktion, des Handels oder der Lieferung der bereitgestellten Güter betreffen;
- die Auswirkungen der Entsorgung der bereitgestellten Güter betreffen; oder
- die Auswirkungen der Bereitstellung der Güter, Arbeiten oder Dienstleistungen auf die Belegschaft betreffen.

159 Die Lehre geht von einer *weiten Auslegung* des Begriffs der Verbindung mit dem Auftragsgegenstand aus. Dies einerseits aufgrund der Regelung in Art. 67 Abs. 3 VRL, wonach sich eine solche Verbindung in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf den Beschaffungsgegenstand beziehen kann, in Verbindung mit der umfassenden Legaldefinition des Lebenszyklus in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL<sup>193</sup>. Andererseits wird auch vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH erwartet, dass diese Voraussetzung weit ausgelegt und sich deshalb nicht allzu restriktiv auf die nachhaltige Beschaffung auswirken wird<sup>194</sup>. Arrowsmith geht davon aus, dass die Frage, ob die Voraussetzung der Verbindung zum Auftragsgegenstand gegeben ist, für die Auftragsumschreibung (technische Spezifikationen, Ausführungsbestimmungen) und die Zuschlagskriterien in gleicher Weise zu beurteilen ist. Dabei hebt sie hervor, dass Zuschlagskriterien gegenüber Ausführungsbedingungen zugleich ein effizienteres als auch ein milderes Mittel sein können, um die gewünschte Wirkung (z.B. Begrenzung der Umweltauswirkungen) zu erzielen; sie ermöglichen es dem Auftraggeber, die Kosten der erwünschten Eigenschaft zu messen und in eine Gesamtwertung einzubringen.

---

worden war, erfolgte allerdings keine materielle Prüfung, weil angesichts bloss appellatorischer Kritik die Verfahrensvoraussetzungen dafür nicht gegeben waren (Rn. 26 ff.); vgl. KUNZLIK, S. 99.

<sup>190</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15. Juli 2015 – Verg 11/15, Rz. 66.

<sup>191</sup> Vgl. ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-171.

<sup>192</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-172.

<sup>193</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-177; vgl. auch KRÖNKE, Sozial verantwortliche Beschaffung, S. 106 ff.

<sup>194</sup> KOCH, WTO Law, S. 156.

Andererseits könnten Zuschlagskriterien ein so grosses Gewicht haben, dass sie in ihrer Wirkung beinahe einer Vertragsbedingung gleichkämen, weshalb sich auch in der umgekehrten Richtung keine Differenzierung rechtfertige<sup>195</sup>.

160 Kein genügender sachlicher Zusammenhang besteht jedoch nach der herrschenden Meinung bei Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen in Bezug auf die *allgemeine Unternehmenspolitik*<sup>196</sup>. Es darf somit nicht ein dauerhaftes Engagement des Bieters für ökologische oder soziale Anliegen verlangt werden<sup>197</sup>. So wird es als unzulässig betrachtet, von den Bietern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen. Das Erfordernis einer Verbindung mit dem Auftragsgegenstand schliesst mit anderen Worten Zuschlagskriterien zur Verfolgung horizontaler Vergabeziele (z.B. ökologische oder soziale Nachhaltigkeit, Menschenrechte) aus, wenn sich diese auf die Natur des Anbieters oder seine allgemeinen Geschäftspraktiken beziehen. So ist es nicht zulässig, von den Bietern eine vorbildliche Politik der Chancengleichheit im Unternehmen im Allgemeinen als Zuschlagskriterium zu bewerten oder von ihnen eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen<sup>198</sup>. Es darf beispielsweise vorgeschrieben werden, dass das beschaffte Produkt von Menschen mit Behinderung hergestellt wird, jedoch ist es nicht zulässig, zu verlangen, dass ein Unternehmen insgesamt einen bestimmten Anteil benachteiligter Personen beschäftigt. Ebenfalls nicht zulässig ist es, einen bestimmten Geschlechteranteil im Management zu verlangen<sup>199</sup>.

161 Eine differenzierte Meinung vertritt Krohn, der dafür hält, dass mit dem Entscheid Wienstrom offen geblieben sei, ob die Berücksichtigung der allgemeinen Unternehmenspolitik auf Basis der Beentjes- und Nord-Pas-de-Calais-Rechtsprechung *ausserhalb* der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots als „besonderes zusätzliches Kriterium“ gemeinschaftsrechtlich zulässig sei. Er führte aus, dass nach der Ansicht von Generalanwalt Mischo, die in den Urteilen Beentjes und Nord-Pas-de-Calais als zulässig beurteilten „zusätzlichen“ Zuschlagskriterien gerade keinen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufwiesen und es spreche viel dafür, dass die Berücksichtigung derartiger Kriterien – wie etwa der Teilnahme am Umwelt-Audit-System – gemeinschaftsrechtlich weiterhin nicht ausgeschlossen sei<sup>200</sup>. Diese Stellungnahme aus dem Jahr 2004 ist u. E. vor dem Hintergrund des damaligen Stands der Diskussionen zu sehen. Nach der heutigen Rechtslage ist entweder danach zu fragen, ob die betreffende Anforderung, z.B. das Audit-System, ein Beleg der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der technischen Eignung ist, so dass sie als Eignungskriterium in Frage kommt; oder es ist zu prüfen, ob aufgrund des Audits eine bessere Qualität der beschafften Leistung

---

<sup>195</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-172; ebenfalls für ein einheitliches Verständnis: KRÖNKE, Sozial verantwortliche Beschaffung, S. 106 ff.

<sup>196</sup> ErwGr. 97, 104 VRL; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 46; KRÖNKE, Fairtrade, S. 113; RÜHLE, S. 17; vgl. ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-177 S. 745, Bd. 2, Rz. 20-79; GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 322. Kritisch hierzu: SEMPLE, Guide, Rz. 7.47 ff.

<sup>197</sup> Für Deutschland: MUTSCHLER-SIEBERT/KERN, in: Handbuch Vergaberecht, § 32 Rn. 40.

<sup>198</sup> ErwGr. 97, 104 VRL; ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-171, 7-177; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 46, Art. 70 N 5; GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 322.

<sup>199</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N 5; vgl. Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 68.

<sup>200</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95.

erwartet werden darf, so dass eine Bewertung als Zuschlagskriterium in Frage kommt. So lässt Art. 62 VRL zu, dass verlangt wird, dass die Anbieterinnen bestimmte Qualitätssicherungsnormen erfüllen und dass sie dies durch Bescheinigungen unabhängiger Stellen nachweisen.

- 162 Im Urteil *Wienstrom* hat der EuGH Zuschlagskriterien abgelehnt, die sich ausschliesslich auf Unternehmenstätigkeiten ausserhalb des Beschaffungsgegenstands bezogen, namentlich auf die Kapazität zur Beschaffung erneuerbarer Energie ausserhalb des ausgeschriebenen Auftrags<sup>201</sup>. Soweit es aber um Aspekte der allgemeinen Unternehmenspolitik geht, die sich ihrer Natur nach nicht nur auf den Herstellungsprozess anderer als der nachgefragten Leistungen, sondern auch auf denjenigen des Beschaffungsgegenstands auswirkt, dürfte u. E. im Lichte der Rechtsprechung des EuGH eine genügende Verbindung zum Beschaffungsgegenstand im Sinne der neuen Richtlinien bestehen<sup>202</sup>. Dies wäre etwa bei der Einhaltung von Menschenrechten der Fall. Die Kriterien sind aber bezogen auf die Produktion der nachgefragten Leistung zu formulieren, nachzuweisen und zu bewerten<sup>203</sup>, was bedeutet, dass Aktivitäten des gleichen Unternehmens an organisatorisch und örtlich getrennten Standorten nicht in Betracht fallen. Gerade die in Art. 43 Abs. 1 Bst. a VRL für Labels im Zusammenhang mit der Voraussetzung der Verbindung zum Auftragsgegenstand erwähnte Anforderung, dass Bestimmung der Merkmale der Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen geeignet sind, könnte ein Hinweis darauf sein, dass in gewissen Fällen auch unternehmensbezogene Merkmale eine genügende Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen, wenn die Produkte auf dem Markt danach unterschieden werden<sup>204</sup>.
- 163 Diese Voraussetzung der Verbindung zum Beschaffungsgegenstand ist auch bei der Verwendung von Labels<sup>205</sup> zu beachten. Dass sie in Art. 43 Abs. 1 Bst. a VRL eigens festgehalten wird, wiederholt nur, was allgemein ohnehin gilt und stellt damit klar, dass die besondere Regelung der Labels diese nicht aufhebt<sup>206</sup>. Damit bildet diese Bestimmung u. E. keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Verbindung hier näher sein müsste als bei den anderen Vergabekriterien<sup>207</sup>.
- 164 In der Literatur wird als Beispiel eines unzulässigen Kriteriums der Nachweis der Mitgliedschaft in einer Stakeholder-Initiative wie der FairWearFoundation (FWF) genannt<sup>208</sup>. Diese ist

---

<sup>201</sup> Siehe vorn. Rz. 154.

<sup>202</sup> Vgl. SEMPLE, *Guide*, Rz. 7.47.

<sup>203</sup> In diesem Sinn wohl auch ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 1, Rz. 7-177.

<sup>204</sup> Zur Bedeutung der von Kundengruppen gemachten Unterscheidung auf dem Markt vgl. HAUSER, *Zuschlagskriterien*, S. 1214; STEINER, *Soziale Aspekte*, S. 40 Fn. 128, mit Verweis auf STEINER, *Umweltfreundliche Beschaffung*, S. 75. Zur besonderen Rolle des Staates als öffentlicher Auftraggebers in seiner Rolle Konsument vgl. ARROWSMITH/KUNZLIK, S. 21 ff., sowie STEINER, *Nachhaltige Beschaffung*, Rz. 3 (in Bezug auf Ausschlussgründe) und Rz. 10 (in Bezug auf ökologische Produktionsbedingungen im Rahmen von technischen Spezifikationen). Vgl. zudem: BEYELER, *Kaffee*, S. 264.

<sup>205</sup> Zu Labels vgl. Abschnitt IV.J Labels, Rz. 358 ff.

<sup>206</sup> ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 2, Rz. 20-100; CARANTA, S. 110.

<sup>207</sup> So aber wohl KOCH, *WTO Law*, S. 152.

<sup>208</sup> RÜHLE, S. 17.

eine unabhängige Stiftung mit Sitz in Amsterdam, welche sich für eine nachhaltigere Verarbeitung von Kleidern und für bessere Arbeitsbedingungen in den Textilfabriken einsetzt<sup>209</sup>.

## 5. Schweizerisches Vergaberecht

165 Umwelt- und Sozialkriterien müssen – vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen – immer einen sachlichen Bezug zur beschafften Leistung haben<sup>210</sup>. So müssen sich technische Spezifikationen gemäss Art. 30 BöB auf Merkmale des Beschaffungsgegenstands beziehen. Art. 29 Abs. 1 BöB verlangt, dass Zuschlagskriterien leistungsbezogen sein müssen<sup>211</sup>. Dies ist der Fall, wenn sie sich auf das Produkt *oder* auf dessen erwünschte Wirkung bei der Nutzung beziehen. Das schliesst auch ökologische und soziale Aspekte des Herstellungsverfahrens mit ein, solange sie einen genügenden Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen, wobei nicht vorausgesetzt wird, dass die Produktionsweise im Endprodukt „sichtbar“ ist bzw. sich dort physisch niederschlägt. Es genügt, wenn sie den Wert und die Eigenart des Produkts beeinflussen, wie dies z.B. bei Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung oder Tierprodukten aus artgerechter Haltung der Fall ist<sup>212</sup>. Hiervon ist namentlich auszugehen, wenn die Herstellungsweise auch in den Märkten ausserhalb der öffentlichen Beschaffung als relevant betrachtet wird<sup>213</sup>. Wenn Vergabeanforderungen das Herstellungsverfahren betreffen und keine materielle Auswirkung auf das zu beschaffende Produkt haben, ist der sachliche Bezug sorgfältig zu prüfen<sup>214</sup>. Diese ausdrückliche Zulassung von herstellungsbezogenen Kriterien kann sich auf die entsprechende Regelung im GPA stützen<sup>215</sup>. Als zulässiger herstellungsbezogene Aspekte werden etwa der Wasserverbrauch bei der Herstellung von Baumwolle<sup>216</sup>, die Emission von Treibhausgasen sowie Ernte- oder Rodungskriterien bei der Produktion genannt<sup>217</sup>.

166 Für die Frage, wann ein genügender sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand besteht, kann das EU-Recht aufgrund seiner relativ detaillierten Regelung und der reichhaltigen Praxis dieser Frage eine Auslegungshilfe bieten<sup>218</sup>. Allerdings ist auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die offenere Regelung der Schweiz<sup>219</sup> im Rahmen der geltenden Grundsätze den Vergabestellen unter Umständen einen grösseren Handlungsspielraum lässt. Dies gilt zunächst für den Staatsvertragsbereich, da die Regelungen der EU sehr viel detaillierter sind als die des GPA. Im Nichtstaatsvertragsbereich kommt namentlich Art. 29 Abs. 2 BöB dazu, der explizite Möglichkeiten für Zuschlagskriterien vorsieht, die keinen oder nur einen schwachen Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand aufweisen.

---

<sup>209</sup> FairWearFoundation, New Membership Guidelines.

<sup>210</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885 f.; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 6.

<sup>211</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

<sup>212</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885.

<sup>213</sup> HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1412; vgl. vorn Rz. 162 und Fn. 204.

<sup>214</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1886.

<sup>215</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1946; WEBER/KOCH, Rz. 16 ff.

<sup>216</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 10.

<sup>217</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 18; WEBER/KOCH, Rz. 18.

<sup>218</sup> Vgl. KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 18.

<sup>219</sup> Vgl. KOCH, WTO Law, S. 200.

- 167 Die Frage, ob ein genügender sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand auch für Aspekte bestehen kann, die sich auf das allgemeine Verhalten des Unternehmens (auch als „allgemeine Unternehmenspolitik“ bezeichnet) beziehen, ist für die Schweiz – anders als für das EU-Vergaberecht – nicht abschliessend geklärt. In der Lehre werden diesbezüglich verschiedene Meinungen vertreten. De Rossa/David befürchten, dass die im BöB erfolgte Beibehaltung des Erfordernisses einer funktionellen Verbindung zwischen den Kriterien und dem Beschaffungsgegenstand den angestrebten Paradigmenwechsel insbesondere in der sozialen Dimension behindern könnte. Um die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verstärkung des Einbezugs der sozialen Dimension der Nachhaltigkeit (einschliesslich derjenigen, die sich auf die Korruptionsbekämpfung beziehen) effektiv umzusetzen, sprechen sie sich deshalb dafür aus, das Erfordernis eines Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand weit auszulegen. Insbesondere müsse es möglich sein, dass sich die Kriterien auch auf die allgemeine Politik des Unternehmens beziehen können<sup>220</sup>.
- 168 Unter dem alten Vergaberecht lehnten u.a. Steiner und im Grundsatz auch Beyeler dies ab<sup>221</sup>. Diese Autoren waren sich darin einig, dass es unzulässig war, von den Bietern ein allgemeines Engagement in ökologischer oder sozialer Hinsicht zu verlangen und sprachen kernig von der „Erkenntnis, dass ‚Unternehmererziehungsprogramme‘ nicht ins Vergaberecht gehören“<sup>222</sup>. Steiner argumentierte, dass Kriterien, die keinen hinreichenden Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen, als vergabefremd zu betrachten seien und alsdann nur gestützt auf eine besondere gesetzliche Grundlage berücksichtigt werden dürften<sup>223</sup>. Als unzulässig betrachtete er beispielsweise, wenn von sämtlichen Anbietern, die Bundesaufträge erhalten wollen, ein Umweltmanagementzertifikat verlangt würde; darin wäre ein „Versuch zu sehen, das Verhalten der Anbieter über die Erfordernisse der konkreten Beschaffung hinaus zu steuern“<sup>224</sup>. Beyeler setzte sich in seiner Besprechung des Max Havelaar-Urteils des EuGH mit dieser Frage auseinander. Während er auch für die Schweiz im Prinzip daran festhielt, dass es unzulässig sei, von den Unternehmen ein allgemeines Engagement in sozialer und ökologischer Hinsicht zu verlangen, betrachtete er unternehmensweite Massnahmen dann als zulässiges Kriterium, wenn eine sozialverträgliche und umweltgerechte Leistungserbringung ausnahmsweise tatsächlich nur mit solchen möglich ist und sie zu diesem Zweck nötig erscheinen. Dabei zog er Parallelen zur Anforderung eines unternehmensweiten Qualitätsmanagements oder Umweltmanagements – obwohl sich eine solche Anforderung auf das Unternehmen als Ganzes beziehe, gehe es dabei direkt um die Qualität der Auftragserfüllung, denn ein rein projektbezogenes Qualitätsmanagement sei häufig nicht gleichermassen wirksam, wenn es nicht in ein allgemeines, unternehmensweites Qualitätsmanagement integriert sei<sup>225</sup>.
- 169 Mit dem neuen BöB wird im Zweckartikel und in spezifischen Bestimmungen zu den Teilnahmebedingungen, den Zuschlagskriterien und den technischen Spezifikationen klargestellt,

---

<sup>220</sup> DE ROSSA/DAVID, Rz. 30, mit Verweis auf SEMPLE, Link, S. 73 f. und auf COMBA, S. 314 ff.

<sup>221</sup> BEYELER, Kaffee, S. 264; STEINER, Soziale Aspekte, S. 39 f., 59 ff.; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 60.

<sup>222</sup> STEINER, Soziale Aspekte, S. 63; vgl. BEYELER, Kaffee, S. 264.

<sup>223</sup> STEINER, Soziale Aspekte, passim und S. 31 ff., 51 f.

<sup>224</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 7, S. 159.

<sup>225</sup> Vgl. BEYELER, Kaffee, S. 264. Ähnlich argumentiert SEMPLE, Guide, Rz. 7.51.

dass die Verfolgung ökologischer und sozialer Ziele der vergaberechtlichen Logik nicht fremd ist, sondern in die verschiedenen Kriterien des Vergabeverfahrens einbezogen werden kann. Entsprechend verringert sich der Rechtfertigungsdruck für die Verwendung solcher Vergabeanforderungen und die Ansprüche, die an die Verbindung zum Beschaffungsgegenstand gestellt werden, brauchen nicht (mehr) höher gesetzt zu werden als bei anderen qualitativen Kriterien. Damit darf dem von Beyeler formulierten Argument ein stärkeres Gewicht zukommen: An die Zulässigkeit von sozialen und ökologischen Anforderungen, die sich auf das Unternehmenshandeln insgesamt beziehen, sind keine höheren Anforderungen zu stellen als an die Zulässigkeit der Vorgabe eines Qualitätsmanagementsystems. Anforderungen an das Verhalten des Unternehmens insgesamt sind deshalb u.E. insoweit als zulässig zu betrachten, als sich dieses nur schwer von den Herstellungsbedingungen der beschafften Leistung trennen lässt. Insbesondere gilt dies für menschenwürdige und faire Arbeitsbedingungen und die Beachtung der Menschenrechte, welche nicht innerhalb eines Unternehmens oder gar eines Standorts je nach hergestelltem Produkt „teilbar“ sind.

170 In der Botschaft BöB 2017 wird in Bezug auf die Zuschlagskriterien festgehalten, dass es möglich sein solle, Fairtrade-Produkte zu beschaffen<sup>226</sup>. Dieser Begriff steht für Produkte, die mit einem Label des fairen Handels ausgestattet sind. Es scheint deshalb, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass Labels im Vergabeverfahren nach dem neuen BöB eingesetzt werden können. Nun setzt etwa der Erwerb des in der Schweiz sehr verbreiteten Labels Max Havelaar für ein Produkt unter Umständen auch die Einhaltung von gewissen unternehmensweit geltenden Anforderungen voraus. Beispielsweise muss der Produzent für die Zertifizierung von Tee aus Plantagen mit angestellten Arbeitskräften sowohl den Standard für lohnabhängige Beschäftigte als auch einen produktspezifischen Standard<sup>227</sup> einhalten. Ersterer stellt Anforderungen an die Arbeitsbedingungen, die sich teilweise mit den Voraussetzungen gemäss Art. 12 und 26 BöB decken, aber teilweise auch darüber hinausgehen. Diese Bedingungen gelten grundsätzlich für das ganze Unternehmen, ausser soweit dieses einen gesonderten Betrieb ohne Verbindung zur Fairtrade-Produktion führt<sup>228</sup>. Nach dem Gesagten ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber solche Labels zulassen wollte, was dafür spricht, den vorausgesetzten Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen. Damit können unter den genannte Voraussetzungen grundsätzlich Labels verlangt und bewertet werden, die auch Anforderungen an das allgemeine Unternehmenshandeln enthalten, wenn dies erforderlich ist, um eine sozialverträgliche und umweltgerechte Herstellung des Beschaffungsgegenstands zu erreichen<sup>229</sup>.

171 Verschiedene in der Vergangenheit für die Unzulässigkeit einer Bezugnahme auf die allgemeine Unternehmenspolitik aufgeführten Beispiele, wie etwa die Voraussetzung eines Umweltmanagementzertifikats auch bei nicht umweltsensitiven Aufträgen<sup>230</sup> oder die Beschaffung ausschliesslich bei Anbieterinnen, deren Produktpalette nur Fairtrade-Produkte umfasst,

---

<sup>226</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

<sup>227</sup> Fairtrade International, „Fairtrade Standard for Tea for Hired Labour and Traders“, Version 1.2 vom 1.5.2011.

<sup>228</sup> Fairtrade International, „Fairtrade Standard for Hired Labour“, Version 1.6 vom 15.1.2014, Ziff. 3.

<sup>229</sup> Vgl. zu den sozialen Aspekten auch hinten Rz. 334 ff. und zu diesbezüglich zum GPA Fn. 579.

<sup>230</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 7.

bleiben so aber weiterhin unzulässig. Ebenfalls unzulässig ist die Berücksichtigung, ob ein Elektrizitätsproduzent die Elektrizität, die er anderen Kunden liefert, ebenfalls aus erneuerbarer Energie herstellt<sup>231</sup>.

172 Der sachliche Bezug allein genügt allerdings nicht, um solche Vergabeanforderungen zu rechtfertigen. Vielmehr müssen sie auch im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips insbesondere geeignet sein, die angestrebten Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Unzulässig ist es daher, unter den Nachhaltigkeitsaspekten in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne herauszugreifen, die sich spezifisch zum Nachteil ortsfremder Anbieterinnen auswirken und andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht zu lassen<sup>232</sup>.

173 Auf die Voraussetzung eines sachlichen Bezugs zum Beschaffungsgegenstand kann bei sozialen und ökologischen Zuschlagskriterien verzichtet werden, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht<sup>233</sup>.

## **D. Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

174 Wie erwähnt verlangt Art. 18 Abs. 2 VRL, dass Anbieter die umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X zur VRL aufgeführten internationalen Vorschriften festgelegt sind<sup>234</sup>. Gemäss Art. 56 Abs. 1 Uabs. 2 VRL können die öffentlichen Auftraggeber „entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäss Artikel 18 Absatz 2 genügt“. Damit insofern überschneidend<sup>235</sup> besteht gemäss Art. 57 Abs. 4 Uabs. 1 lit. a VRL ein fakultativer Ausschlussgrund bei nachgewiesenem Verstoss gegen Art. 18 Abs. 2 VRL. Werden umweltbezogene, soziale und arbeitsrechtliche Anforderungen oder mit Unionsrecht vereinbare Verpflichtungen zur Einhaltung von Tarifverträgen, die sich namentlich in Auftragserfüllungsklauseln befinden können, nicht eingehalten, kann dies unter Umständen als schwere Verfehlung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers betrachtet werden, die dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann<sup>236</sup>. Art. 57 Abs. 1 VRL regelt die zwingenden Ausschlussgründe. Ein Ausschluss muss unter anderem erfolgen, wenn eine Anbieterin wegen Kinderarbeit und anderen Formen des Menschenhandels verurteilt worden ist (lit. f).

175 Die Überprüfung der Einhaltung der umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen in Anwendung von Art. 56 Abs. 1 Uabs. 2 VRL soll in den relevanten Phasen des Vergabever-

---

<sup>231</sup> Vgl. dazu EuGH, Urteil Wienstrom, vorn Rz. 154.

<sup>232</sup> Siehe vorn Rz. 141.

<sup>233</sup> BGE 140 I 285 E. 7.1; RIEDI, Rz. 10. Siehe dazu für die Zuschlagskriterien hinten Rz. 245 ff.

<sup>234</sup> Siehe dazu vorn Rz. 110 ff.

<sup>235</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 57 N 61.

<sup>236</sup> ErwGr. 39 VRL.

fahrens erfolgen. Die Erbringung der erforderlichen Nachweise richtet sich nach den Bestimmungen zu den Nachweisen und Eigenerklärungen in Art. 59-61 VRL<sup>237</sup>. Der Nachweis eines Verstosses nach Art. 57 Abs. 4 VRL kann durch alle geeigneten Mittel erfolgen; eine Verurteilung oder ein anderweitiges Gerichtsurteil, das den Verstoß feststellen würde, wird nicht vorausgesetzt<sup>238</sup>.

- 176 Art. 69 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Uabs. 2 VRL bestimmen, dass sich die Erläuterungen, welche öffentliche Auftraggeber bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot vom Anbieter verlangen müssen, insbesondere auch auf die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 VRL genannten Verpflichtungen beziehen können und dass ein solches Angebot auszuschliessen ist, wenn es diesen Anforderungen nicht genügt. Dies ist die einzige Konstellation, in der ausdrücklich ein zwingender Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vorgesehen ist<sup>239</sup>.

## **2. Rechtsprechung EuGH**

### **2.1. Das Lavorgna-Urteil des EuGH vom 2. Mai 2019 (Rs. 309/18)**

- 177 Das nationale Recht darf vorschreiben, dass die Anbieter in ihrem Angebot die Arbeitskosten gesondert angeben müssen und dass die Unterlassung der Angabe zum Ausschluss dieses Angebots ohne die Möglichkeit zur Mängelbehebung führt. Dies verstösst nicht gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und der Transparenz im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU. Diese Pflicht muss nicht zwingend und explizit in den Ausschreibungsunterlagen stehen, sondern es genügt, wenn diese auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, aus der sich diese Pflicht eindeutig ergibt. Falls jedoch die Ausschreibungsbestimmungen die Anbieter daran hindern, in ihrem Angebot diese Kosten anzugeben, folgt aus den Grundsätzen der Transparenz und der Verhältnismässigkeit, dass den Bietern gestattet werden kann, ihre Situation nachträglich zu bereinigen.

### **2.2. Das Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18)**

- 178 Diesem im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Im Laufe des Verfahrens stellte der öffentliche Auftraggeber fest, dass einer der von der Anbieterin Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA in ihrem Angebot genannten Unterauftragnehmer die Vorschriften über das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit nicht einhielt. Infolgedessen wurde die Anbieterin Tim vom Verfahren ausgeschlossen.
- 179 Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten in Übereinstimmung mit Art. 57 VRL vorsehen können, dass ein öffentlicher Auftraggeber befugt oder sogar verpflichtet ist, einen Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen, wenn einer seiner Subunternehmer gegen die geltenden Verpflichtungen gemäss Art. 18 Abs. 2 VRL (umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen

---

<sup>237</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 56 N 10.

<sup>238</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 57 N 61.

<sup>239</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 194.

Verpflichtungen) verstösst<sup>240</sup>. Die Grundsätze gemäss Art. 18 VRL müssen während des gesamten Verfahrens eingehalten werden. Wenn eine solche Regelung in Bezug auf die Subunternehmer besteht, ist der Auftraggeber aufgrund des Gleichbehandlungsgebots verpflichtet, nicht nur alle Anbieter, sondern auch alle in deren Angeboten genannten Subunternehmer daraufhin zu prüfen, ob ein Verstoss gegen Art. 18 Abs. 2 VRL vorliegt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung lässt eine mitgliedstaatliche Regelung zu, wonach der Verstoss eines Subunternehmers, der erst nach der Auftragsvergabe festgestellt wird, nur zur Ersetzung des Subunternehmers führt, auch wenn die Feststellung eines solchen Verstosses vor der Auftragsvergabe zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führt. In Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit muss der Schweregrad der Unregelmässigkeiten beim Entscheid über den Ausschluss berücksichtigt werden<sup>241</sup>.

180 Droht dem Anbieter wegen eines Verstosses gegen die umwelt-, sozial und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, der einem von ihm eingeplanten Unterauftragnehmer zuzurechnen ist, der Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren, hat er die Möglichkeit, dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen, dass er trotz Vorliegens eines solchen Ausschlussgrundes zuverlässig bleibt, wobei der öffentliche Auftraggeber gemäss Art. 57 Abs. 6 Uabs. 3 VRL die von diesem Wirtschaftsteilnehmer vorgelegten Nachweise unter Berücksichtigung der Schwere der Situation und der besonderen Umstände des Falles zu würdigen hat. Entsprechend ist ein automatischer Ausschluss, wie im zu beurteilenden Fall, nicht mit Art. 57 Abs. 4 und 6 VRL und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar<sup>242</sup>. Das Vorliegen eines Ausschlussgrundes bei einem Subunternehmen führt daher nicht zwingend zum Ausschluss des Anbieters aus dem Vergabeverfahren. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, inwiefern der Anbieter den Verstoss kontrollieren konnte und ob eine Ersetzung des Subunternehmens als milderes Mittel anstelle des Ausschlusses in Frage kommt. Für Anbieter bedeutet dies, dass sie bei der Vorbereitung einer Kooperation im Hinblick auf die Angebotsabgabe in einem Vergabeverfahren mit Vorteil bei allen beteiligten Unternehmen auf sämtlichen Ebenen der vorgesehenen Leistungskette prüfen, ob keine Ausschlussgründe gegeben sind, um das Bieterkonsortium insgesamt vor einem Ausschluss zu schützen<sup>243</sup>.

### **2.3. Der EuGH-Beschluss *Spinosa Costruzioni* vom 10. November 2016 (Rs. C-162/16)**

181 Anforderungen an die Angebote, deren Nichterfüllung zum Ausschluss führen können, müssen sich klar aus den Ausschreibungsunterlagen oder den gesetzlichen Vorschriften ergeben. Nach dem EuGH-Beschluss *Spinosa Costruzioni* darf die Verletzung der Pflicht, die Betriebsausgaben für die Sicherheit am Arbeitsplatz im Angebot gesondert anzugeben, nicht zum Ausschluss führen, wenn sich diese nicht ausdrücklich aus den Unterlagen des Verfahrens oder

---

<sup>240</sup> EuGH, Urteil Tim, Rn. 35, 40.

<sup>241</sup> EuGH, Urteil Tim, Rn. 45 ff. mit Hinweis auf ErwGr. 101 VRL.

<sup>242</sup> EuGH, Urteil Tim, Rn. 50 ff.

<sup>243</sup> SIEBLER, S. 593.

den nationalen Vorschriften ergibt, sondern aus einer Auslegung dieser Vorschriften und der Schliessung von Lücken in diesen Unterlagen durch das letztinstanzliche nationale Gericht<sup>244</sup>.

#### **2.4. Das RegioPost-Urteil des EuGH vom 17. November 2015 (Rs. C-115/14)**

182 Der EuGH hat die nationale Bestimmung, wonach sich jeder Bieter und Nachunternehmer verpflichten musste, den mit der Ausführung des betreffenden öffentlichen Auftrags befassten Beschäftigten einen gesetzlich festgelegten Mindestlohn zu zahlen, als eine „*zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags*“ im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18 qualifiziert<sup>245</sup>. Dieser Bestimmung entspricht in der aktuellen Richtlinie Art. 70 VRL.

183 Im Sinne des von Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG aufgestellten Verfahrenserfordernisses der Transparenz muss diese zusätzliche Bedingung sowohl in die Vergabebekanntmachung als auch in die Verdingungsunterlagen aufgenommen werden<sup>246</sup>.

184 Eine auch auf ausländische Anbieter anwendbare Mindestlohnvorschrift kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 56 AEUV darstellen, die durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein kann<sup>247</sup>. Diese Rechtfertigung betrachtete der EuGH durch die Schrankenbestimmung des Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. Art. 3 der Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes als gerechtfertigt<sup>248</sup>.

185 Vergabestellen dürfen im Sinne einer Teilnahmebedingung bzw. eines Ausschlussgrunds für Leistungen am Ort des Auftraggebers verlangen, dass Anbieter und ihre Subunternehmer einen an diesem Ort (also am Ort der Leistungserbringung) formell-gesetzlich festgelegten *Mindestlohn* bezahlen (und dies auch mit Wirkung für die von ihnen entsandten Arbeitnehmer). Eine solche Teilnahmebedingung ist einerseits zulässig, wenn der Mindestlohn am betreffenden Ort sowohl für Aufträge Privater als auch für öffentliche Aufträge gilt. Andererseits ist sie auch zulässig, wenn sie zwar nur für öffentliche Beschaffungen, für diese aber generell gilt<sup>249</sup>. Damit ist entgegen einer in der Literatur verschiedentlich aus dem Urteil Rüffert abgeleiteten Auffassung ein sogenannter „*vergabespezifischer Mindestlohn*“, der nicht auch für Leistungen unter Privaten gilt, zulässig. Dies leitet der EuGH namentlich aus Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG (VKR) ab, der unter bestimmten Voraussetzungen die Vorgabe eines Mindestlohns bei öffentlichen Aufträgen gestattet. Dabei wurde die Beschränkung des Geltungsbereichs des Mindestlohns auf öffentliche Aufträge als Folge der im EU-Sekundärrecht, konkret in der Richtlinie 2004/18/EG, aufgestellten Sonderregelung betrachtet, woraus die Zulässigkeit dieser Einschränkung abgeleitet wurde<sup>250</sup>. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung,

---

<sup>244</sup> EuGH, Beschluss Spinosa Costruzioni, Tenor und Rn. 32-35; EuGH, Beschluss Edra Costruzioni und Edilfac, Tenor und Rn. 32-35.

<sup>245</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 54.

<sup>246</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 55.

<sup>247</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 69 f.; vgl. in diesem Sinne Urteil Bundesdruckerei, Rn. 30 f.

<sup>248</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 66.

<sup>249</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 53-77, insbesondere 65 f.

<sup>250</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 53-77, insbesondere 65.

dass in Bereichen, die auf Unionsebene erschöpfend harmonisiert wurden, nationale Massnahmen, nach Massgabe der Harmonisierungsmassnahmen und nicht direkt anhand des Primärrechts der EU zu beurteilen sind<sup>251</sup>.

186 Weil das EuGH-Urteil RegioPost darauf verweist, dass im zu beurteilenden Fall keine andere Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die Branche der Postdienstleistungen vorsah, bleibt unklar, ob neben einem tieferen, vom Bund vorgeschriebenen Mindestlohn ein Bundesland einen höheren vergaberechtlichen Mindestlohn vorschreiben kann<sup>252</sup>. Ebenfalls unklar scheint, ob ein vergaberechtsspezifischer Mindestlohn auch branchenabhängig festgelegt werden kann, denn einerseits betont der EuGH in Rn. 75, dass der gesetzlich vorgeschriebene Mindestlohn grundsätzlich allgemein und branchenunabhängig für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge im Land Rheinland-Pfalz galt, andererseits verwies er in Rn. 62 und 76 darauf, dass für die in Frage stehende *Branche der Postdienstleistungen* kein niedrigerer Mindestlohn aufgrund anderer Rechtsvorschriften galt. In der Erkenntnis zur Vorlagefrage wird kein Bezug auf die Branchenabhängigkeit genommen<sup>253</sup>. Wesentlich war, dass der Mindestlohn in einer Rechtsvorschrift selbst vorgesehen war – dies im Unterschied zum Fall Ruffert, wo in der Ausschreibung auf einen Mindestlohn gemäss einem nicht allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag verwiesen wurde<sup>254</sup>.

## **2.5. Das Bundesdruckerei-Urteil des EuGH vom 18. September 2014 (Rs. C-549/13)**

187 Hier beurteilte der EuGH eine *Mindestlohnvorschrift, die auch auf im Ausland erbrachte Leistungen zur Anwendung kommen sollte*. Diese Mindestlohnvorschrift hatte den Zweck, eine angemessene Entlohnung der Arbeitnehmer zu gewährleisten und orientierte sich an den Lebenshaltungskosten im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers; den tieferen Lebenshaltungskosten im Staat der Leistungserbringung trug sie keine Rechnung. Dadurch beraubte sie das im anderen Mitgliedstaat ansässige Subunternehmen der Möglichkeit, aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen. Insofern geht die Regelung über das hinaus, was erforderlich ist, um das Ziel des Arbeitnehmerschutzes zu erreichen. Unter diesen Umständen ist die Arbeitnehmerentsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) nicht anwendbar und kann die Mindestlohnvorschrift als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen<sup>255</sup>.

188 Der EuGH liess offen, ob der in Rede stehende öffentliche Auftrag in den Geltungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fiel. Er hielt fest, dass gemäss Art. 26 dieser Richtlinie „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“, insbesondere als „soziale Aspekte“, die „in der

---

<sup>251</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 57, mit Verweis auf die Urteile DaimlerChrysler, C-324/99, Rn. 32, Brzeziński, C-313/05, Rn. 44 und Kommission/Ungarn, C-115/13, Rn. 38.

<sup>252</sup> BYOK/CONRADS, S. 148; als unzulässig betrachten dies: BEYELER, Entscheide, Rz. 205; BEYELER, RegioPost; GERMELMANN, S. 72.

<sup>253</sup> KREUZER, S. 65, betrachtet die Branchenunabhängigkeit des Mindestlohns als entscheidend; STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 189, wirft die Frage auf, ob aus den beiden Urteilen Ruffert und RegioPost im Ergebnis hervorgehe, dass ein Mindestlohn umso eher gerechtfertigt sei, je umfassender sein Geltungsbereich sei.

<sup>254</sup> EuGH, Urteil RegioPost, Rn. 62, mit Verweis auf Urteil Ruffert, siehe dort insbesondere Rn. 24.

<sup>255</sup> EuGH, Urteil Bundesdruckerei, Rn. 33, 34, 36.

Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben“ sind, nur gestellt werden können, sofern sie „mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar“ sind<sup>256</sup>.

189 Entscheidend war, dass jedenfalls eine Erstreckung der Mindestlohnregelung auf Arbeitnehmer, die zur Ausführung des öffentlichen Auftrags in einem anderen EU-Mitgliedstaat tätig sind und der niedrigere Mindestlohnsätze und niedrigere Lebenshaltungskosten kennt, als unverhältnismässig erschien, wenn diese tieferen Lebenshaltungskosten nicht berücksichtigt werden<sup>257</sup>.

190 Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung sollen die Ausführungen des EuGH im Urteil Bundesdruckerei nicht auf die aktuelle Regelung übertragen werden können, weil diese den ökologischen und sozialen Belangen bei der öffentlichen Auftragsvergabe ein deutlich höheres Gewicht beimesse. Dies wird daran festgemacht, dass Art. 70 VRL die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nicht mehr explizit vorbehalte und der EuGH im Urteil Bundesdruckerei entscheidend hierauf abgestellt habe<sup>258</sup>.

## **2.6. Das Ruffert-Urteil des EuGH vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06)**

191 In Anwendung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie beurteilte der EuGH eine landesrechtliche Gesetzesbestimmung als unzulässig, die die Einhaltung von Mindestlöhnen gemäss nicht allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen<sup>259</sup> bei öffentlichen Vergaben (auch mit Wirkung für ausländische Anbieterinnen bzw. Subunternehmerinnen) verlangte. Aus der Begründung des Entscheids wurde geschlossen, dass vergabespezifische Mindestlöhne unzulässig seien, doch wurde dies später im Entscheid RegioPost dahingehend relativiert, dass vergabespezifische Mindestlöhne nur dann unzulässig sind, wenn andere tiefere Mindestlohnvorschriften bestehen. Gemäss dem Urteil Ruffert erlaubt es Art. 3 der Arbeitnehmerentsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) nicht, dass ein Aufnahmemitgliedstaat die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig macht, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz hinausgehen. Deshalb durfte für entsandte Mitarbeiter nur die Einhaltung von Mindestlöhnen gefordert werden, wenn diese eine allgemeine Geltung haben<sup>260</sup>.

192 Weiter verneinte der EuGH im Entscheid Ruffert, dass ein auf öffentliche Beschaffungen beschränkter Mindestlohn als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden könne. Dem stand nach diesem Urteil entgegen, dass der Mindestlohn nur für einen Teil der Bautätigkeit galt, da die betreffenden vergaberechtlichen Rechtsvorschriften nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und nicht für die Vergabe privater Aufträge galten und zum anderen auf einen Tarifvertrag verwiesen, der nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war<sup>261</sup>.

---

<sup>256</sup> EuGH, Urteil Bundesdruckerei, Rn. 28.

<sup>257</sup> EuGH, Urteil Bundesdruckerei, Rn. 33 f., 36.

<sup>258</sup> GLASER, S. 55.

<sup>259</sup> Diese entsprechen in ihrer Funktion den Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz, vgl. KELLER, S. 302.

<sup>260</sup> EuGH, Urteil Bundesdruckerei, Rn. 32 f.

<sup>261</sup> EuGH, Urteil Bundesdruckerei, Rn. 38 f.

193 Der Entscheid Rüffert ging allerdings weder auf die im Zeitpunkt des Zuschlags anwendbare Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ein, noch auf die im Urteilszeitpunkt geltende Richtlinie 2004/18/EG<sup>262</sup>. Entsprechend wurde dem im später ergangenen Urteil RegioPost beachteten Umstand, dass mit den Vergaberichtlinien eine sekundärrechtliche Ausführungsregelung zur Dienstleistungsfreiheit geschaffen wurde<sup>263</sup>, dass die Vergaberichtlinien in Konkurrenz treten zur Entsenderichtlinie und dieser gegenüber für das Beschaffungswesen spezifischer sind, keine Beachtung geschenkt. Die Aussagekraft des Entscheids Rüffert muss deshalb relativiert werden. Somit lässt sich heute – also nach der Präzisierung durch den Entscheid RegioPost – aus dem Entscheid Rüffert im Wesentlichen ableiten, dass es unzulässig ist, im Vergabeverfahren die Einhaltung von nicht allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen zu verlangen.

### 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

194 Nach Mohr spricht einiges dafür, dass angesichts der vom EuGH herausgearbeiteten Grundsätze zu den Mindestlöhnen vergabespezifische, über den bundeseinheitlichen Mindestlohn hinausgehende Mindestentgeltvorgaben der Bundesländer unzulässig seien, weil sie den freien Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt unverhältnismässig beschränken. Allerdings ist er der Ansicht, dass diesbezüglich erst ein neuer Entscheid des EuGH Rechtssicherheit bringen wird<sup>264</sup>. Steinicke folgert aus dem Entscheid RegioPost, dass Mindestlohnvorschriften umso eher zulässig seien, je weiter ihr Anwendungsbereich sei. Jedenfalls seien mit dem Urteil RegioPost des EuGH die Möglichkeiten für soziale und arbeitsrechtliche Anforderungen erweitert worden<sup>265</sup>.

### 4. Schweizerisches Vergaberecht

195 Unter Teilnahmebedingungen sind Grundvoraussetzungen (das Bundesgericht spricht auch von Grundanforderungen) für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu verstehen, die für alle Anbieterinnen gelten. Anders als Eignungskriterien sind sie unabhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand<sup>266</sup>. Werden sie nicht eingehalten, schliesst die Auftraggeberin die Anbieterin grundsätzlich aus dem Vergabeverfahren aus oder widerruft den Zuschlag<sup>267</sup>, vorbehalten sind insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus<sup>268</sup>. Zudem können in diesem Fall Sanktionen nach Art. 45 BöB greifen, wie z.B. ein Ausschluss von künftigen Aufträgen während bis zu fünf Jahren.

196 Wie in der EU hat sich auch in der Schweiz die Auffassung etabliert, dass die Einhaltung minimaler Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für einen funktionierenden

---

<sup>262</sup> Art. 80 und 83 VKR.

<sup>263</sup> Vgl. vorn Rz. 100 und 185.

<sup>264</sup> MOHR, Sozial motivierte Beschaffungen, S. 45 f.

<sup>265</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 18 N 189 f.

<sup>266</sup> BGE 143 I 177 E. 2.3; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N 2; WYSS, Handkommentar, Art. 26 N 3.

<sup>267</sup> Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB.

<sup>268</sup> WYSS, Handkommentar, Art. 26 N 4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 444 ff.; RIEDI, Rz. 49.

Wettbewerb unverzichtbar ist<sup>269</sup>. Art. 12 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 BöB sowie Art. 4 VöB verlangen, dass Aufträge für im Inland zu erbringende Leistungen nur an Anbieterinnen vergeben werden dürfen, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit<sup>270</sup> sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit<sup>271</sup> einhalten. In Abweichung sind gemäss Art. 12 Abs. 1 IVöB für inländische Anbieter aufgrund des Herkunftsortsprinzips nach Art. 3 BGBM die Bestimmungen am Ort ihres Sitzes bzw. ihrer Niederlassung massgebend. Für ausländische Anbieter gelten für Leistungen, die sie in der Schweiz erbringen, auch im Anwendungsbereich der IVöB immer die Bestimmungen am Leistungsort<sup>272</sup>. Zu den nach Art. 12 BöB und Art. 12 IVöB einzuhaltenden Bestimmungen und Bedingungen gehören die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes<sup>273</sup> und seiner Ausführungsverordnungen, Gesamt- und Normalarbeitsverträge und, wo solche fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen<sup>274</sup>. Existiert in einer Branche ein Gesamtarbeitsvertrag, sind die Anbieterinnen zwar nicht verpflichtet, diesem beizutreten, jedoch darf im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge von ihnen dessen Einhaltung in Bezug auf die massgeblichen Arbeitsbedingungen, u.a. auch die vorgesehenen Mindestlöhne, verlangt werden<sup>275</sup>.

197 Für im Ausland zu erbringende Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 zum BöB einhalten. Bezüglich der im Ausland einzuhaltenden Arbeitsbedingungen ist das Parlament über den bundesrätlichen Regelungsvorschlag hinausgegangen und hat in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BöB ausdrücklich vorgesehen, dass die Auftraggeberin zudem die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern kann. Damit sollen die Beschaffungsstellen die Möglichkeit erhalten, in spezifischen Fällen über das absolute Minimum hinausgehende Anforderungen in die Ausschreibung aufzunehmen<sup>276</sup>. Weiter hat das Parlament in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BöB auch den Passus aufgenommen, dass die Auftraggeberin entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren kann<sup>277</sup>. Art. 4 Abs. 2 VöB präzisiert, dass die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der ILO verlangt werden kann, soweit die Schweiz sie ratifiziert hat. Aus Art. 16 Abs. 1 und 2 des Freizügigkeitsabkommens mit der EU<sup>278</sup> leitet sich

---

<sup>269</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1911; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N 1; RIEDI, Rz. 33; WYSS, Handkommentar, Art. 26 N 3.

<sup>270</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41).

<sup>271</sup> Vgl. Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1).

<sup>272</sup> Musterbotschaft IVöB 2019, S. 44.

<sup>273</sup> Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11).

<sup>274</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1911; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N 14.

<sup>275</sup> AGVE 2018, S. 253 ff., E. 3.2; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N 9.

<sup>276</sup> AB 2018 NR, S. 1012, schriftliche Begründung des Antrags Regazzi.

<sup>277</sup> Dies ergibt sich auch aus Art. 12 Abs. 5 BöB.

<sup>278</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681).

sodann die Pflicht der Schweiz ab, bei Anbieterinnen aus EU- oder EFTA-Staaten die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gleichwertige Rechte und Pflichten wie in der Richtlinie 96/71/EG zustehen<sup>279</sup>.

198 Während diese Bestimmungen einerseits einem funktionierenden und fairen wirtschaftlichen Wettbewerb dienen, bilden sie ebenso ein Element der „sozialen Nachhaltigkeit“ im Vergaberecht.

199 Art. 12 Abs. 1 BöB verlangt für im Inland zu erbringende Leistungen, dass die Anbieterinnen die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Diese Bestimmung ist zwingend. Die VRL kennt demgegenüber (wie auch die SRL) keine Regelung zur Lohngleichheit von Frauen und Männern. Den Erwägungsgründen lässt sich aber entnehmen, dass jedenfalls Ausführungsbedingungen u.a. mit dem Ziel festgelegt werden können, die Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben sowie die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben zu fördern<sup>280</sup>. Da die Nichteinhaltung solcher Verpflichtungen gegebenenfalls zum Ausschluss vom Verfahren führen kann, wirkt sich dies ähnlich aus wie eine Teilnahmebedingung<sup>281</sup>. Allerdings schreibt das EU-Vergaberecht der öffentlichen Auftraggeberin nicht vor, solche Ausführungsbedingungen festzusetzen<sup>282</sup>.

200 In Bezug auf den Umweltschutz hat das Parlament Art. 12 Abs. 3 BöB eingefügt. Dieser schreibt nun ausdrücklich vor, dass eine Auftragsvergabe voraussetzt, dass die Anbieterin mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhält. Bei Leistungen, die im Inland zu erbringen sind, gehören dazu die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, sind gemäss Art. 4 Abs. 3 VöB das am Ort der Leistung geltende Umweltrecht sowie die Übereinkommen gemäss Anhang 2 zur VöB massgebend. In diesem Anhang sind zunächst die gleichen vier Umweltübereinkommen wie im Anhang X zur VRL aufgelistet, zusätzlich aber noch die folgenden vier weiteren: Rotterdamer PIC Konvention, Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt, Washingtoner Artenschutzübereinkommen, Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung<sup>283</sup>. Die Anforderungen nach den Art. 12 Abs. 1-3 BöB sind auch durch die Subunternehmerinnen einzuhalten<sup>284</sup>.

201 Gemäss Art. 26 BöB stellt die Auftraggeberin sicher, dass die Anbieterinnen und die Subunternehmerinnen die Teilnahmebedingungen, namentlich auch die Voraussetzungen nach Art. 12 BöB, einhalten. Sie kann von den Anbieterinnen verlangen, dass sie die Einhaltung der Teilnahmebedingungen nachweisen. Art. 12 Abs. 5 BöB erwähnt sodann die Befugnis der

---

<sup>279</sup> BöB Botschaft 2017, S. 1913.

<sup>280</sup> ErwGr. 98 Abs. 2 VRL.

<sup>281</sup> ErwGr. 39 VRL.

<sup>282</sup> Siehe nun aber Art. 21 des Richtlinienvorschlags zur Lohntransparenz.

<sup>283</sup> Siehe Vergleichstabelle Bestimmungen zur Nachhaltigkeit, Thema Umweltvorschriften bei im Ausland erbrachten Leistungen, S. 1.

<sup>284</sup> Art. 12 Abs. 4 BöB.

Auftraggeberin, die Einhaltung der Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1-3 BöB zu kontrollieren oder die Kontrolle Dritten zu übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Diese Kontrollen können sich auch auf die Subunternehmerinnen beziehen<sup>285</sup>.

202 Eine ähnliche Regelung wie Art. 12 BöB besteht in der EU gemäss Art. 18 Abs. 2 VRL. Gemäss dieser Bestimmung des EU-Vergaberechts haben die EU-Mitgliedstaaten geeignete Massnahmen zu treffen, um die Einhaltung der umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen durch die Anbieter sicherzustellen. Eine Bestimmung, die Art. 26 BöB direkt entspricht, kennt die VRL zwar nicht, doch haben die Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Art. 18 Abs. 2 VRL ähnliche Verpflichtungen der Vergabestellen vorzusehen<sup>286</sup>. Immerhin regelt Art. 60 VRL, der durch Anhang XII zur VRL ergänzt wird, recht detailliert die Nachweise, welche die Vergabestellen als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen und für die Einhaltung der Eignungskriterien verlangen können.

203 Verschiedene der in Art. 44 BöB geregelten Ausschlussgründe sind für die nachhaltige Beschaffung von besonderer Bedeutung. Der Ausschluss einer Anbieterin aus dem Verfahren, deren Streichung aus einem Verzeichnis und der Widerruf eines Zuschlags sind u. a. möglich,

- wenn eine Anbieterin die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllt (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB);
- wenn ihr Angebot oder Teilnahmeantrag wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB);
- wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt missachten (Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB).

204 Neu ist die besondere Erwähnung verschiedener Nachhaltigkeitsaspekte in Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB. Mit der Kann-Formulierung ist angedeutet, dass nicht jede Verfehlung zwingend zum Ausschluss führt. Die Folgen sind in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips unter Berücksichtigung der Schwere des Verstosses und der Möglichkeit einer sofortigen Korrektur zu bestimmen<sup>287</sup>. Liegt ein rechtskräftiges Urteil wegen schwerer Delikte vor (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB), dürfte ein Ausschluss regelmässig geboten sein (so auch Art. 57 Abs. 1 VRL).

---

<sup>285</sup> BöB Botschaft 2017, S. 1914; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N 17 und 21.

<sup>286</sup> Vgl. WYSS, Handkommentar, Art. 26 N 14.

<sup>287</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1963.

## E. Eignungskriterien

### 1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU

205 Gemäss Art. 58 Abs. 1 Uabs. 1 VRL können Eignungskriterien die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen. Solche Aspekte können für eine nachhaltige Beschaffung wichtig sein. Art. 58 VRL enthält jedoch keine spezifisch der Nachhaltigkeit dienende Bestimmungen. Gemäss Anhang XII zur VRL Teil 2 II kann als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit u.a. eine Angabe über das Lieferkettenmanagement- und Überwachungssystem, das dem Wirtschaftsteilnehmer zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht, sowie über Umweltmanagement- und Qualitätssicherungsmassnahmen, die der Wirtschaftsteilnehmer während der Auftragsausführung anwenden kann, gefordert werden. Art. 58 VRL schreibt nicht zwingend vor, dass Eignungskriterien festgelegt werden. Wenn dies aber gemacht wird, sind ausschliesslich die in dieser Bestimmung genannten Eignungskriterien zulässig<sup>288</sup>.

206 Die Dokumentation, mit welcher der Anbieter seine Eignung nachzuweisen hat, wird in Art. 60 VRL über „Nachweise“ und in Art. 62 VRL über die Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement geregelt<sup>289</sup>. Art. 62 Abs. 1 VRL hält ausdrücklich fest, dass Standards zur Qualitätssicherung auch die Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen betreffen können (was im Kontext der diesbezüglich verschärften Bestimmungen zu den technischen Spezifikationen gemäss Art. 42 Abs. 1 Uabs. 3 und 4 zu sehen ist). Gemäss Art. 62 Abs. 2 VRL können Zertifikate als Nachweis für die Einhaltung von Umweltmanagementstandards verlangt werden. Der Anwendungsbereich der Regelung zum Umweltmanagement wurde gegenüber der früheren Regelung (Art. 48 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 50 der Richtlinie 2004/18/EG) erweitert, so dass nun in allen Vergabeverfahren – und nicht mehr nur in „entsprechenden Fällen“ – die Vorlage eines von einer unabhängigen Institution ausgestellten Zertifikats darüber verlangen kann, dass der Anbieter die Anforderungen eines bestimmten Umweltmanagementsystems oder bestimmte Umweltmanagementstandards einhält<sup>290</sup>. Zu den Umweltmanagementzertifikaten vgl. auch die Ausführungen im Kapitel IV.I Zertifizierungen, Rz. 340.

### 2. Rechtsprechung EuGH

#### 2.1. *Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)*

207 Unzulässig ist nach dem Max Havelaar-Entscheid ein Eignungskriterium bzw. eine Mindestanforderung, wonach die Bieter die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einhalten müssen, indem sie u.a. zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen. Dies wurde damit begründet, dass es sich nicht um Aspekte handelt, die in Art. 44 i.V.m. Art. 48 der Richtlinie 2004/18 als Eignungskriterien

---

<sup>288</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 58 N 9.

<sup>289</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 62 N 3 f.

<sup>290</sup> HAMER, Brussels Commentary, Part I, Art. 62 N 11.

zulässig waren und zudem nicht auf die zu erbringende Leistung bezogen sind<sup>291</sup>. Somit sind nach diesem Urteil *Eignungskriterien unzulässig, die nicht in einem konkreten Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung stehen, sondern nur die allgemeine Geschäftspolitik der Anbieter betreffen*<sup>292</sup>. Beispielsweise darf der öffentliche Auftraggeber also nicht verlangen, „dass potenzielle Bieter ausschließlich Produkte aus fairem Handel in ihrem Sortiment führen, sondern nur, dass die an ihn im Rahmen eines öffentlichen Auftrags konkret zu liefernden Produkte aus fairem Handel stammen“<sup>293</sup>.

208 Schliesslich stellte der EuGH auch eine *Verletzung der Transparenzverpflichtung* nach Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG fest, weil die vorgenannten Eignungskriterien und Mindestanforderungen zu unbestimmt formuliert waren, so dass die Anbieter nicht erkennen konnten, auf welche Weise sie die Kriterien erfüllen oder inwiefern sie zu den vom Auftraggeber in Bezug auf den Kaffeemarkt und die Kaffeeproduktion angestrebten Zielen beitragen sollten, um die Kriterien zu erfüllen. Wie die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen geltend gemacht hat, müssten die Kriterien so klar, präzise und eindeutig umschrieben sein, dass alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter in die Lage versetzt werden, sicher und in vollem Umfang zu wissen, welches die Kriterien sind, die diese Anforderungen umfassen<sup>294</sup>.

## **2.2. Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)**

209 Die Unzulässigkeit nicht überprüfbarer Anforderungen, die der EuGH für Zuschlagskriterien festgestellt hat<sup>295</sup>, gilt wohl auch für Eignungskriterien<sup>296</sup>.

## **2.3. Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. 31/87)**

210 Im Fall Beentjes befand der Gerichtshof, dass eine Klausel, die die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen verlangte, nichts zu tun hatte mit der Überprüfung der Eignung der Bieter auf der Grundlage ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Lage sowie ihrer technischen Fachkenntnisse und Leistungsfähigkeit<sup>297</sup>. Es könnte aber eine Bedingung, die die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen verlangt, in die Vertragserfüllungsklauseln aufgenommen werden, vorausgesetzt, dass dies im Einklang mit den EU-Vorschriften ist, die für die Ausführungsphase gelten (siehe dazu im Kapitel IV.H Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen, Rz. 311).

---

<sup>291</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 102 ff.

<sup>292</sup> Siehe vorn Rz. 152; BEYELER, Kaffee, S. 263; vgl. GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 766.

<sup>293</sup> Schlussanträge der Generalanwältin vom 15. Dezember 2011 in der Rs. C-368/10, Rn. 88.

<sup>294</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 109 ff.

<sup>295</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 47-52.

<sup>296</sup> BOYLE, S. 325.

<sup>297</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 28.

### 3. Weitere Rechtsprechung zum EU-Vergaberecht

#### 3.1. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015

- 211 Das OLG Düsseldorf stellte in einem Beschluss aus dem Jahr 2015 fest, dass eine Verpflichtung zur Bezahlung von Tarif- und Mindestlöhnen nicht im Rahmen des Eignungsnachweises beurteilt werden darf, sondern nur als „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“<sup>298</sup>. Dies hat zur Folge, dass der Nachweis vom Anbieter erst nach der Zuschlagserteilung, also bei der Durchführung des Auftrags gefordert werden kann. Da er nicht mit dem Angebot eingereicht werden muss, kann das Fehlen des Nachweises keinen Ausschluss des Anbieters rechtfertigen. Diese Konstellation führt für die Vergabestellen zu ernsthaften Problemen, wenn der Anbieter diese Bedingung in der Ausführungsphase des Auftrags nicht erfüllt<sup>299</sup>. Der Beschluss erging noch unter der Richtlinie 2004/18/EG, doch haben sich die dafür entscheidenden Anforderungen an Eignungskriterien in der Richtlinie 2014/24/EU nicht wesentlich geändert, so dass die Feststellung des OLG Düsseldorf auch heute noch Geltung beanspruchen dürfte<sup>300</sup>.
- 212 Im Verhältnis zu Drittländern gelten die Vorschriften am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen (z.B. Call Center in Indien)<sup>301</sup>. Zudem sind die im Anhang X zur VRL festgelegten internationalen Übereinkommen im Sozial- und Umweltrecht einzuhalten, namentlich die Arbeitsbedingungen der ILO-Kernarbeitsnormen<sup>302</sup>.

### 4. Schweizerisches Vergaberecht

- 213 Nach Art. 27 BöB müssen die Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Anbieterinnen in den Ausschreibungsunterlagen abschliessend festgelegt werden. Die Eignungskriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Entsprechend müssen sie auftragsspezifisch definiert werden<sup>303</sup>. Dabei kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu<sup>304</sup>. Aus der Voraussetzung der Erforderlichkeit bzw. aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV folgt, dass sie den Kreis der möglichen Anbieterinnen nur soweit einschränken dürfen, wie dies mit Blick auf den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist<sup>305</sup>. Restriktive Eignungskriterien, die dazu führen, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt, sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn dies aus überwiegenden

---

<sup>298</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015 – Verg 11/15, Rz. 65 ff.; in diesem Sinn auch VK Westfalen, Beschluss vom 21. Januar 2015 – VK 18/14.

<sup>299</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 328.

<sup>300</sup> Vgl. GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 328 f.

<sup>301</sup> ErwGr. 37 und 38 VRL; GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 329.

<sup>302</sup> Art. 18 Abs. 2 VRL.

<sup>303</sup> WYSS, Handkommentar, Art. 27 N 4, 9 f.; Botschaft BöB 2017, S. 1941; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 555; HAUSER, Umweltaspekte, S. 355; STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 6.

<sup>304</sup> BGE 141 II 14 E. 7.1.

<sup>305</sup> Vgl. BVGE 2010/58 E. 6.3; WYSS, Handkommentar, Art. 27 N 9.

Interessen erforderlich ist<sup>306</sup>. Sie müssen einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben<sup>307</sup>, was besonders für Nachhaltigkeitsaspekte betont wird<sup>308</sup>. Gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung in Art. 27 BöB können sich die Eignungskriterien insbesondere auf die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische oder organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterinnen beziehen.

214 Nachhaltigkeits- oder Umweltschutzaspekte sind im Gesetzestext – anders als bei den Teilnahmebedingungen, den Zuschlagskriterien und den technischen Spezifikationen – nicht ausdrücklich erwähnt, doch können sie nach einhelliger Auffassung auch als Eignungskriterien festgelegt werden<sup>309</sup>. Damit bei einer Vergabe Nachhaltigkeits Elemente berücksichtigt werden können, muss ein sachlicher Bezug zum Leistungsgegenstand bestehen. So wird es beispielsweise – unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts und insbesondere von Art. 62 VRL – als zulässig erachtet, bei einem umwelttechnisch anspruchsvollen Bauprojekt eine entsprechende Weiterbildung oder Vertrautheit mit Umweltmanagementsystemen zu fordern<sup>310</sup>. Generell bei allen öffentlichen Aufträgen ein Umweltmanagementsystem als Eignungskriterium festzulegen, wie das in der EU mit Art. 62 Abs. 2 VRL ermöglicht wurde, dürfte in der Schweiz demgegenüber nicht zulässig sein. Ein Umweltmanagementsystem kann dann verlangt werden, wenn objektiv gesehen für die zu beschaffende Leistung erhöhte Gewissheit über die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zum Umweltschutz bestehen soll<sup>311</sup>. Dies ist namentlich der Fall, wenn für den Auftrag anspruchsvolle umweltrechtliche Regelungen gelten oder die Vergabestelle entsprechende Vorgaben in der Leistungsbeschreibung oder den Zuschlagskriterien festlegt<sup>312</sup>.

## **F. Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien im Allgemeinen**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

215 Nach Art. 67 Abs. 1 VRL erteilen die öffentlichen Auftraggeber den Zuschlag (immer) auf der Grundlage des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“. Die umständlich formulierte Regelung von Art. 67 Abs. 2 VRL sieht vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot „auf der Grundlage des Preises oder der Kosten mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung“, bestimmt wird. Die Bewertung kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien bewertet wird. Als Kriterien können qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte einbezogen werden. Die Kriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Der Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis entspricht inhaltlich unverändert dem Zuschlag auf das wirtschaftlich

---

<sup>306</sup> GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 557; vgl. BVGE 2010/58 E. 6.3.

<sup>307</sup> SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 98.

<sup>308</sup> SCHNEUWLY, S. 662; Botschaft BöB 2017, S. 1946; zum Erfordernis des sachlichen Bezugs im Allgemeinen siehe vorn Rz. 165 ff.

<sup>309</sup> In Bezug auf ökologische Anforderungen: HAUSER, Umweltaspekte, S. 355; STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 6.

<sup>310</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 41.

<sup>311</sup> HAUSER, Umweltaspekte, S. 356.

<sup>312</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 6.

günstigste Angebot nach der früheren Regelung (Art. 53 Abs. 1 Bst. a VKR)<sup>313</sup>. Art. 67 Abs. 2 Bst. a VRL erwähnt verschiedene Zuschlagskriterien, die besonders im Dienste der Nachhaltigkeit stehen, namentlich: „Zugänglichkeit“ (für Personen mit einer Behinderung), „Design für Alle“ sowie „soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften“ und „Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen“. Die Aufzählung ist beispielhaft, also nicht abschliessend<sup>314</sup>.

- 216 Bei einer Vergabe nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis müssen die Kriterien in einer Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen (Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1 VRL). Die Anforderungen an einen genügenden sachlichen Bezug werden in Art. 67 Abs. 3 VRL eingehend geregelt. Diese Neuregelung ist sehr bedeutsam, indem sie eine klare Grundlage für den Einbezug von Gesichtspunkten des Herstellungsprozesses schafft und die Möglichkeit erweitert, ökologische, soziale und innovationsbezogene Zuschlagskriterien vorzusehen. Vgl. dazu den Abschnitt Verbindung zum Beschaffungsgegenstand, Rz. 148 ff.
- 217 Die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien in den Auftragsunterlagen ist in Art. 67 VRL nicht geregelt (abgesehen von der in Art. 67 Abs. 5 VRL vorgesehenen Pflicht zur Bekanntgabe ihrer Gewichtung), folgt aber aus Art. 49 VRL i.V.m. Anhang V Teil C Ziff. 18 zur VRL und aus dem Transparenzgebot<sup>315</sup>.
- 218 Um zu verhindern, dass das gerade auch im Dienste einer nachhaltigen Beschaffung sehr grosse Ermessen der Vergabestellen den Wettbewerb beeinträchtigt, statuiert Art. 67 Abs. 4 VRL in Anlehnung an die Rechtsprechung der EuGH-Urteile Concordia und Wienstrom nebst dem Erfordernis einer Verbindung zum Beschaffungsgegenstand sowie der Pflicht zur Bekanntgabe folgende weiteren Anforderungen an die Zuschlagskriterien:
- Sie dürfen nicht zu einer uneingeschränkten Wahlfreiheit für den öffentlichen Auftraggeber führen.
  - Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten.
  - Sie müssen mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Im Zweifelsfall nehmen die öffentlichen Auftraggeber eine wirksame Überprüfung der Richtigkeit der von den Bietern beigebrachten Informationen und Nachweise vor.
- 219 Das Kostenelement kann auch die Form von Festpreisen oder Festkosten annehmen, so dass die Wirtschaftsteilnehmer nur noch mit Blick auf Qualitätskriterien miteinander konkurrieren. Aus der Vorschrift, wonach die Mitgliedstaaten die Verwendung des Preises oder der Kosten als einziges Zuschlagskriterium ausschliessen oder einschränken können, wird ersichtlich, dass die VRL dies weiterhin zulässt.

---

<sup>313</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 8; GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 768.

<sup>314</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 15.

<sup>315</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 42.

## 2. Rechtsprechung EuGH

### 2.1. *Das Montte-Urteil des EuGH vom 20. September 2018 (Rs. 546/16)*

220 Im Montte-Urteil hält der EuGH fest, dass die Vergabestelle in den Vergabebedingungen eines offenen Ausschreibungsverfahrens Mindestanforderungen (Mindestpunktzahl) hinsichtlich der technischen Bewertung festlegen kann, mit der Wirkung, dass Angebote, die diese nicht erreichen, von der weiteren Bewertung ausgeschlossen werden. Art. 67 VRL, der den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots bzw. des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vorsieht, steht dem nicht entgegen<sup>316</sup>. Dies ermöglicht es, ein Mindestmass an Qualität durch relative Kriterien zu definieren. Diese können sich auch auf ökologische, soziale und wirtschaftliche Nachhaltigkeit beziehen. Führt die Mindestpunktzahl dazu, dass die Vergabestelle aufgrund der geringen Zahl an verbleibenden Angeboten der Ansicht ist, dass kein genügender Wettbewerb mehr besteht, steht es ihr frei, das Verfahren abzubrechen und erforderlichenfalls ein neues Verfahren mit anderen Zuschlagskriterien einzuleiten<sup>317</sup>.

### 2.2. *Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)*

221 Der EuGH hielt fest, dass Zuschlagskriterien auch soziale Aspekte betreffen können, welche nicht die Nutzer der zu beschaffenden Leistungen betreffen, sondern andere Personen<sup>318</sup>. Das Zuschlagskriterium, wonach die zu liefernden Zutaten mit den Gütezeichen EKO und/oder Max Havelaar ausgestattet sein sollen, bezog sich ausschliesslich auf die im Rahmen dieses Auftrags zu liefernden Produkte (Kaffee, Tee und andere zur Herstellung der in Automaten angebotenen Getränke erforderliche Zutaten), nicht aber auf die sonstige Einkaufspolitik der Anbieter. Deshalb betrachtete der EuGH einen genügenden sachlichen Bezug als gegeben. In Fortführung der Rechtsprechung des Urteils Wienstrom entschied der EuGH, dass sich die Zuschlagskriterien nicht unbedingt auf innere (also physische) Eigenschaften der zu beschaffenden Leistung beziehen müssen. Damit ist ein Zuschlagskriterium, das darauf abstellt, dass das Produkt fair gehandelt worden ist, grundsätzlich zulässig<sup>319</sup>. Dieses Merkmal ist als *ideelle Produkteigenschaft* zu betrachten<sup>320</sup>. Somit können die den Gütezeichen EKO und Max Havelaar zugrunde liegenden Merkmale im Rahmen eines Zuschlagskriteriums bewertet werden. Hingegen galten die unter dem damaligen Vergaberecht für technische Spezifikationen aufgestellten Voraussetzungen auch für Zuschlagskriterien: Es durfte nicht verlangt werden, dass die Leistung selbst durch das Gütezeichen ausgezeichnet war; jedoch konnten die entsprechenden Eigenschaften bewertet werden, wobei diese in den Ausschreibungsunterlagen genügend präzise bekannt zu geben waren. Sodann musste den Anbietern die Möglichkeit gewährt werden, diese Eigenschaften direkt – also ohne Verwendung des Labels – nachzuweisen<sup>321</sup>.

---

<sup>316</sup> EuGH, Urteil Montte, Tenor und Rn. 27 ff.

<sup>317</sup> EuGH, Urteil Montte, Tenor und Rn. 41 ff.

<sup>318</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 85.

<sup>319</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 90 f.; vgl. ErwGr. 97 VRL.

<sup>320</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263.

<sup>321</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 93 ff.

### 2.3. **Das Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)**

- 222 In diesem Urteil hat der EuGH festgehalten, dass es bei der Vergabe eines Auftrags für die Lieferung von Strom zulässig ist, ein Zuschlagskriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt. Es ist auch zulässig, dieses Zuschlagskriterium mit 45 % zu gewichten. Dabei sei es unerheblich, dass sich mit diesem Kriterium das angestrebte Ziel möglicherweise nicht erreichen lässt<sup>322</sup>.
- 223 Der EuGH bestätigte zudem die im Concordia-Urteil festgelegten Grundsätze. Demnach müssen ökologische Zuschlagskriterien zwar mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen<sup>323</sup>, sie müssen aber nicht einen rein wirtschaftlichen Vorteil des Angebots widerspiegeln<sup>324</sup>. Somit müssen sich ökologische Zuschlagskriterien nicht zwingend auf innere (physische) Eigenschaften des beschafften Produkts beziehen, sondern können auch ideelle Produkteigenschaften zum Gegenstand haben, die sich aus der Herstellung des Produkts ergeben<sup>325</sup>. Vorausgesetzt ist aber, wie schon im Concordia-Urteil statuiert, dass die Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, dass sie ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und dass bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden. Diese Grundsätze gelten sowohl für die Festlegung der Zuschlagskriterien als auch für die Bestimmung ihrer Gewichtung. Die Zuschlagskriterien müssen in einer Gesamtwürdigung der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen<sup>326</sup>.
- 224 Die Gewichtung ökologischer Kriterien obliegt den Vergabestellen, denen dabei ein grosses Ermessen zukommt<sup>327</sup>. Die hohe Gewichtung des Kriteriums für erneuerbaren Strom rechtfertigte sich auch mit Blick darauf, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen dem Umweltschutz dient, indem sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen und zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft sowie ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben. In diesem Zusammenhang ist auch relevant, dass die EU gemäss der Richtlinie 2001/77/EG vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt anstrebt, durch die Nutzung der Marktkräfte eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektrizitätsbinnenmarkt zu fördern, und dass dieses Ziel von hoher Priorität ist<sup>328</sup>.
- 225 Unzulässig ist hingegen ein Zuschlagskriterium,

---

<sup>322</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 32-34, 37-43, 53.

<sup>323</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 33 f., 66.

<sup>324</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 32 ff.

<sup>325</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263.

<sup>326</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 33 f., 37 f., 42.

<sup>327</sup> Vgl. ARROWSMITH, EC Treaty, S. 243; WILSHER, S. 418.

<sup>328</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 40 f., mit Verweis auf sein Urteil PreussenElektra, Rn. 73.

- wenn die zur Beurteilung des Kriteriums von den Anbietern verlangten Angaben bzw. die dazu aufgestellten Anforderungen nicht effektiv auf ihre Richtigkeit überprüft werden können; die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Anbietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen<sup>329</sup> oder
- wenn darauf abgestellt wird, wie viel Strom aus erneuerbaren Energieträgern die Anbieter an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern können, und demjenigen Bieter die höchste Punktzahl zuerkennt, der die grösste Menge angibt, wobei nur die Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs übersteigt; somit kann die Fähigkeit der Anbieter, über die ausgeschriebene Menge hinaus die grösstmögliche Menge Strom zu liefern, auch nicht unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit als Zuschlagskriterium festgelegt werden<sup>330</sup>. Mit anderen Worten ist es der Vergabestelle nicht gestattet, über den Beschaffungsgegenstand hinaus auf das allgemeine Verhalten des Anbieters steuernd Einfluss zu nehmen<sup>331</sup>.

226 Von umweltpolitisch und vergaberechtlich weitreichender Bedeutung war insbesondere, dass der EuGH in diesem Urteil klargestellt hat, dass sich ein Zuschlagskriterium auch auf die *Umweltfreundlichkeit der Produktionsmethoden* (Herstellungsverfahren) der anzuschaffenden Produkte beziehen darf. Diese Rechtsprechung steht in Übereinstimmung mit dem schon damals auch von der EU-Kommission in der Umweltpolitik angestrebten „Lebenszyklus-Ansatz“ oder „cradle-to-grave“-Prinzip. Als unzulässig erweist sich somit das Abstellen auf die Herstellungsverfahren von Gütern, die nicht Gegenstand der betreffenden Beschaffung sind<sup>332</sup>.

227 Konkret hat der EuGH die *mit 45 % sehr hohe Gewichtung* des Kriteriums als zulässig erachtet. Er stellt es somit den Auftraggebern frei, wie stark sie den Umweltschutz gewichten. Er hat bestätigt, dass der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht zwingend betriebswirtschaftlich verstanden werden muss, sondern auch im Sinne eines gemeinwohlorientierten Wirtschaftlichkeitsbegriffs unter Berücksichtigung externer Kosten verstanden werden kann. Insoweit ist es konsequent, dass der EuGH dem Auftraggeber die Gewichtung der Umweltkriterien ausdrücklich freistellt. Der Auftraggeber kann (und muss) also nach eigenem Ermessen bestimmen, wieviel Umweltschutz welchen Mehraufwand rechtfertigt<sup>333</sup>.

228 Die Anforderungen nach diesem Urteil gelten weiterhin uneingeschränkt auch unter der neuen Regelung<sup>334</sup>.

---

<sup>329</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 47-52.

<sup>330</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 66-71.

<sup>331</sup> STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 67.

<sup>332</sup> KROHN, Ökostrom, S. 93 ff.

<sup>333</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95.

<sup>334</sup> KNAUFF, Verkehrswende, S. 8.

#### **2.4. Das Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99)**

229 Das Concordia-Urteil betraf die Berücksichtigung der Stickoxidemissionen und des Lärmpegels der eingesetzten Busse als Zuschlagskriterium für die Vergabe des Betriebs einer städtischen Buslinie. Der EuGH erklärte das Kriterium als zulässig, unabhängig davon, ob es mit einem wirtschaftlichen Nutzen für den Auftraggeber verbunden sei. Damit verwarf der EuGH die damals von der EU-Kommission vertretene Auffassung, dass nur „rein wirtschaftliche“, d.h. im direkten finanziellen Interesse der Vergabestelle liegende, Zuschlagskriterien zulässig seien. Er hielt fest, dass sich auch Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, auf den Wert eines Angebots auswirken können. Gestützt auf die Querschnittsklausel in Art. 6 des EG-Vertrags (heute Art. 11 AEUV), wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Gemeinschaftspolitiken und -massnahmen einbezogen werden müssen, bejahte er die Zulässigkeit von Umweltschutzkriterien<sup>335</sup>. Gemäss diesem Urteil sind ökologische Zuschlagskriterien unter folgenden Voraussetzungen zulässig<sup>336</sup>:

- Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand;
- kein unbeschränktes Ermessen der Vergabestelle;
- Ausdrückliche Nennung in den Ausschreibungsunterlagen;
- Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien des EU-Rechts, insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot.

#### **2.5. Das Nord-Pas-de-Calais-Urteil des EuGH vom 26. September 2000 (Rs. C-225/98)**

230 Der EuGH stellte in der Sache Nord-Pas-de-Calais klar, dass sich seine Ausführungen im Beentjes-Urteil über die „besonderen zusätzlichen Bedingungen<sup>337</sup>“ insbesondere auch auf die Zuschlagskriterien und nicht nur die Ausführungsbedingungen bezogen hatten<sup>338</sup>. Er beurteilte es als zulässig, dass bei einem Zuschlag nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot auch ein Zuschlagskriterium berücksichtigt werden durfte, das die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen betraf, sofern dieses Kriterium mit den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, vereinbar ist und in der Bekanntmachung enthalten war<sup>339</sup>.

#### **2.6. Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. C-31/87)**

231 Nach dem Beentjes-Urteil müssen Zuschlagskriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen<sup>340</sup>. Sie dürfen dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte

---

<sup>335</sup> EuGH, Urteil Concordia, Rn. 55, 57; zum Ganzen auch: HAUSER, Umweltschutz, S. 35 ff.; MÜLLER-WREDE, S. 604 ff.

<sup>336</sup> EuGH, Urteil Concordia, Rn. 59, 61, 64, 69; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 20.

<sup>337</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 36 f.

<sup>338</sup> EuGH, Urteil Nord-Pas-de-Calais, Rn. 50, 52.

<sup>339</sup> EuGH, Urteil Nord-Pas-de-Calais, Rn. 46-54.

<sup>340</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 19.

Freiheit bei der Wahl des Anbieters einräumen<sup>341</sup> und müssen in angemessener Weise bekanntgemacht werden, um einen echten Wettbewerb sicherzustellen<sup>342</sup>. Die Bedingung, dass der Anbieter in der Lage sein müsse, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, betrachtete der EuGH weder als technische Spezifikation noch als Zuschlagskriterium, sondern als besondere zusätzliche Bedingung, die zulässig ist, wenn sie ordentlich bekanntgemacht wurde und nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führt<sup>343</sup>.

### 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

232 Nach Art. 67 Abs. 1 VRL ist der Zuschlag auf Grundlage des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ neu die umfassende und übergeordnete Zuschlagsregel. Die früher bestehende selbständige Alternative des Zuschlags ausschliesslich nach dem niedrigsten Preis wird zwar nicht ausgeschlossen, aber unter die vorgenannte Regel eingeordnet<sup>344</sup>. Damit wird dem Wortlaut nach der qualitative Aspekt (unter Einschluss ökologischer und sozialer Aspekte) gestärkt<sup>345</sup>. Der Begriff „wirtschaftlich“ im Sinne dieser Regel ist angesichts des Regelungskontexts in seinem weitesten Sinn zu verstehen<sup>346</sup>.

233 Unter dieser Regel sind folgende Zuschlagsmodelle möglich<sup>347</sup>:

- nach dem *besten Preis-Leistungs-Verhältnis*, das auf der Grundlage des Preises oder der Kosten sowie von Kriterien bewertet wird, die qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte einbeziehen, welche mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen;
- nach dem *niedrigsten Preis*;
- nach den *niedrigsten Kosten* in Anwendung eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung gemäss Art. 68 VRL;
- nach der *besten Leistung für einen vorgegebenen Preis* im Sinne eines alleinigen Qualitätswettbewerbs.

234 Der Zuschlag nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis entspricht inhaltlich unverändert dem Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach der früheren Regelung (Art. 53 Abs. 1 Bst. a VKR)<sup>348</sup>.

235 Um zu verhindern, dass das sehr grosse Ermessen missbraucht wird, das den Vergabestellen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zukommt, werden die geltenden Voraussetzungen

---

<sup>341</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 26.

<sup>342</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 21.

<sup>343</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 28, 36 f.

<sup>344</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-168; DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 128 f.; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 4 f., 9.

<sup>345</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 5, 8 ff.

<sup>346</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 19.

<sup>347</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 5 ff., 12; vgl. auch ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 25; HENZEL, S. 164 f.

<sup>348</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 8; GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 768.

betont, welche den Wettbewerb, die Nichtdiskriminierung und die Transparenz sicherstellen sollen. Namentlich hat die VRL die Anforderungen aus dem Concordia-Entscheid und dem Wienstrom-Entscheid übernommen, so dass zusammenfassend folgende Anforderungen an Zuschlagskriterien gelten<sup>349</sup>:

- Verbindung mit dem Beschaffungsgegenstand (sachlicher Bezug zur Leistung);
- keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit für den öffentlichen Auftraggeber (objektive Beurteilbarkeit und Vergleichbarkeit; kein unbeschränktes Ermessen);
- genügend klare und detaillierte Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen;
- Beachtung aller wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem des Diskriminierungsverbots;
- Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs;
- Ermöglichung einer wirksamen Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen und Durchführung einer solchen Überprüfung im Zweifelsfall.

236 Die im Urteil Wienstrom vorausgesetzte Möglichkeit zur wirksamen Überprüfung der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen hat zur Folge, dass ein öffentlicher Auftraggeber gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt, wenn er ein Zuschlagskriterium festlegt, bei dem er nicht Willens oder nicht in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu prüfen; in einem solchen Fall liegt auch ein Verstoss gegen die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens vor<sup>350</sup>. Folglich müssen Zuschlagskriterien so ausgestaltet werden, dass die Angaben der Anbieter effektiv auf ihre Richtigkeit kontrolliert werden können. Sogenannt „weiche“ Kriterien, wie sie manchmal auch im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten verwendet wurden, sind insofern heikel, da sie nur beschränkt objektiv überprüfbar sind. Bei herstellungsbezogenen ökologischen oder sozialen Kriterien kann die Überprüfung problematisch sein. Eine Möglichkeit, dem zu begegnen, sind Zertifikate und Labels (unabhängige Gütesiegel)<sup>351</sup>.

237 Als wichtiger Vorteil der Nutzung von Zuschlagskriterien für die Umsetzung von Nachhaltigkeitszielen bei der Beschaffung wird ihre „relative Wirkung“ gesehen, was bedeutet, dass Schwächen eines Angebots in Bezug auf diese Kriterien durch Stärken in anderen Bereichen ausgeglichen werden können, beispielsweise beim Preis oder der Gewährleistung<sup>352</sup>.

238 Die neuen Vergaberichtlinien stellen klar, dass die Regel des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot keineswegs bedeutet, dass die Zuschlagskriterien rein wirtschaftlich (in einem monetären Sinn) sein müssen. Vielmehr können sie sich – wie dies bereits aus dem Concordia-Entscheid des EuGH hervorgeht – beispielsweise auch auf ökologische Aspekte

---

<sup>349</sup> Vgl. GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 768; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 20.

<sup>350</sup> EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 50 f.; vgl. GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 320; STEINER, BR 2004, S. 59; ZIEKOW, Vergaberecht Kommentar, § 127 GWB N 26.

<sup>351</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95.

<sup>352</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 767 f.; vgl. auch ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-172.

beziehen. Sie müssen dem öffentlichen Auftraggeber auch keinen direkten Vorteil verschaffen, sondern können sich auch auf andere Allgemeininteressen beziehen, beispielsweise auf den Schutz gefährdeter Tierarten<sup>353</sup>.

239 Nachhaltigkeitsbezogene Zuschlagskriterien können sich auch auf den Transport und die dabei verursachten Umweltbelastungen beziehen. Hierzu wird auf das Kapitel IV.B.3.4 Transportweg, S. 65 f., verwiesen.

240 Die ErwGr. 93 sowie 97-99 VRL erwähnen folgende Beispiele möglicher ökologischer oder sozialer Zuschlagskriterien (und Ausführungsbedingungen): den Druck von Büchern auf Recyclingpapier oder Papier aus nachhaltigem Holz, die Kosten ökologischer Externalitäten sowie die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen bzw. von Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen, den Verzicht auf giftige Chemikalien bei der Herstellung, die Verwendung energieeffizienter Maschinen, die Verwendung von Fairtrade-Produkten, Vorschriften über die Anlieferung, Verpackung und die Entsorgung von Produkten, die Abfallreduzierung oder die Ressourceneffizienz<sup>354</sup>.

241 Als Beispiel eines nicht zulässigen Zuschlagskriteriums wird das Kriterium der Erfüllung einer bestimmten Corporate Social Responsibility Policy genannt. Ebenso werden Zuschlagskriterien als unzulässig betrachtet, die darauf abstellen, ob die Geschlechter im Management gleich vertreten sind, ob benachteiligte Personen einen bestimmten Prozentsatz der Belegschaft ausmachen oder ob die gesamte Produktion in einem Werk bestimmte Umweltziele erfüllt<sup>355</sup>.

#### 4. Schweizerisches Vergaberecht

242 Gemäss Art. 41 BöB erhält das „vorteilhafteste Angebot“ den Zuschlag. Mit dieser neuen Wortwahl wollte der Gesetzgeber die Qualitätsaspekte hervorheben, doch ändert sich inhaltlich kaum etwas gegenüber der im bisherigen Beschaffungsrecht verwendeten Regel des Zuschlags an das „wirtschaftlich günstigste Angebot“<sup>356</sup>. Die Bewertung erfolgt anhand der Zuschlagskriterien, die gemäss Art. 29 BöB festzulegen sind. Ökologisch orientierte Zuschlagskriterien waren schon nach dem bisherigen schweizerischen Vergaberecht grundsätzlich zulässig. Nebst dem Einbezug direkter Folgekosten für die Vergabestelle im Sinne der Lebenszykluskosten konnte auch die Umweltverträglichkeit des Produkts selbst berücksichtigt werden – auch soweit sich diese nicht direkt auf den Auftraggeber oder die Nutzniesser der beschafften Leistung auswirkte und unter Einschluss der Umweltauswirkungen bei der Produktion der zu beschaffenden Leistung<sup>357</sup>. So wurde es bei einem Auftrag zur Einsammlung

---

<sup>353</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-181 f.

<sup>354</sup> Siehe auch INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 45, Art. 70 N 4.

<sup>355</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 46.

<sup>356</sup> MÜLLER, Handkommentar, Art. 41 N 19.

<sup>357</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 1 aBöB; Art. 27 Abs. 2 aVöB; vgl. auch Erläuternder Bericht VöB 2010, S. 19; § 32 Abs. 1 VRöB; BEYELER, Kaffee, S. 263; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 944; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1412, 1415 ff.; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 78 f., 81 ff.

und Abtransport von Siedlungsabfällen als zulässig erachtet, die dabei verursachten Luftschadstoffemissionen – unter Einschluss jener auf dem Anfahrtsweg – zu bewerten<sup>358</sup>. Ein anderes Beispiel ist die Berücksichtigung der ökologischen Produktion von Strom als Zuschlagskriterium<sup>359</sup>. Ähnliches galt für sozial motivierte Zuschlagskriterien, welche jedenfalls im Bundesrecht auf das in Art. 27 Abs. 2 aVöB statuierte Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit gestützt werden konnten – jedoch bestanden diesbezüglich grössere Unsicherheiten und Gegenmeinungen, einerseits in Bezug auf das Genügen der gesetzlichen Grundlage und andererseits mit Bezug auf die zulässige Gewichtung<sup>360</sup>. Kritik setzte auch bei der Gefahr eines protektionistischen Missbrauchs ökologischer oder sozialer Ziele an<sup>361</sup>.

- 243 Im neuen BöB ist das Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit ausdrücklich auf Gesetzesstufe verankert (Art. 29 Abs. 1 BöB). Es erstreckt sich auf die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Zur Dimension Ökologie gehören die Umweltverträglichkeit sowie die Ressourcenschonung und -effizienz. In Betracht kommen etwa Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen sowie Energie, Wasserverbrauch oder Beeinträchtigung der Biodiversität. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Die Dimension Soziales schliesst faire Herstellungsbedingungen und fairen Handel mit ein und ermöglicht es beispielsweise, Fairtrade-Produkte zu beschaffen sowie etwa Vorgaben hinsichtlich Arbeitssicherheit aufzustellen. Als Beispiele ökologischer Zuschlagskriterien werden in der Botschaft eine geringe Boden-/Luftbelastung oder ein Beitrag zur Schonung der Biodiversität erwähnt<sup>362</sup>.
- 244 Dass Zuschlagskriterien gemäss Art. 29 Abs. 1 BöB leistungsbezogen sein müssen, hat zur Folge, dass sie einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen müssen<sup>363</sup>. Die Botschaft führt aus, dass auch der faire Handel mit den beschafften Produkten, die Beschäftigung von Personen mit einer gesundheitlichen Einschränkung oder die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen berücksichtigt werden können<sup>364</sup>. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die sonst erforderliche Verbindung zur beschafften Leistung derart gelockert werden darf, dass auch Aspekte einbezogen werden können, die sich auf die beteiligten Unternehmen im Allgemeinen und nicht nur auf die Herstellung der konkret beschafften Leistungen beziehen. Aufgrund der Botschaft ist davon auszugehen, dass hier eine entsprechende gesetzgeberische Absicht bestand. Im Kapitel IV.C Verbindung zum Beschaffungsgegenstand, vorn Rz. 167 ff., wurde gezeigt, dass der im schweizerischen Vergaberecht vorausgesetzte Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen ist. Somit können grundsätzlich auch As-

---

<sup>358</sup> BGr, 31. Mai 2000, 2P.342/1999, URP 2000, S. 613 (= ZBI 2001, S. 312 ff.), E. 4b; HAUSER, Umweltaspekte, S. 381.

<sup>359</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263.

<sup>360</sup> BEYELER, Kaffee, S. 263; vgl. zum Einbezug von Allgemeininteressen: HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1408 f. Demgegenüber ging STEINER, Soziale Aspekte, S. 32 f., 59 f., davon aus, dass es de lege lata an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für sozial orientierte Zuschlagskriterien fehle.

<sup>361</sup> TRÜEB, Beschaffungsrecht, S. 1025 f.

<sup>362</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 33.

<sup>363</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885 f., 1943; SCHNEUWLY, S. 662; zum Erfordernis des sachlichen Bezugs im Allgemeinen siehe vorn Rz. 165 ff.

<sup>364</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943 f.

pekte verlangt und bewertet werden, die auch Anforderungen an das allgemeine Unternehmenshandeln enthalten, wenn dies erforderlich ist, um eine sozialverträgliche und umweltgerechte Herstellung des Beschaffungsgegenstands zu erreichen<sup>365</sup>.

- 245 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BöB kann die Auftraggeberin ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ergänzend berücksichtigen, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet<sup>366</sup>. Locher / Oechslin bezeichnen diese Kriterien als „vergabefremd“, weil sie sich nicht am „Nutzen des Angebots“ orientieren, sondern sozialpolitische Bedürfnisse befriedigen würden. Daraus wird sodann abgeleitet, dass diesen Zuschlagskriterien kein allzu grosses Gewicht beigemessen werden dürfe, in der Regel nicht mehr als 10 %<sup>367</sup>.
- 246 Ein Blick auf das EU-Vergaberecht zeigt, dass diese Kriterien nur dann als „vergabefremd“ gelten bzw. ihnen nur dann die erforderliche Verbindung zum Beschaffungsgegenstand fehlt, wenn sie nicht konkret auftragsbezogen ausgestaltet sind, sondern sich auf die allgemeine Unternehmenspolitik beziehen<sup>368</sup>. Indem der EuGH im Beentjes-Entscheid solche Kriterien nur, aber immerhin, als Ausführungsbedingung zulies, stellte er deren Verbindung zum Beschaffungsgegenstand sicher, denn wenn die Beschäftigung eines bestimmten Anteils an Langzeitarbeitslosen *bei der Ausführung des Auftrags* verlangt wird, steht sie in Verbindung zum Beschaffungsgegenstand. Wird diese Voraussetzung eingehalten, ist die Berücksichtigung solcher Aspekte unter dem neuen EU-Vergaberecht auch als Zuschlagskriterien zulässig, da die Anforderungen von Art. 67 Abs. 3 VRL an die Verbindung zum Auftragsgegenstand erfüllt werden<sup>369</sup>. Art. 29 Abs. 2 BöB will nicht die Möglichkeiten nach Abs. 1 einschränken, sondern diese erweitern, indem er ausserhalb des Staatsvertragsbereichs die Berücksichtigung bestimmter sozialpolitischen Anliegen als Zuschlagskriterien zulässt, auch wenn der gemäss Abs. 1 vorausgesetzte Bezug zum Beschaffungsgegenstand fehlt.
- 247 Auch für die Schweiz ist zu unterscheiden, ob der Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung, die Beschäftigung von älteren Arbeitnehmenden oder von Langzeitarbeitslosen konkret für die Erbringung der zu beschaffenden Leistung erfolgt. In diesem Fall kann das Zuschlagskriterium im Rahmen von Art. 29 Abs. 1 BöB berücksichtigt werden. Art. 29 Abs. 2 BöB kommt hingegen zum Zug, wenn sich solche Aspekte losgelöst vom konkreten Auftrag auf das Unternehmen insgesamt beziehen.
- 248 Für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte und ihre Prüfung kann sich die Auftraggeberin auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen (siehe dazu das Kapitel IV.1.4 über Zertifizierungen im schweizerischen Vergaberecht, Rz. 345 ff.).

---

<sup>365</sup> Siehe vorn Rz. 167 ff., 170.

<sup>366</sup> Der bundesrätliche Entwurf dieser in der parlamentarischen Beratung ergänzten Bestimmung sah in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht lediglich Ausbildungsplätze für Lernende als Zuschlagskriterium vor, BBl 2017, S. 2020.

<sup>367</sup> LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N 30 f.

<sup>368</sup> Siehe vorn Rz. 160 ff.

<sup>369</sup> Vgl. auch die Beispiele in ErwGr. 98 f. VRL.

249 Im Baubereich gibt die KBOB Empfehlungen ab, wie wirtschaftliche, umweltrelevante und gesellschaftliche Aspekte vom Standortentscheid über die Projektentwicklung bis hin zur Ausführung und zum Betrieb eines Gebäudes mitberücksichtigt werden können<sup>370</sup>.

250 Zur Innovation als Zuschlagskriterium siehe im Kapitel IV.K, Rz. 379 f.

## **G. Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

251 Der öffentliche Auftraggeber kann zunächst wählen, ob er die finanzielle Seite des Angebots anhand des Preises oder anhand der Kosten berücksichtigt<sup>371</sup>. Soll das wirtschaftlich günstigste Angebot anhand der Kosten ermittelt werden, so ist gemäss Art. 67 Abs. 2 VRL ein Kosten-Wirksamkeits-Ansatz anzuwenden, wie z.B. die Lebenszykluskostenrechnung. Er hat sodann die Wahl, die Lebenszykluskosten (LCC) als alleiniges Kriterium oder zusammen mit weiteren Kriterien im Sinne der Bewertung nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis einzusetzen.

252 Die VRL enthält in Art. 68 eine eingehende Regelung der Lebenszykluskostenrechnung als Zuschlagskriterium. Zu beachten sind auch die *Begriffsbestimmungen* in Art. 2 VRL. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL bezeichnet „Lebenszyklus“ alle Stadien, die eine Ware, ein Bauwerk oder eine Dienstleistung während ihrer Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder der Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu den Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Er umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und die damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung. Gemäss Art. 68 Abs. 1 VRL kann die Lebenszykluskostenrechnung die Kosten eines Produkts, einer Dienstleistung oder einer Bauleistung ganz oder teilweise umfassen.

253 Art. 68 Abs. 1 VRL zählt mögliche Kostenarten beispielhaft<sup>372</sup> auf. In Bst. a werden interne Kosten aufgeführt. In Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL wird die Berücksichtigung jener Kosten normiert, die durch *externe Effekte der Umweltbelastung* entstehen, wie beispielsweise eine Umweltverschmutzung, die durch die Gewinnung der in der Ware verwendeten Rohstoffe oder die Ware selbst oder durch ihre Herstellung verursacht wird<sup>373</sup>. Dafür wird vorausgesetzt, dass der Geldwert der Umweltbelastung bestimmt und geprüft werden kann. Art. 68 Abs. 2 Uabs. 1 VRL sieht vor, dass die öffentlichen Auftraggeber in den Auftragsunterlagen die von den Bietern bereitzustellenden Daten und die Methode zur Bestimmung der LCC nennen müssen. Die Methode zur Bewertung externer Umweltkosten muss auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien basieren sowie für alle interessierten Parteien zugänglich

---

<sup>370</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943 f.

<sup>371</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N 50.

<sup>372</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 7.

<sup>373</sup> ErwGr. 96 VRL.

sein. Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 Bst. c VRL verlangt, dass die geforderten Daten „von Wirtschaftsteilnehmern, die ihrer Sorgfaltspflicht in normaler Masse nachkommen“, mit vertretbarem Aufwand bereitgestellt werden können. Dies gilt auch mit Blick auf Wirtschaftsteilnehmer aus Drittstaaten, die dem GPA oder anderen, für die EU bindenden internationalen Übereinkommen beigetreten sind. Sofern die EU eine Methode zur Berechnung der LCC verbindlich vorschreibt, ist diese zu verwenden (Art. 68 Abs. 3 VRL)<sup>374</sup>.

254 In der RL 2004/18/EG fanden die LCC noch keine Erwähnung<sup>375</sup>. Sie konnten jedoch bereits berücksichtigt werden, wie zum Beispiel im Rahmen der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer Fahrzeuge<sup>376</sup> oder des Zuschlagskriteriums „Rentabilität“ gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a VKR, wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wurde<sup>377</sup>.

## 2. Rechtsprechung EuGH

255 Bisher erging kein Urteil vom EuGH, in welchem er sich mit den LCC im Zusammenhang mit der öffentlichen Beschaffung befasst hätte.

## 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

### 3.1. *Begriff der Lebenszykluskosten und ihre Berücksichtigung beim Zuschlagsentscheid*

256 In der Regel widerspiegelt der Erwerbspreis eines Produkts nicht die insgesamt dafür anfallenden Kosten. Mit der Lebenszykluskostenrechnung sollen deshalb über den Anschaffungspreis hinaus die Kosten eines Produkts, einer Dienstleistung oder einer Bauleistung während ihrer gesamten Lebensdauer ermittelt werden<sup>378</sup>. Ursprünglich war die Lebenszykluskostenrechnung ein ganz auf die monetären Auswirkungen einer Beschaffung ausgerichtetes Instrument. Dieses hat sich in der Folge zu einem Nachhaltigkeitsinstrument entwickelt, das auch ökologische und soziale Auswirkungen von Gütern und Leistungen umfassen kann. Entsprechend wird sie beispielsweise in der Norm ISO 20400:2017 („Achats responsables – Lignes directrices“) berücksichtigt, welche einen Leitfaden für die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung darstellt<sup>379</sup>. Die Einführung der LCC zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zählt zu den wichtigsten Neuerungen des Vergaberechts der EU<sup>380</sup>.

---

<sup>374</sup> Anhang XIII zur VRL erwähnt aktuell nur die Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Strassenfahrzeuge. Die Pflicht zur Anwendung einer bestimmten Methode wurde jedoch mit der Richtlinie (EU) 2019/1161 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Strassenfahrzeuge aufgehoben, siehe ErwGr. 24 RL 2019/1611.

<sup>375</sup> DRAGOS/NEAMTU, EPPPL, S. 19; STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 2 N 109.

<sup>376</sup> DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 117; ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 24 f.

<sup>377</sup> DE KONINCK et al., S. 53.

<sup>378</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 5.

<sup>379</sup> CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 7 f.

<sup>380</sup> CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 3.

Durch Verwendung der LCC als Zuschlagskriterium können langfristig wirtschaftliche und ökologische Vorteile geschaffen werden<sup>381</sup>. So weisen umweltfreundliche Produkte oft einen höheren Anschaffungspreis aus, sind aber langfristig beispielsweise aufgrund eines geringeren Energieverbrauchs kostengünstiger<sup>382</sup>.

- 257 Es besteht keine allgemein anerkannte Definition von Lebenszykluskosten<sup>383</sup>. Die Definition des „Lebenszyklus“ in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL gilt als präzise und sehr umfassend<sup>384</sup>. Die in Art. 68 und ErwGr. 96 VRL zum Ausdruck kommende Auffassung, dass eine Lebenszykluskostenrechnung die Berücksichtigung sämtlicher über den gesamten Lebenszyklus von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen anfallenden Kosten umfasst, entspricht dem herrschenden Verständnis in der Nachhaltigkeitsforschung<sup>385</sup>. LCC setzen sich somit aus allen Kosten zusammen, die in den unterschiedlichen Lebenszyklusstadien entstehen<sup>386</sup>. Ermöglicht wird dadurch eine einheitliche Betrachtung von Herstellungs-, Anschaffungs-, Nutzungs- und Entsorgungskosten<sup>387</sup>.
- 258 Zu betonen ist, dass die Vergabestellen, wenn sie auf die LCC abstellen, nach Art. 68 Abs. 1 VRL nicht verpflichtet sind, alle LCC gemäss diesem umfassenden Begriffsverständnis einzu beziehen. Sie müssen also nicht alle Aspekte eines Lebenszyklus berücksichtigen. Vielmehr ist es ihnen freigestellt, die verschiedenen Faktoren *ganz oder teilweise* zu berücksichtigen. So können für den Auftraggeber in einem bestimmten Fall z.B. die Nutzungskosten als wichtigster Kostenpunkt gelten, weshalb andere Kosten, wie etwa Entsorgungskosten, aus der Betrachtung ausgeschlossen werden. Beim Entscheid darüber, welche Phasen des Lebenszyklus und welche Kostenarten einbezogen werden, sind die allgemeinen Grundsätze einzuhalten, wie etwa das Prinzip der Gleichbehandlung<sup>388</sup>. Die wichtigste Beschränkung dieses sehr weit gefassten Begriffs ergibt sich aus dem Erfordernis eines Bezugs zum Auftragsgegenstand, was die Berücksichtigung der allgemeinen Unternehmenspolicy ausschliesst<sup>389</sup>.
- 259 Es liegt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, LCC zu berücksichtigen<sup>390</sup>. Dies bietet sich besonders dann an, wenn ein bedeutender Teil der Kosten während der Nutzungs- oder Entsorgungsphase anfällt<sup>391</sup>, oder wenn externe Umweltkosten berücksichtigt werden sollen<sup>392</sup>. So zählen denn auch die Beschaffung von Gebäuden, Fahrzeugen, IT, Computern und Beleuchtungen zu den am weitest fortgeschrittenen Bereichen, in denen LCC-Methoden angewandt werden<sup>393</sup>.

---

<sup>381</sup> DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 117.

<sup>382</sup> KOCH, WTO Law, S. 145.

<sup>383</sup> HENZEL, S. 48.

<sup>384</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 2 N 109.

<sup>385</sup> HENZEL, S. 65 ff.

<sup>386</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 9.

<sup>387</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 7.

<sup>388</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 8.

<sup>389</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 2 N 111.

<sup>390</sup> Vgl. zum deutschen Recht Nomos-SADONI, § 59 VgV N 7.

<sup>391</sup> DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 123 f.; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 10.

<sup>392</sup> DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 117; vgl. WEINER, in: Handbuch Vergaberecht, § 22 Rn. 33.

<sup>393</sup> CARVALHO, S. 41 f.; siehe zum Ganzen ESTEVAN/SCHAEFER.

260 LCC können als Zuschlagskriterium einerseits im Rahmen der Beurteilung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses neben qualitativen Kriterien zum Zug kommen<sup>394</sup>. Nur in diesem Zuschlagsmodell können auch jene externen Umweltkosten berücksichtigt werden, die nicht monetarisierbar sind, da diese nicht in die LCC einbezogen, sondern nur durch qualitative Kriterien erfasst werden können<sup>395</sup>. Andererseits besteht auch die Möglichkeit, das wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne der niedrigsten Kosten allein auf der Grundlage der Kostenwirksamkeit zu bestimmen<sup>396</sup> und somit die niedrigsten LCC als alleiniges Zuschlagskriterium festzulegen<sup>397</sup>. Gemäss Art. 67 Abs. 2 Uabs. 3 VRL können die Mitgliedstaaten diese Möglichkeit ausschliessen oder einschränken. In Deutschland ist die Vergabe allein nach den niedrigsten Kosten gemäss § 127 GWB und § 59 VGV zulässig<sup>398</sup>.

### 3.2. **Berechnungsmethoden**

261 Grundsätzlich ist die Verwendung von LCC und die Wahl der Methode zu ihrer Berechnung (gemeinschaftsrechtlich) optional. Die Ausgestaltung der Berechnungsmethode hängt von vielen unterschiedlichen Parametern ab, weshalb die Methoden im Einzelnen sehr unterschiedlich sind<sup>399</sup>. Insbesondere steht für die Berechnung der LCC kein generell anwendbares Modell (kein „one-fits-all“ Modell) zur Verfügung<sup>400</sup>. Entsprechend legt das EU-Vergaberecht nicht allgemein fest, wie die LCC zu berechnen sind<sup>401</sup>. Die Berechnung der LCC ist eine komplexe Aufgabe, u. a. weil künftige Kosten abgeschätzt sowie Umweltauswirkungen berechnet und monetarisiert werden müssen<sup>402</sup>. Die Probleme fehlender Daten und Schwierigkeiten der Monetarisierung sind bei externen Effekten der Umweltbelastung besonders gross<sup>403</sup>. So wurde auch bei der Erarbeitung des Tools der Europäischen Kommission festgestellt, dass die verfügbaren Methoden zur Bewertung und Monetarisierung von externen Effekten auf die menschliche Gesundheit, Ökosysteme und Ressourcenverfügbarkeit derzeit nicht robust genug sind, um die Anforderungen von Art. 68 VRL zu erfüllen. Daher führt das Tool nur Berechnungen für die Wirkungskategorie Klimawandel und bezogen auf die Nutzungsphase von Produkten durch<sup>404</sup>.

262 Die Regelung von Art. 68 Abs. 3 VRL, wonach eine Methode zur Berechnung der LCC anzuwenden ist, wenn dies durch einen Rechtsakt der Union vorgeschrieben ist, erscheint redundant<sup>405</sup>. Wesentlicher ist die in ErwGr. 96 VRL festgehaltene Absicht, auf Unionsebene gemeinsame Methoden für die Berechnung der LCC für bestimmte Kategorien von Lieferungen

---

<sup>394</sup> Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1 VRL.

<sup>395</sup> HENZEL, S. 241.

<sup>396</sup> Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1 VRL; DE KONINCK et al., S. 50 f.; HENZEL, S. 241, 275; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N 5, 9; vgl. ErwGr. 90 VRL; siehe zu den Zuschlagsmodellen auch vorn Rz. 233.

<sup>397</sup> Vgl. HENZEL, S. 241, 282.

<sup>398</sup> Vgl. dazu HENZEL, S. 241 f.; Nomos-RENNER, § 127 GWB N 30.

<sup>399</sup> HENZEL, S. 77 ff.

<sup>400</sup> HENZEL, S. 89 ff.

<sup>401</sup> VON DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, S. 80; vgl. ErwGr. 96 VRL.

<sup>402</sup> CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 14.

<sup>403</sup> ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 33; CARVALHO, S. 50 f.; ESTEVAN/SCHAEFER, S. 25 f.

<sup>404</sup> [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/20\\_04\\_2016/6\\_LCC\\_Tool.pdf](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/20_04_2016/6_LCC_Tool.pdf) (besucht am 13.2.2021), S. 7.

<sup>405</sup> Vgl. ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 29; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 19 f.

oder Dienstleistungen zu entwickeln und deren Anwendung verbindlich vorzuschreiben. Auf Ebene der Europäischen Union schrieb bisher allerdings einzig die Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer Fahrzeuge eine zwingend anwendbare Bewertungsmethode vor. Diese war für den Fall vorgesehen, dass sich eine Vergabestelle entscheidet, die Umweltauswirkungen finanziell zu bewerten, wobei auch gewisse externe Umweltkosten, wie Emissionen, gemäss den im Anhang der Richtlinie vorgegebenen Werten zu bepreisen waren<sup>406</sup>. Die Pflicht zur Anwendung dieser Methode wurde jedoch mit der Richtlinie (EU) 2019/1161 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Strassenfahrzeuge aufgehoben<sup>407</sup>.

263 Die VRL verpflichtet nicht dazu, Berechnungsmethoden der LCC für eine kontinuierliche oder wiederholte Anwendung zu entwickeln. Daher sind grundsätzlich auch für einen bestimmten Auftrag entwickelte Methoden zulässig<sup>408</sup>. Besteht jedoch bereits eine Berechnungsmethode, so muss der öffentliche Auftraggeber sachlich begründen können, wenn er nicht diese, sondern eine ad-hoc-Methode anwenden möchte<sup>409</sup>.

264 Sollen LCC als Grundlage für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, so muss die Methode zu ihrer Berechnung inkl. der Parameter und der dazu benötigten Daten den Anforderungen des Wettbewerbsprinzips sowie der Transparenz und Gleichbehandlung genügen<sup>410</sup>. In diesem Sinn wird in der Literatur teilweise verlangt, dass die Berechnungsmethode wissenschaftlichen Anforderungen entsprechen müsse, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, sie sei sachfremd oder willkürlich<sup>411</sup>. Insbesondere verlangt Art. 68 Abs. 2 Uabs. 1 VRL, dass die Berechnungsmethode sowie die Daten, die von den Bietern zur Verfügung gestellt werden müssen, vom öffentlichen Auftraggeber zu nennen sind. Dies kann in der Auftragsbekanntmachung (Ausschreibung) oder in den Vergabeunterlagen erfolgen<sup>412</sup>. Der öffentliche Auftraggeber ist daran gebunden und darf in der Folge keine andere als die genannte Berechnungsmethode einsetzen<sup>413</sup>. Die Bekanntgabe muss nicht nur den Anforderungen der ex-post-Transparenz genügen, welche die Nachprüfbarkeit der gefällten Vergabeentscheidung sicherstellt; sie muss darüber hinaus die ex-ante-Transparenz gewährleisten, die es den

---

<sup>406</sup> Anhang XIII zur VRL; Europäische Kommission, *Buying Green!*, S. 59; DRAGOS/NEAMTU, *Life-cycle costing*, S. 126.

<sup>407</sup> ErwGr. 24 RL 2019/1611.

<sup>408</sup> ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 1, Rz. 7-245; HENZEL, S. 302; Europäische Kommission, *Buying Green!*, S. 59; vgl. auch Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 19; Art. 68 Abs. 2 VRL geht den Ausführungen in ErwGr. 96 vor, wonach Bewertungsmethoden nicht für eine einzelne Beschaffung definiert, sondern allgemein gehalten werden müssen; ErwGr. 96 VRL bezieht sich noch auf den für externe Umweltkosten viel restriktiveren Vorschlag der EU-Kommission, der Richtlinienentwurf wurde jedoch im Gesetzgebungsprozess geändert (siehe dazu ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 1, Rz. 7-245; ANDHOV et al., *life-cycle costing*, S. 31). Die vereinzelt für die Berücksichtigung externer Umweltkosten vertretene gegenteilige Ansicht (so Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N 51) stützt sich ausschliesslich auf ErwGr. 96, ohne sich mit dem anders lautenden Wortlaut der Richtlinie (Art. 68 Abs. 2 – und ebenso § 59 Abs. 3 Nr. 1 VgV) auseinanderzusetzen.

<sup>409</sup> ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 1, Rz. 7-245.

<sup>410</sup> INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 2.

<sup>411</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 19; vgl. auch Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 20.

<sup>412</sup> HERMANN, *Vergaberecht-Kommentar*, § 59 VgV N 8; Nomos-SADONI, § 59 VgV N 16.

<sup>413</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 18.

Bietern ermöglicht, ihre Angebote darauf auszurichten<sup>414</sup> und im Vorherein ihre Chancen auf den Zuschlag einzuschätzen<sup>415</sup>.

265 Bei den von den Anbietern für die LCC-Berechnung bereitzustellenden Daten kann es sich beispielsweise um den Energieverbrauch oder den Schadstoffausstoss des Beschaffungsgegenstands oder um Angaben zu Instandhaltungsintervallen und zur Rezyklierbarkeit handeln. Es wird darauf hingewiesen, dass die vom Anbieter gemachten Angaben verbindlich in den Vertrag integriert werden müssen, da sonst zu unehrlichen Angaben verleitet wird<sup>416</sup>.

266 Allerdings ist nicht eindeutig klar, was die Pflicht zur „Nennung“ der Lebenszykluskostenmethode genau erfordert. Verschiedene Autoren fordern, dass die Methode nicht nur zu nennen, sondern die LCC-Berechnungsmethode in den Ausschreibungsunterlagen klar darzustellen bzw. zumindest in den Grundzügen zu beschreiben ist<sup>417</sup>. Henzel bezieht sich auf das EuGH-Urteil Max Havelaar, wonach die Bieter darauf Anspruch haben, sich auf ein einheitliches amtliches Dokument zu stützen, ohne den Zufälligkeiten der Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen externer Dokumente (dort des Umweltgütezeichens) ausgesetzt zu sein. Sie konzidiert aber, dass damit ein weiteres praktisches Hindernis für den Einbezug der Lebenszykluskosten geschaffen wird. Sie weist auch darauf hin, dass die Bieter bereits aufgrund von ihnen für diesen Zweck verlangten Angaben in einem gewissen Mass einschätzen könnten, welche Faktoren für die LCC relevant sind<sup>418</sup>. Jedenfalls sind nähere Angaben über die Berechnung externer Kosten der Umweltbelastung zu machen, falls solche einbezogen werden<sup>419</sup>. Gemäss Lausen ist bekannt zu geben, welche der in § 59 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1–5 VgV genannten Elemente (1. Anschaffungskosten; 2. Nutzungskosten, insbesondere der Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen; 3. Wartungskosten, 4. Kosten am Ende der Nutzungsdauer, insbesondere die Abholungs-, Entsorgungs- oder Recyclingkosten; 5. Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen) einbezogen werden, sowie die Art und Weise, wie die einzelnen Positionen bzw. Kostenfaktoren bestimmt werden. Auch die dafür angenommene Lebensdauer ist anzugeben<sup>420</sup>. Nach dem Wortlaut von Art. 68 Abs. 2 VRL ist die Methode zu „nennen“; eine detaillierte Darlegung, wie sie von einzelnen Autoren gefordert wird, ist jedenfalls nicht ausdrücklich verlangt. Auch in Deutschland verlangt § 59 Abs. 3 Nr. 2 VgV nur, dass die Methode zur Berechnung der Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, „für alle interessierten Beteiligten zugänglich“ ist. Jedenfalls, soweit den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugängliche, klar definierte Berechnungsmethoden zur Verfügung stehen, welche die Berechnung anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Daten des Anbieters, gegebenenfalls zusammen mit weiteren dort bekannt gegebenen Parametern voraussehbar machen,

---

<sup>414</sup> So zur diesbezüglich gleichlautenden deutschen Bestimmung der VgV: HERMANN, § 59 VgV N 9; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 8; vgl. EuGH Urteil vom 24. Januar 2008, Rs. C-532/06, Rz. 36 ff.

<sup>415</sup> HENZEL, S. 299.

<sup>416</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N 52.

<sup>417</sup> HENZEL, S. 299 f.; HERMANN, Vergaberecht-Kommentar, § 59 VgV N 12 f.; Vgl. Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 13.

<sup>418</sup> So HENZEL, S. 299 f. mit Verweis auf EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 66 f.

<sup>419</sup> HENZEL, S. 300.

<sup>420</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 13.

ist nicht ersichtlich, weshalb sich aus dem Transparenz- oder gar dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine Pflicht ergeben könnte, diese Methode in den Ausschreibungsunterlagen detailliert wiederzugeben. Das unabhängig von einer entsprechenden Pflicht erhobene Postulat, die Berechnungsmatrix mit allen in die Lebenszykluskostenrechnung einflussenden Faktoren und Berechnungsparametern sowie dem Berechnungsweg selbst in die Vergabeunterlagen zu integrieren<sup>421</sup>, setzt das Transparenzprinzip sicher optimal um. Zwingend dürfte das nur sein, wenn die Anbieter sich sonst mit zumutbarem Aufwand anhand gut zugänglicher Informationen kein genügendes Bild von der LCC-Methode machen können.

- 267 Die Lebenszykluskostenberechnung kann entweder vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Anbieter durchgeführt werden<sup>422</sup>. Führt der öffentliche Auftraggeber die Lebenszykluskostenberechnung durch, benötigt er dafür bestimmte Informationen der Bieter. Ist der Bieter für die Berechnung der LCC zuständig, hat er im Angebot sowohl die erforderlichen Informationen zur Lebenszykluskostenberechnung als auch die kalkulierten LCC anzugeben. In beiden Fällen hat der Auftraggeber den Bietern in den Ausschreibungsunterlagen die Methodik und die benötigten Informationen bekannt zu geben. Ein früherer Richtlinienentwurf sah die Möglichkeit vor, dass Bieter eine eigene Berechnungsmethode wählen können, sofern diese Methode den Anforderungen der Richtlinie entspricht und mit der von der Behörde angegebenen Methode gleichwertig ist<sup>423</sup>. Dies wurde womöglich aufgrund der Schwierigkeiten, das Prinzip der Gleichbehandlung hinsichtlich dem Kostenvergleich zu gewährleisten, nicht in die geltenden Richtlinien übernommen<sup>424</sup>.
- 268 Aus Gründen der Transparenz sind sowohl die vorgesehene Bewertung der LCC als auch die ungefähre Gewichtung zu nennen, wobei dem öffentlichen Auftraggeber diesbezüglich ein weiter Ermessensspielraum zukommt<sup>425</sup>. Insbesondere ist es zulässig, gewisse umweltbelastende Faktoren stärker zu gewichten als andere<sup>426</sup>.
- 269 Es bestehen bereits verschiedene Tools, mit denen die LCC berechnet werden können<sup>427</sup>. Im Auftrag der Europäischen Kommission wurden verschiedene Tools für Produktgruppen entwickelt, bei denen ein wesentlicher Teil der Gesamtkosten aus dem Stromverbrauch stammt, wie etwa bei Büro-IT-Ausstattung<sup>428</sup>. Das SMART SPP Projekt bietet ein Tool an, das für gewisse externe Umweltbelastungen konkrete Kosten ausweist<sup>429</sup>, ebenso auch das deutsche

---

<sup>421</sup> Vgl. Nomos-SADONI, § 59 VgV N 16 m.w.H.

<sup>422</sup> Siehe VON DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, S. 88 f.

<sup>423</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für die Richtlinie, S. 104; Art. 67 Abs. 2.

<sup>424</sup> SEMPLE, Guide, Rz. 7.38.

<sup>425</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 17; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 14.

<sup>426</sup> HENZEL, S. 300.

<sup>427</sup> Gemäss einer Umfrage aus dem Jahre 2009 mangle es nicht an Tools, sondern an entsprechenden Schulungen und Fallstudien, siehe dazu PERERA/MORTON/PERFREMENT, S. 7; vgl. auch KOINNO, Werkzeugkasten innovative Beschaffung Lebenszykluskosten, <https://toolbox.koinno-bmwi.de/api/tool-resource/5b6be220f2079800a144c5b5/Detailbeschreibung.pdf> (besucht am 30.3.2021), S. 8; CARVALHO, S. 51 f.

<sup>428</sup> <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (besucht am 30.3.2021); eingehend hierzu HENZEL, S. 100 ff.

<sup>429</sup> <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (besucht am 30.3.2021). Beim SMART SPP Projekt handelt es sich um europaweites Projekt, das in der Phase vor einer öffentlichen Ausschreibung innovative Lösungen unter anderem im Bereich der LED-Beleuchtung förderte. Zu diesem Zweck

Umweltbundesamt<sup>430</sup>. Der online abrufbare „Tool-Picker“ des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sowie des Zentrums für Innovation und Technik in Nordrhein-Westfalen beruht auf einer Untersuchung vorhandener Tools sowie der zugrundeliegenden Kriterien; er ermöglicht die Auswahl eines passenden Werkzeugs für den gewünschten Beschaffungsgegenstand und das vorgesehene Ziel<sup>431</sup>. Er stellt Tools für folgende Produktgruppen zur Verfügung: Beleuchtung; Bürobedarf; Bürogeräte; Büromöbel; Dienstleistungen; Elektrogeräte; Fahrzeuge; Infrastruktur; Investitionsprojekte; Textilprodukte, wobei unter diesen Fallgruppen weiter zwischen Produkten unterschieden wird<sup>432</sup>. Die von der EU-Kommission bereitgestellten Tools umfassen die Produktgruppen Verkaufsautomat, Computer und Monitore, Innen- und Aussenbeleuchtung sowie bildgebende Geräte („imaging equipment“; z.B. Drucker oder Kopiergeräte)<sup>433</sup>. Das deutsche Umweltbundesamt bietet Berechnungstools für Computer, Multifunktionsgeräte, Rechenzentren, Monitore, Bodenbeläge, Kühlschränke und Geschirrspülmaschinen an<sup>434</sup>. Auch in einem Bericht Estevan/Schaefer für die Organisation ICLEI findet sich eine Übersicht bereits bestehender Tools<sup>435</sup>.

### 3.3. Interne LCC

- 270 Bei *internen Kosten* gemäss Art. 68 Abs. 1 Bst. a VRL, welche von den öffentlichen Auftraggebern oder anderen Nutzern getragen werden, handelt es sich um Kosten, die anhand eines konkreten Geldwerts gemessen und beispielhaft in Anschaffungs-, Nutzungs-, Wartungskosten sowie Kosten am Schluss der Nutzungsdauer unterschieden werden<sup>436</sup>. Diese Kategorien werden in der Regel auch von öffentlichen Auftraggebern in den von ihnen eingesetzten LCC-Methoden verwendet<sup>437</sup>.
- 271 Bei Anschaffungskosten handelt es sich um Kosten, die anfallen, um den Beschaffungsgegenstand zu erwerben und diesen in einen betriebsbereiten Zustand zu bringen, wie z.B. Erwerbs-, Liefer- und Installationskosten<sup>438</sup>. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie meist anhand konkreter Kosten ausgewiesen werden können<sup>439</sup>. Interne Kosten, die vor der Anschaffung beim Anbieter anfallen, wie z.B. jene bezüglich Forschung, Produktion und Transport, schlagen sich in der Regel im Preis und damit in den Anschaffungskosten nieder und

---

wurde ein Tool geschaffen, mit welchem die Lebenszykluskosten und CO<sub>2</sub>-Emissionen berechnet werden können.

<sup>430</sup> <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (besucht am 30.3.2021).

<sup>431</sup> <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (besucht am 30.3.2021); dazu VON DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, S. 85.

<sup>432</sup> <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (besucht am 30.3.2021).

<sup>433</sup> <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (besucht am 30.3.2021).

<sup>434</sup> <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (besucht am 30.3.2021).

<sup>435</sup> Zum Ganzen ESTEVAN/SCHAEFER, S. 37 ff. – ICLEI - Local Governments for Sustainability ist ein globales Netzwerk von mehr als 2'500 lokalen und regionalen Behörden, die sich für eine nachhaltige Stadtentwicklung einsetzen.

<sup>436</sup> HENZEL, S. 285; Studio Fieschi/SSSUP, S. 10 f.

<sup>437</sup> HENZEL, S. 55.

<sup>438</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 25; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 16.

<sup>439</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 25.

fließen über diese in die LCC ein<sup>440</sup>. Das Verbot des sogenannten Double Counting schliesst aus, dass diese noch als separate Posten ein zweites Mal zusätzlich in die LCC einbezogen werden<sup>441</sup>. Das heisst, dass nur jene internen Kosten zu berücksichtigen sind, die sich erst nach Erwerb des Beschaffungsgegenstands realisieren und damit nicht beim Bieter anfallen<sup>442</sup>. Daher sollte zuvor identifiziert werden, welche Positionen bereits vom Anschaffungspreis umfasst werden, wie z.B. die Lieferung und die Montage, damit diese nicht nochmals in der Lebenszykluskostenanalyse Berücksichtigung finden<sup>443</sup>. Anders verhält es sich bei *externen Kosten*, die definitionsgemäss weder vom Anbieter noch vom Auftraggeber getragen werden. Werden externe Effekte der Umweltbelastung in die LCC einbezogen, so kann die Vergabestelle vorsehen, dass dies auch für jene externen Effekte gilt, die vor der Anschaffung anfallen<sup>444</sup>.

- 272 Nutzungskosten umfassen Kosten, die regelmässig oder unregelmässig durch die Nutzung entstehen, wie z.B. Energie-, Personal- oder Betriebskosten<sup>445</sup>. Unter Wartungskosten sind jene Kosten zu verstehen, die während des Lebenszyklus eines Produkts, einer Dienst- oder Bauleistung durch den öffentlichen Auftraggeber oder durch andere Nutzer getragen werden, wie etwa die Kosten zur Erhaltung bzw. Wiederherstellung. Mit Kosten, welche am Ende der Nutzungsdauer anfallen, sind solche gemeint, die im Zusammenhang mit der Entsorgung, dem Abbau oder dem Rückbau anfallen. Werden die LCC zusätzlich zu qualitativen Kriterien zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses verwendet, so gilt es allgemein zu beachten, dass dasselbe Kriterium nicht mehr als einmal für den Zuschlag heranzuziehen ist. Das heisst, wenn z.B. eine Lebenszykluskostenanalyse unter anderem die Elektrizitätskosten einbezieht, dann sollten niedrige Elektrizitätskosten nicht nochmals als qualitatives Kriterium berücksichtigt werden<sup>446</sup>.

### **3.4. Berücksichtigung externer Kosten der Umweltbelastung**

- 273 In einer Lebenszykluskostenrechnung können gemäss Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL explizit auch externe Kosten der Umweltbelastung, die mit dem Beschaffungsgegenstand während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, berücksichtigt werden. Man spricht vom Environmental Life-Cycle Costing (ELCC). Bereits unter dem früheren Vergaberecht der EU konnten externe Umweltkosten im Rahmen von LCC berücksichtigt werden<sup>447</sup>. Voraussetzung für die Berücksichtigung ist, dass ein Geldwert der Umweltbelastung bestimmt und geprüft werden kann.

---

<sup>440</sup> HENZEL, S. 286; vgl. auch BURGI, Zuschlag, S. 61

<sup>441</sup> HENZEL, S. 289; vgl. Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 endg., ABI. C 333 v. 28.11.2001, Ziff. 3.2, S. 333/19.

<sup>442</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, KOM(2001) 274 endg., ABI. C 333 v. 28.11.2001, S. 12 f., Ziff. 3.2, S. 333/19; WEINER, in: Handbuch Vergaberecht, § 22 Rn. 33.

<sup>443</sup> HENZEL, S. 289 ff.; Studio Fieschi/SSSUP, S. 17.

<sup>444</sup> HENZEL, S. 291; BURGI, Zuschlag, S. 61.

<sup>445</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 28; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 16.

<sup>446</sup> HENZEL, S. 290; Studio Fieschi/SSSUP, S. 17.

<sup>447</sup> SEMPLE, Guide, Rz. 7.39.

Umweltbelastungen müssen somit hypothetisch in Geld umgerechnet werden<sup>448</sup>. Es handelt sich hierbei um einen in Geld ausgewiesenen negativen Wert der Umweltbelastung, der z.B. durch die Produktion oder den Verbrauch entsteht und nicht direkt von Wirtschaftsteilnehmern, die mit dem Produkt zu tun haben, wie z.B. Unternehmen, den Endnutzern oder Behörden, zu übernehmen ist<sup>449</sup>. Hierbei kann es sich gemäss der genannten Bestimmung z.B. um Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels handeln. Die externen Umweltkosten, die für die Lebenszykluskostenrechnung herangezogen werden, müssen gemäss Art. 67 Abs. 2 VRL, der für alle Zuschlagskriterien gilt, einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen. Der Bezug kann zu irgendeinem Stadium des Lebenszyklus sowie in jeder Hinsicht bestehen und muss sich nicht physisch in der beschafften Leistung niederschlagen<sup>450</sup>. Für die Festlegung der zu berücksichtigenden Umweltbelange können die von der EU entwickelten GPP-Kriterien<sup>451</sup> ebenso wie die zehn OECD-Umweltindikatoren<sup>452</sup> hilfreiche Ansätze bieten.

- 274 Die externen Effekte der Umweltbelastung können durch eine Ökobilanz (sogenanntes Life Cycle Assessment, LCA) gemessen werden, welche die Externalitäten qualitativ und quantitativ erhebt, aber im Gegensatz zur Lebenszykluskostenrechnung nicht auf ihre Monetarisierung zielt<sup>453</sup>. Die Norm ISO 14044:2006 enthält diesbezügliche Standards<sup>454</sup>. Da jedoch diese Standards den Wirtschaftsteilnehmern grosse Freiheiten lassen und nicht für vertragliche oder regulatorische Zwecke geschaffen wurden, befürchtet ein Teil der Lehre, dass damit Unklarheiten bei der Bewertung der Angebote entstehen könnten, was wiederum Einfluss auf die Legitimität der Ergebnisse hätte<sup>455</sup>. Immerhin konkretisierte die Europäische Kommission die Normen ISO 14040 und 140404 im Handbuch International Reference Life Cycle Data System (ILCD) zur Lebenszyklusanalyse und das Handbuch dient als technischer Leitfaden für die Anwendung dieser ISO Normen<sup>456</sup>.
- 275 Die besonderen Voraussetzungen in Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 VRL zur Bewertungsmethode externer Umweltkosten dienen der Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Nachprüfbarkeit<sup>457</sup>. So müssen die Kriterien gemäss Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 Bst. a VRL objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierender Natur sein. Wurde die gewählte Berechnungsmethode nicht für die wiederholte oder dauerhafte Anwendung entwickelt, so darf sie nicht dazu

---

<sup>448</sup> Vgl. HENZEL, S. 292; für die Schweiz: DE ROSSA GISIMUNDO, S. 166 ff., 171.

<sup>449</sup> HENZEL, S. 291; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 11; DRAGOS/NEAMTU, EPPPL, S. 24.

<sup>450</sup> HENZEL, S. 309 ff.

<sup>451</sup> [https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm) (besucht am 13.2.2021); siehe z.B. Europäische Kommission, EU GPP Criteria for Computers and Monitors, Commission Staff Working Document, 21.10.2016, SWD(2016) 346 final; CARVALHO, S. 50.

<sup>452</sup> <https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/37551205.pdf>; vgl. HENZEL, S. 316 f.; DRAGOS/NEAMTU, Life-cycle costing, S. 130.

<sup>453</sup> Vgl. CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 4 f.

<sup>454</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 9; CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 5 f. Eingehend zu LCC gestützt auf eine Ökobilanz siehe HENZEL, S. 87 ff.

<sup>455</sup> DRAGOS/NEAMTU, EPPPL, S. 21; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N 9; JOBSE/DIMITRI, S. 20.

<sup>456</sup> Europäische Kommission, Life Cycle Data, S. 2; CZARNEZKI/VAN GARSSE, S. 6.

<sup>457</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 20.

führen, dass gewisse Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden<sup>458</sup>. Ebenfalls ist unzulässig, dass die gewählte Methode dazu führt, dass inländische Bieter die notwendigen Daten einfacher bereit stellen können<sup>459</sup>. Die angewandte Methode muss weiter gewährleisten, dass die Offerten objektiv verglichen werden können<sup>460</sup>. Um allfällige Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, weil sich eine Methode an bestimmten Bietern orientiert, sind daher wohl etablierte Methoden in der Regel zu bevorzugen<sup>461</sup>.

276 Verlangt eine staatliche Regelung im Sinne eines marktwirtschaftlichen Instruments des Umweltschutzes, dass ein Unternehmen gewisse von ihm verursachte Umweltbelastungen durch den Erwerb von Umweltzertifikaten (handelbare Verschmutzungsrechte) ausgleicht, so erfolgt damit – jedenfalls in der Höhe des Erwerbspreises – eine Internalisierung externer Umweltkosten: Das Unternehmen muss, wenn es eine bestimmte Menge Schadstoffe ausstösst, vom Staat oder anderen Unternehmen Umweltzertifikate erwerben und damit für die Umweltverschmutzung einen Geldbetrag bezahlen. Solche Zahlungen dienen der (zumindest partiellen) Internalisierung der Kosten von Umweltverschmutzungen. Der Betrag, den das Unternehmen für den Erwerb der Umweltzertifikate ausgibt, schlägt sich grundsätzlich im Preis seiner Leistung nieder. In diesem Umfang sind die ursprünglich externen Umweltkosten bereits internalisiert und dürfen in der Lebenszykluskostenrechnung nicht noch ein zweites Mal als externe Umweltkosten einbezogen werden<sup>462</sup>.

277 Dass sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmern gemäss Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 Bst. c VRL für die Bereitstellung der geforderten Daten kein übermässiger Aufwand entstehen soll, ist Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes<sup>463</sup>. Welcher Aufwand vertretbar ist, muss im Einzelfall beurteilt werden und hängt namentlich von der Berechnungsmethode sowie dem in Frage stehenden Wirtschaftszweig ab<sup>464</sup>. Es gibt keine klare Definition, was unter einem „sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmer“ zu verstehen ist<sup>465</sup>.

### 3.5. Externe soziale Kosten

278 Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL nennt explizit die „externen Effekte der Umweltbelastung“, nicht jedoch externe soziale Kosten. Nach ErwGr. 96 VRL ist es wünschbar zu prüfen, ob eine gemeinsame Methode zur Ermittlung der Sozialkosten entlang des Lebenszyklus festgelegt werden kann. Dabei sollen bereits bestehende Methoden wie etwa die im Rahmen des Umweltprogramms der Vereinten Nationen festgelegten Leitlinien für die soziale Produktbewertung entlang des Lebenszyklus (Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products)

---

<sup>458</sup> Art. 68 Abs. 2 Uabs. 1 Bst. a VRL; vgl. HENZEL, S. 301 ff.; Europäische Kommission, *Buying Green!*, S. 59.

<sup>459</sup> HENZEL, S. 302.

<sup>460</sup> HENZEL, S. 302; DRAGOS/NEAMTU, EPPPL, S. 26; vgl. auch INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 18.

<sup>461</sup> Vgl. ARROWSMITH, *Procurement*, Bd. 1, Rz. 7-245; INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 16; ErwGr. 96 VRL.

<sup>462</sup> Vgl. INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 11.

<sup>463</sup> HENZEL, S. 307 ff.; siehe auch Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N 19.

<sup>464</sup> Nomos-SADONI, § 59 VgV N 36.

<sup>465</sup> Gemäss HENZEL muss diese Frage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entschieden werden, siehe HENZEL, S. 307 f.

berücksichtigt werden. In der Lehre ist umstritten, ob externe soziale Kosten Teile einer Lebenszykluskostenanalyse bilden können<sup>466</sup>. Die Bepreisung externer sozialer Kosten ist gegenwärtig jedenfalls noch mit vielen (ökonomischen) Unsicherheiten verbunden<sup>467</sup>. Soziale Überlegungen, die eine Verbindung zum Beschaffungsgegenstand haben, auch solche bezogen auf externe soziale Kosten, können jedenfalls ausserhalb der LCC als Zuschlagskriterium verwendet werden<sup>468</sup>.

#### **4. Schweizerisches Vergaberecht**

##### **4.1. Allgemeines**

- 279 Art. 21 Abs. 1 aBöB nannte die LCC nicht in der beispielhaften Aufzählung der Zuschlagskriterien, jedoch die Wirtschaftlichkeit und die Betriebskosten – nebst der für die Berücksichtigung externer Umweltkosten relevanten Umweltverträglichkeit. Immerhin waren die LCC in Art. 27 Abs. 2 aVöB seit dessen Revision vom 18. November 2009 als „die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten“ genannt. Eine gesamthafte Kostenbetrachtung wurde bereits bisher auch in der Schweiz als sinnvoll erachtet, einerseits weil sie bei öffentlichen Auftraggebern auch finanzrechtlich geboten ist<sup>469</sup> und andererseits weil sie (auch schon damals) den vergaberechtlichen Zielen entsprach<sup>470</sup>. Letzteres gilt vermehrt noch im Lichte der ergänzten Zielsetzungen des revidierten Vergaberechts. Das Abstellen auf die LCC anstatt nur auf den Anschaffungspreis entspricht einem Gebot der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit. In vielen Fällen dürfte bereits eine rein finanzielle Lebenswegbetrachtung auch der ökologischen Nachhaltigkeit dienen<sup>471</sup>.
- 280 Art. 29 Abs. 1 BöB erwähnt nun die LCC ausdrücklich als mögliches Zuschlagskriterium, definiert dieses aber nicht näher und stellt keine besonderen Bedingungen für ihre Anwendung auf. Die LCC umfassen die Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten sowie externe Kosten der Umweltbelastung. Zu den Betriebskosten gehören die Nutzungskosten (z.B. der Verbrauch von Energien und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten<sup>472</sup>.
- 281 Wird auf die LCC abgestellt, so ist der direkte Beschaffungspreis darin enthalten, weshalb in diesem Fall – entgegen dem, was der Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BöB vermuten lassen könnte – der Preis nicht noch separat berücksichtigt werden muss. Die ausführlichere Regelung in Art. 67 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 1 VRL bringt dies besser zum Ausdruck. Unter dem bisherigen Vergaberecht war das Verständnis des Preises als die von der Anbieterin offerierte Entschädigung für die von ihr zu erbringenden Leistungen massgebend<sup>473</sup>. Daraus wurde das Postulat

---

<sup>466</sup> Dafür: ANDHOV et al., *life-cycle costing*, S. 32 f.; DRAGOS/NEAMTU, *Life-cycle costing*, S. 128. Dagegen: HENZEL, S. 297; tendenziell ebenfalls, aber differenziert: INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 10.

<sup>467</sup> DRAGOS/NEAMTU, *EPPPL*, S. 25.

<sup>468</sup> INDÉN, *Brussels Commentary*, Part I, Art. 68 N 10.

<sup>469</sup> SCHNEIDER HEUSI, *Preis*, Rz. 8.

<sup>470</sup> VGr ZH, 18. Januar 2018, VB.2017.00496, E. 4.4.2.; SCHNEIDER HEUSI, *Preis*, Rz. 8.

<sup>471</sup> Vgl. Botschaft BöB 2017, S. 1998 mit Hinweisen.

<sup>472</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

<sup>473</sup> SCHNEIDER HEUSI, *Preis*, Rz. 3.

abgeleitet, dass alle anderen Aspekte unter vom Preis getrennten Zuschlagskriterien zu bewerten seien, sodass sie dem Preis gegenübergestellt werden konnten<sup>474</sup>. Jedenfalls im neuen Recht besteht kein solches Trennungsgebot, da Art. 29 Abs. 1 BöB mit den LCC ausdrücklich ein Zuschlagskriterium vorsieht, das sowohl den Preis als auch weitere Aspekte zusammenfasst<sup>475</sup>. Eine ausdrückliche Pflicht, den von der Auftraggeberin an die Anbieterin zu bezahlenden Preis direkt allen übrigen Kriterien gegenüberzustellen, sehen weder Art. 29 Abs. 1 noch Art. 41 BöB vor. Vielmehr spricht Art. 29 Abs. 1 BöB von der Berücksichtigung verschiedener Kriterien und Art. 41 BöB hält als Zuschlagsregel fest, dass das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhält. Soweit dies als Ausdruck des Optimierungsgebots im Sinne von „best value for money“ bzw. des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses verstanden wird, wird damit das *Ziel* des Vergabeverfahrens bezeichnet und nicht die konkrete Bewertungsmethode. Das Ziel ist durch verschiedene Vergabeanforderungen zu erreichen, nebst den Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung unter anderem auch durch technische Spezifikationen<sup>476</sup>. Die Bewertung der Zuschlagskriterien muss sicherstellen, dass der Zuschlag an das Angebot geht, das insgesamt die Zuschlagskriterien optimal erfüllt<sup>477</sup>. Somit sind verschiedene Methoden multikriterieller Entscheidungen zulässig<sup>478</sup>.

- 282 Die LCC können bei standardisierten Leistungen im Rahmen von Art. 29 Abs. 4 BöB auch als alleiniges Zuschlagskriterium vorgesehen werden. Zwar spricht diese Bestimmung nur vom „Gesamtpreis“ (IVöB: Preis) als alleinigem Zuschlagskriterium – und nicht ausdrücklich auch von den LCC. Der Zweck dieser Bestimmung ist es aber, den reinen Preiswettbewerb auf jene Situationen zu beschränken, in denen die Qualität der Leistung bereits durch andere Kriterien gesichert ist. Dies wird an der nur im BöB, nicht aber in der IVöB, vorgesehenen zusätzlichen Voraussetzung sichtbar, dass aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass Leistungen ungenügender Qualität beschafft werden<sup>479</sup>. Da LCC nicht nur den Anschaffungspreis, sondern u.a. Wartungs- und Unterhaltskosten miteinbeziehen, tragen sie bereits auch einem weiteren Zuschlagskriterium, der Wirtschaftlichkeit, Rechnung. Im Vergleich zum Preis als alleinigem Zuschlagskriterium führen die Lebenszykluskosten in dieser Funktion deshalb nicht zu einem engeren Preiswettbewerb, sondern beziehen weitere Aspekte mit ein. Dies gilt erst recht, wenn auch externe Umweltkosten in die Lebenszykluskostenrechnung einbezogen werden. Entsprechend stellt auch das EU-Recht in Art. 67 VRL die Anwendung der Kosten als alleiniges Zuschlagskriterium der alleinigen Anwendung des Preises als Zuschlagskriterium gleich.

---

<sup>474</sup> SCHNEIDER HEUSI, Preis, Rz. 3., VGr ZH, 23. März 2017, VB.2016.00513, E. 7.2.1, spricht gar davon, dass die Berücksichtigung qualitativer und/oder quantitativer Leistungsbestandteile im Rahmen der Preisbewertung eine unzulässige Vermischung von Preis- und Leistungskriterien zur Folge hätte. Aus der Erwägung wird nicht klar, ob es diese Unzulässigkeit nur im konkreten Fall aufgrund der Ausschreibungsunterlagen oder aber generell annahm.

<sup>475</sup> Ähnliches gilt für die Zuschlagskriterien Wirtschaftlichkeit und Plausibilität des Angebots; vgl. dazu KBOB, Leitfaden Werkleistungen, S. 12 f.

<sup>476</sup> MÜLLER, Handkommentar, Art. 41 N 15 f.

<sup>477</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1956.

<sup>478</sup> Vgl. SCHEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 131, wonach die verbreiteten Matrixmodelle bewährt, aber nicht vorgeschrieben sind.

<sup>479</sup> SCHNEIDER HEUSI, Preis, Rz. 39.

Unter den in Art. 29 Abs. 4 BöB genannten Voraussetzungen erscheint somit auch eine Vergabe nach den LCC als einzigem Zuschlagskriterium zulässig. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 4 IVöB, wo allerdings weniger strenge Voraussetzungen gelten als unter dem BöB.

283 Nähere Regeln zur Berücksichtigung von LCC enthält das schweizerische Recht nicht. Diese richtet sich somit nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, namentlich nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie den Regeln über die Zuschlagskriterien und den Zuschlag. Ergänzend können die ausführlichen Bestimmungen der VRL beigezogen werden<sup>480</sup>. Darin werden auch die Voraussetzungen und Modalitäten für die Berücksichtigung externer Umweltkosten geregelt. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Berücksichtigung der LCC bei Einhaltung der in Art. 68 VRL aufgestellten Voraussetzungen auch in der Schweiz rechtskonform ist, was nicht heisst, dass alle diese detaillierten Vorschriften auch in der Schweiz zwingend eingehalten werden müssten.

284 In der Schweiz sind angesichts der expliziten Verankerung der LCC und der Nachhaltigkeit als Zuschlagskriterien sowohl die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten als auch der externen Umweltkosten zulässig und entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung eines volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatzes der öffentlichen Mittel erwünscht.

#### **4.2. Bekanntgabe der Berechnungsmethode im Allgemeinen**

285 Bewertet die Auftraggeberin die Kosten nach dem LCC-Ansatz, so verlangt die Botschaft, dass sie in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbieterinnen bereitzustellenden Daten nennt und die Methode zur Bestimmung der LCC „beschreibt“<sup>481</sup>. Grosszügiger war unter altem Vergaberecht ein Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, der es mangels einer Bekanntgabe der unter den LCC zu berücksichtigenden Kosten genügen liess, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der LCC lediglich auf die Wartungskosten abstellte. Dies mit der Begründung, dass von den Anbieterinnen lediglich Angaben über diese bzw. die Instandhaltungskosten verlangt worden seien, weshalb für sie erkennbar gewesen sei, dass (allein) diese für die Bewertung des LCC-Kriteriums dienen würden. Den Verzicht auf das Erfordernis weitergehender Angaben der Vergabestelle begründete es zudem mit der fehlenden Pflicht der Vergabebehörde zur Bekanntgabe detaillierter Unterkriterien. In diesem Zusammenhang betonte das Verwaltungsgericht, dass die Berücksichtigung der längerfristigen finanziellen Konsequenzen einer Beschaffung hohe Ansprüche an die Transparenz des Verfahrens stellt, da die Anbieterinnen wissen müssten, worauf sich die Bewertung ihrer Angebote stützen werde<sup>482</sup>. Auch Schneider Heusi betont die Bedeutung einer transparenten Bekanntgabe, welche Kosten bei welchem Kriterium einfließen, welche Nachweise dafür beizubringen sind und wie diese bewertet werden<sup>483</sup>. Die Regelung in der EU spricht ebenfalls für hohe Ansprüche an die prospektive Transparenz (ex-ante-Transparenz) der Berechnung von LCC<sup>484</sup>. Wie im

---

<sup>480</sup> Vgl. KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 37.

<sup>481</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

<sup>482</sup> VGr ZH, 18. Januar 2018, VB.2017.00496, E. 4.4.2.

<sup>483</sup> SCHNEIDER HEUSI, Preis, Rz. 10, 13.

<sup>484</sup> Siehe vorn Rz. 264.

EU-Recht, wo der Richtlinien text selbst in Art. 68 Abs. 2 VRL verlangt, dass die Methode „genannt“ wird, dürfte es auch in der Schweiz genügen, eine hinreichend klare und detaillierte Methode zu nennen, wenn diese für die Anbieterinnen gut zugänglich ist<sup>485</sup>. In den Ausschreibungsunterlagen sind somit die von den Anbieterinnen für die Berechnung der LCC bereitzustellenden Daten zu bezeichnen und die Methode zur Bestimmung der LCC nennen. Es muss ersichtlich sein, welche Aspekte der Lebenszykluskostenrechnung berücksichtigt werden sowie ob und welche externen Effekte berücksichtigt werden und wie diese monetarisiert werden.

#### **4.3. Berücksichtigung externer Umweltkosten**

286 Der mit dem Kriterium der LCC verbundene Vorteil für umweltschonende Produkte kommt noch stärker zum Tragen, wenn darin zusätzlich auch die externen Umweltkosten einkalkuliert werden<sup>486</sup>. Während das EU-Vergaberecht in Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL explizit auch die externen Effekte der Umweltbelastung als Teile der Lebenszykluskostenrechnung erwähnt, fehlt im neuen BöB eine entsprechende Bestimmung. Nach bisherigem Recht diente der Einbezug der LCC typischerweise nicht dazu, externe Umweltkosten in das Preiskriterium einzubeziehen, sondern solche Auswirkungen wurden durch entsprechende umweltbezogene Zuschlagskriterien berücksichtigt<sup>487</sup>. Mit dem neuen Recht, das Lebenszykluskosten erstmals ausdrücklich im Bundesbeschaffungsrecht verankert, ist der Begriff in einem weiten Sinn zu verstehen, der auch externe Kosten der Umweltbelastung mitumfasst, wenn diese mit dem Beschaffungsgegenstand während dessen Lebenszyklus in Verbindung stehen<sup>488</sup>. Ausserdem bildet auch das im Gesetzestext erwähnte Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit eine Grundlage für den Einbezug externer Kosten der Umweltbelastung in die LCC. So halten die BKB-Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung (Güter und Dienstleistungen) von 2018 zum Begriff der LCC folgendes fest:

*„Unter Lebenszykluskosten im Sinne der ISO Norm 20400 werden nebst den Anschaffungs-, Betriebs- und Unterhaltskosten auch die indirekten Kosten verstanden, welche durch die Produktion, den Betrieb und die Entsorgung an der Umwelt entstehen. Die explizite Berücksichtigung der entsprechenden volkswirtschaftlichen Kosten rechtfertigt sich insbesondere, wenn dadurch externe Effekte abgebildet werden, die nicht bereits durch die bestehende Umwelt-Gesetzgebung internalisiert werden“<sup>489</sup>.*

287 Dieses Verständnis darf als Aufruf verstanden werden, die LCC durch den Einbezug externer Umweltkosten als Instrument zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten einzusetzen. Damit externe Kosten der Umweltbelastung in die Lebenszykluskostenrechnung einbezogen werden können, müssen die Umweltbelastungen monetarisiert werden. Ist dies nicht gut möglich oder ist eine andere Gewichtung dieser Aspekte beabsichtigt, als sie im Rahmen der LCC

---

<sup>485</sup> Zum EU-Recht siehe vorn Rz. 253, 266.

<sup>486</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 35 f.; STEINER, Swiss Approach, S. 76 f.

<sup>487</sup> STEINER, Swiss Approach, S. 76; STEINER, nachhaltige Beschaffung, Rz. 13. Zum bisherigen Verständnis vgl. SCHNEIDER HEUSI, Preis, Rz. 7.

<sup>488</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943; AB 2018 NR 1006, Votum Bertschy.

<sup>489</sup> BKB, Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 3 f.

wirksam würde, kann es sinnvoll sein, externe Umwelteffekte statt in den LCC in separaten Kriterien zu berücksichtigen. Dies bedeutet nicht, dass in diesen Fällen auf LCC verzichtet werden müsste; vielmehr dient, wie erwähnt, auch bereits eine rein finanzielle Lebenswegbetrachtung der (vornehmlich wirtschaftlichen, aber durchaus auch der ökologischen) Nachhaltigkeit<sup>490</sup>.

288 Die unter dem bisherigen Vergaberecht vertretene Auffassung, dass sich die Zuschlagskriterien Preis und Betriebskosten nur auf konkrete, messbare wirtschaftliche Vorteile für die Vergabestelle beziehen durften<sup>491</sup>, steht u. E. jedenfalls nach heutigem Recht dem Einbezug externer Kosten der Umweltbelastung in die Lebenszykluskosten nicht entgegen, da Art. 29 Abs. 1 BöB sowohl die Lebenszykluskosten als auch die Nachhaltigkeit als Zuschlagskriterien vorsieht. Die Berücksichtigung von externen Umweltauswirkungen in den LCC setzt aber voraus, dass diese monetarisiert werden<sup>492</sup>. Wie bereits in Kapitel IV.A.5.3 dargelegt wurde, lehnt sich die Totalrevision des BöB gerade in Bezug auf die Möglichkeit nachhaltiger öffentlicher Beschaffung an das EU-Recht an<sup>493</sup>. Somit kann in Bezug auf die Zulässigkeit der Berücksichtigung von externen Umweltkosten bei den LCC im Sinne der historischen Auslegung auch das EU-Recht beigezogen werden.

289 Da das BöB keine Bestimmung zur Berücksichtigung externer Umweltkosten enthält, kann die Regelung der VRL (vgl. Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 Bst. a-c VRL) als Anhaltspunkt dienen. Dies rechtfertigt sich mit Blick darauf, dass das schweizerische Recht in Bezug auf die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und die Transparenz des Verfahrens (Art. 2 Bst. b und c sowie Art. 11 Bst. a und c BöB) ähnliche Zielsetzungen und Grundsätze kennt wie das EU-Recht und auch die Zuschlagsregel nach Art. 41 BöB inhaltlich jener von Art. 67 Abs. 1 VRL entspricht. Zunächst kann, in Bezug auf die Zulässigkeit der Berücksichtigung externer Umweltkosten<sup>494</sup> darauf verwiesen werden, dass diese auch in der EU schon lange vor ihrer Verankerung in den Vergaberichtlinien von 2014 als zulässig betrachtet wurden<sup>495</sup>.

#### **4.4. Berechnungsmethode**

290 Die Botschaft stellt sich auf den Standpunkt, dass externe Umweltkosten nur berücksichtigt werden dürfen, „sofern eine breit abgestimmte und vom zuständigen Organ (z.B. BKB oder Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren [KBOB]) zugelassene Methode zu ihrer Bewertung vorliegt“<sup>496</sup>. Eine solche Anforderung, deren Herleitung in der Botschaft nicht begründet wird, hat im Gesetzeswortlaut jedoch keinen Niederschlag gefunden und sie muss als zu weitgehend beurteilt werden. Bemerkenswert ist,

---

<sup>490</sup> Siehe vorn Rz. 279.

<sup>491</sup> STEINER, *Swiss Approach*, S. 75 f.; STEINER, *Umweltfreundliche Beschaffung*, S. 110, STEINER, *nachhaltige Beschaffung*, Rz. 13 mit Verweis auf GAUCH/STÖCKLI, S. 22.

<sup>492</sup> Vgl. vorn Rz. 253, 261.

<sup>493</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1881.

<sup>494</sup> Siehe vorn Rz. 286.

<sup>495</sup> Siehe vorn Rz. 273.

<sup>496</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

dass die Musterbotschaft zur IVöB 2019 diese Anforderung nicht übernommen hat<sup>497</sup>. Zurückhaltender als die Botschaft äussert sich nun auch die KBOB im Leitfaden Werkleistungen, indem sie für die Berücksichtigung von externen Kosten der Umweltbelastung nur, aber immerhin, voraussetzt, dass „anerkannte Methoden“ zur Bewertung vorliegen<sup>498</sup>. Aufgrund der gesetzlichen Regelung im BöB und unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts bei dessen Auslegung sind die Vergabestellen u. E. befugt, eigene Tools zu entwickeln und zu verwenden, um externe Umweltkosten in einer Lebenszykluskostenberechnung zu berücksichtigen.

291 Aus den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung ergeben sich die Anforderungen an die LCC-Methode und deren vorgängige Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen. Jedenfalls müssen sich die verwendeten Parameter und etwa die Preise der Umweltbelastung sachlich begründen lassen. Hierzu kann auf die vorausgehenden Ausführungen zum EU-Recht verwiesen werden<sup>499</sup>.

292 Es trifft sicher zu, dass beim Einbezug von LCC zahlreiche Unsicherheiten und Herausforderungen bestehen, insbesondere auch bezüglich des Einbezugs externer Umweltkosten<sup>500</sup>. Andererseits besteht eine zunehmende Zahl von Studien, Hilfsmitteln und Tools, welche als Grundlage für die Berechnung von LCC sowie die Monetarisierung und den Einbezug externer Umwelteffekte dienen können. An diese Instrumente darf kein übertriebener Anspruch wissenschaftlicher Perfektion gestellt werden. Es ist deshalb, wie bisher, ein pragmatischer Weg zu suchen, der die Initiative von Vergabestellen, welche dieses Mittel der wirtschaftlichen und auch ökologischen Nachhaltigkeit einsetzen, nicht mehr erschwert als es die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung im Vergabeverfahren erfordern.

293 Die Auftraggeberinnen haben die Herausforderung, für ihre konkreten Beschaffungsaufgaben geeignete, sachgerechte LCC- und ELCC-Methoden auszuwählen, diese allenfalls anzupassen und sodann sachgerecht anzuwenden. Dabei haben sie die Grundsätze des Vergaberechts zu beachten, aber es ist auch ihr Ermessen zu respektieren. Angesichts der Vielfältigkeit der Problemstellungen erscheint es sinnvoll, wenn entsprechende Instrumente pragmatisch und bereichsbezogen erarbeitet und weiterentwickelt werden. Jedenfalls gewährt das schweizerische Vergaberecht den Vergabestellen den nötigen Spielraum für den vermehrten Einsatz von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterien, auch unter Einbezug externer Umweltkosten. Zuzustimmen ist dem Wunsch nach standardisierten Methoden bzw. einer einheitliche Methodik zur Berechnung der Lebenszyklus- und Umweltkosten<sup>501</sup> insofern, als dies die Verwendbarkeit von LCC als Zuschlagskriterium stark erleichtern und zu dessen Verbreitung beitragen dürfte. Die KBOB arbeitet zurzeit an einer Empfehlung zu Lebenszykluskosten<sup>502</sup>.

---

<sup>497</sup> Musterbotschaft zur IVöB 2019, S. 69.

<sup>498</sup> KBOB, Leitfaden Werkleistungen, Anhang 1, S. 11.

<sup>499</sup> Vorn Rz. 266.

<sup>500</sup> Vgl. KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 36.

<sup>501</sup> KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 48.

<sup>502</sup> KBOB, Faktenblatt „Neue Vergabekultur – Qualitätswettbewerb, Nachhaltigkeit und Innovation im Fokus des revidierten Vergaberechts“, S. 3.

- 294 Nachdem weder das BöB noch die VöB die Modalitäten für Berücksichtigung der LCC näher regeln, bietet es sich an, diesbezüglich die VRL als Leitfaden beizuziehen<sup>503</sup>. So ist aufgrund des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die beide sowohl im Vergaberecht der EU als auch der Schweiz gelten, zu verlangen, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Berechnungsmethode der LCC und die dafür von den Anbieterinnen bereitzustellenden Daten in einer Weise bekannt gibt, die es den Anbieterinnen ermöglicht, ihre Angebote darauf abzustimmen<sup>504</sup>. Nebst den verwendeten Tools und den dafür verlangten Daten ist – soweit dies nicht bereits aus den Berechnungstools ersichtlich ist – beispielsweise auch anzugeben, zu welchen Preisen externe Umweltkosten eingerechnet werden. Ebenfalls dürfen keine Bieter durch die verwendete Methode unzulässig benachteiligt werden. Um möglichst nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu werden, dass die Methode auf einen bestimmten Bieter zugeschnitten wurde respektive diskriminierend ist, sollten, wo möglich und sinnvoll, Methoden entwickelt werden, die mehrfach zur Anwendung gelangen können, anstatt sie auf ein bestimmtes Verfahren auszurichten.
- 295 Auf verschiedene Tools aus dem EU-Raum wurde bei den Ausführungen zum EU-Recht hingewiesen<sup>505</sup>. Das Dokument „Lebenszykluskosten, Grundlagendokument zur Anwendung und Ermittlung von Lebenszykluskosten im Rahmen von Baumassnahmen im Hochbaudepartement der Stadt Zürich“<sup>506</sup> veranschaulicht die einzelnen Schritte einer Berechnungsmethode gut. Bei externen Effekten der Umweltbelastung kommt hinzu, dass noch häufiger als bei konventionellen LCC notwendige Daten fehlen und die Monetarisierung mit Schwierigkeiten behaftet ist<sup>507</sup>. Auch im Dokument „Hilfestellung für die Monetarisierung von Umweltwirkungen politischer Massnahmen“ des BAFU werden die entsprechenden Herausforderungen aufgezählt<sup>508</sup>.
- 296 Eine im Auftrag des BAFU durchgeführte Studie zu den Instrumenten für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung kam 2018 zum Schluss, dass es noch keine Übersicht zum Einsatz von LCC im Schweizer Beschaffungswesen gebe; insbesondere sei noch nicht untersucht worden, durch welche Stellen, in welchem Ausmass und anhand welcher Methoden LCC Berücksichtigung fänden<sup>509</sup>.

---

<sup>503</sup> Vgl. KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 37.

<sup>504</sup> LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N 24; VGr ZH, 18. Januar 2018, VB.2017.00496, E. 4.4.2.

<sup>505</sup> Vorn Rz. 269.

<sup>506</sup> Hochbaudepartement der Stadt Zürich, LUKRETIA II+III – „Lebenszykluskosten“, Grundlagendokument zur Anwendung und Ermittlung von Lebenszykluskosten im Rahmen von Baumassnahmen, Zürich 2009, <https://www.stadt-zuerich.ch/hbd/de/index/hochbau/beratung/projektoekonomie/lukretia.html> (besucht am 19.4.2021).

<sup>507</sup> ANDHOV et al., life-cycle costing, S. 33; CARVALHO, S. 50 f.; ESTEVAN/SCHAEFER, S. 25 f. Aus diesem Grund beschränkte die Europäische Kommission ihr Tool auf die Wirkungskategorie Klimawandel und dies nur bezogen auf die Nutzungsphase von Produkten, siehe dazu vorn Rz. 261.

<sup>508</sup> <https://www.aramis.admin.ch/Default?DocumentID=66783&Load=true> (besucht am 19.4.2021), S. 8.

<sup>509</sup> BSD Consulting, Schlussbericht: Instrumente für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung, Gap-Analyse und Handlungsfelder, 2018, S. 33.

## H. Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen

### 1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU

#### 1.1. Begriffe und Überblick über die Regelungen

<sup>297</sup> Die detaillierte Beschreibung des Beschaffungsgegenstands wird in den EU-Vergaberichtlinien als technische Spezifikationen bezeichnet<sup>510</sup>. Die technischen Spezifikationen dienen dazu, die zwingenden Merkmale der nachgefragten Leistungen festzulegen. Art. 42 VRL regelt die technischen Spezifikationen i.V.m. Anhang VII zur VRL sehr ausführlich. Allerdings gelten nicht alle vertraglichen Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand als technische Spezifikationen. Von diesen unterschieden werden die vertraglichen Anforderungen an die Ausführung des Auftrags (auch als besondere Vertragsausführungsbedingungen bezeichnet). Diese Ausführungsbedingungen, welche ebenfalls zwingende Anforderungen enthalten, werden separat in Art. 70 VRL geregelt, so dass auf sie nicht alle Regeln über technische Spezifikationen unbesehen zur Anwendung gelangen, wie dies der EuGH im Max Havelaar-Entscheid festgestellt hat<sup>511</sup>. Zu beachten ist sodann, dass Art. 43 Regeln über die Verwendung von Labels insbesondere für umweltbezogene und soziale Merkmale enthält, die auch als technische Spezifikationen angewendet werden können; diese Bestimmungen weichen teilweise von den Regeln gemäss Art. 42 VRL ab und bilden entsprechende Ausnahmen<sup>512</sup>.

#### 1.2. Technische Spezifikationen

<sup>298</sup> Art. 42 Abs. 1 Uabs. 2 VRL hält fest, dass sich die in den technischen Spezifikationen festzulegenden Merkmale auch „auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen“ beziehen können. Auch auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums der zu beschaffenden Leistung können sie sich beziehen – und dies selbst dann, wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile des Beschaffungsgegenstands werden. Voraussetzung dafür ist, dass sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert sowie zu den Zielen der Beschaffung verhältnismässig sind.

<sup>299</sup> Nach Ziff. 1 von Anhang VII zur VRL gehören zu den Eigenschaften, die mittels technischer Spezifikationen verlangt werden können, u.a. Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für Alle“ (einschliesslich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen), einschliesslich der Qualitätssicherungsverfahren sowie der Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus.

<sup>300</sup> Art. 42 Abs. 1 Uabs. 4 VRL sieht vor: „Bei jeglicher Beschaffung, die zur Nutzung durch natürliche Personen — ganz gleich, ob durch die Allgemeinheit oder das Personal des öffentlichen

---

<sup>510</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 18-01; vgl. auch die Legaldefinition in Ziff. 1 von Anhang VII zur VRL.

<sup>511</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 18-32 f. (mit Verweis auf EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 73 f.) sowie Rz. 20-79.

<sup>512</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 18-46, 20-102; vgl. dazu unten Kapitel IV.J Labels; Rz. 356.

Auftraggebers — vorgesehen ist, werden die technischen Spezifikationen — außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen — so erstellt, dass die Zugänglichkeitskriterien für Personen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer berücksichtigt werden.“ Entsprechend bestimmt Anhang VII Ziff. 1 zur VRL, dass u.a. „Design für Alle“ (einschliesslich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen), zu den Eigenschaften gehören, die mittels technischer Spezifikationen verlangt werden können.

### **1.3. Ausführungsbedingungen**

301 Gemäss Art. 70 VRL können Ausführungsbedingungen („besondere Bedingungen für die Auftragsausführung“) festgelegt werden. Diese können sich auch auf wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange beziehen. Sie müssen aber einen genügenden sachlichen Bezug zur beschafften Leistung aufweisen, wofür die für Zuschlagskriterien in Art. 67 Abs. 3 VRL festgelegte Umschreibung gilt. Der Zusammenhang kann also bei der Herstellung, der Bereitstellung, der Vermarktung oder in irgendeinem Stadium im Lebenszyklus bestehen. Er muss sich aber immer konkret auf die beschaffte Leistung (z.B. deren Herstellung) beziehen. Weitere Einsatzmöglichkeiten von Ausführungsbedingungen sind aus den Erwägungsgründen ersichtlich. In ErwGr. 39 VRL wird ausgeführt, dass auch arbeitsrechtliche Anforderungen und die Einhaltung von Tarifverträgen – im Einklang mit dem Unionsrecht – verlangt werden können. ErwGr. 98 Abs. 2 VRL nennt als zulässige Zwecke von Ausführungsbedingungen die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben, die Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, den Umwelt- und den Tierschutz, die Erfüllung der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) sowie die Einstellung einer grösseren Zahl von benachteiligten Personen als dies nach nationalem Recht vorgeschrieben wäre.

302 Die Nichteinhaltung der einschlägigen Verpflichtungen könnte als schwere Verfehlung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers betrachtet werden, die dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann<sup>513</sup>.

## **2. Rechtsprechung EuGH**

### **2.1. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)**

303 Gemäss Art. 42 Abs. 3 VRL können die technischen Spezifikationen mit zwei unterschiedlichen Methoden festgelegt werden: einerseits durch hinreichend genaue Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder andererseits unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen und auf verschiedene Normen. Gemäss dem Roche Lietuva-Urteil des EuGH kommt keiner dieser beiden Methoden ein Vorrang zu<sup>514</sup>. Der EuGH verweist in der Folge darauf, dass Vergabestellen bei der Formulierung der technischen Spezifikationen ein grosses Ermessen zukommt, dass dieses aber durch das Gebot eingeschränkt werde, allen Wirtschaftsteilnehmern den

---

<sup>513</sup> ErwGr. 39 VRL.

<sup>514</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 26 f. und Antwort auf die Vorlagefrage.

gleichen Zugang zum Vergabeverfahren zu gewähren sowie durch das Verbot, den Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise zu behindern<sup>515</sup>. Der Detaillierungsgrad der technischen Spezifikationen muss den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren<sup>516</sup>, was insbesondere eine Prüfung der Frage erfordere, ob dieser Detaillierungsgrad zur Erreichung der verfolgten Ziele notwendig sei<sup>517</sup>.

304 Der EuGH weist darauf hin, dass je detaillierter die technischen Spezifikationen sind, umso mehr die Gefahr besteht, dass die Produkte eines bestimmten Herstellers bevorzugt werden, wodurch die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verletzt werden<sup>518</sup>. Sodann hält er fest, dass die technischen Spezifikationen so festzulegen sind, dass es für die Anbieter möglich ist, „Angebote einzureichen, die die Diversität der technischen Lösungen, Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln“<sup>519</sup>.

305 Weiter stellt der EuGH fest, dass der sensible Bereich des Gesundheitsschutzes bei der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips in besonderer Weise zu berücksichtigen ist. Denn unter den vom AEUV geschützten Gütern und Interessen nehmen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang ein und es ist Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da dieses Niveau sich von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein entsprechender Beurteilungsspielraum zuzuerkennen<sup>520</sup>. Deshalb lassen sich im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung einengende Leistungsbeschreibungen eher rechtfertigen als sonst<sup>521</sup>. In der Rechtsliteratur wird eine Übertragung dieser Argumentation auf Nachhaltigkeitsaspekte postuliert, da die Förderung der Nachhaltigkeit ein anerkanntes strategisches Beschaffungsziel ist, weshalb auch dort ein grösserer Spielraum für Kriterien bestehen soll, auch wenn sich diese markteinengend auswirken<sup>522</sup>.

306 Art. 18 und 24 VRL verlangen, dass die technischen Spezifikationen insgesamt die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit wahren<sup>523</sup>.

## **2.2. Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)**

307 Das Max Havelaar-Urteil des EuGH war vor allem wegweisend für die Frage der Zulässigkeit von technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen, welche die – auch herstellungsbezogene – ökologische und soziale Nachhaltigkeit betreffen, und ist in verschiedenen Punkten noch heute massgebend. Es ist noch zur früheren VKR ergangen,

---

<sup>515</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 29 ff.

<sup>516</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 41 und Antwort auf die Vorlagefrage.

<sup>517</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 41.

<sup>518</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 37.

<sup>519</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 36, mit Verweis auf den ErwGr. 74 VRL.

<sup>520</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 42, mit Verweis auf Urteil Medisanus vom 8. Juni 2017, C-296/15, Rn. 82 und die dort angeführte Rechtsprechung.

<sup>521</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 764.

<sup>522</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 764.

<sup>523</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Antwort auf die Vorlagefrage.

die inzwischen durch die VRL abgelöst wurde, welche gewisse Punkte dieser Rechtsprechung kodifiziert, hingegen bezüglich der Gütezeichen (siehe dazu unten im Kapitel IV.J Labels die Rz. 354) die Rechtslage massgebend verändert hat.

- 308 In Bezug auf die technischen Spezifikationen hält der EuGH fest, dass es zulässig ist, Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die Umwelteigenschaften umfassen, als technische Spezifikationen festzulegen, wobei auch Produktionsmethoden solche Umwelteigenschaften darstellen können. Dafür stützte er sich auf den Wortlaut von Art. 23 Abs. 3 Bst. b sowie den ErwGr. 29 VKR<sup>524</sup>. Vergabestellen können in der Leistungsbeschreibung verlangen, dass die Waren aus dem ökologischen Landbau stammen und das zu liefernde Erzeugnis der dafür geltenden EU-Verordnung (Verordnung Nr. 2092/91) entspricht; damit verstossen sie nicht gegen die Vorschriften über die technischen Spezifikationen<sup>525</sup>.
- 309 Der EuGH betonte die Bedeutung der Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Transparenz gerade im Zusammenhang mit den technischen Spezifikationen<sup>526</sup>. Deshalb war die Vorschrift gemäss Art. 23 Abs. 6 Uabs. 1 VKR strikt anzuwenden, wonach zwar die detaillierten Spezifikationen eines Umweltgütezeichens in die technischen Spezifikationen aufgenommen werden können, nicht aber ein Umweltgütezeichen selbst. Darüber hinaus kann das Vorliegen eines Umweltgütezeichens für eine Ware oder Dienstleistung als Vermutung dafür angesehen werden, dass diese die entsprechenden technischen Spezifikationen erfüllt<sup>527</sup>. Den Anbietern musste die Möglichkeit belassen werden, die Erfüllung der technischen Spezifikationen durch die von ihnen angebotene Leistung auf andere Weise nachzuweisen<sup>528</sup>.
- 310 Die Fairtrade-Kriterien hingegen, die dem Gütezeichen Max Havelaar zugrunde liegen, entsprachen nicht der Definition des Begriffs „technische Spezifikation“, wie sie in Nr. 1 Bst. b des Anhangs VI der damals massgebenden Richtlinie 2004/18/EG festgelegt waren, denn diese erfasste ausschliesslich die Merkmale der Erzeugnisse selbst, ihre Produktionsprozesse und -methoden, ihre Verpackung oder ihre Verwendung. Das Gütezeichen Max Havelaar bezeichnete aber Erzeugnisse, die aus einer Form des fairen Handels stammen, bei der Organisationen, die aus Kleinerzeugern in Entwicklungsländern bestehenden, die Erzeugnisse zu einem Preis und zu Bedingungen erwarben, die für die Erzeuger günstiger waren als die durch die Marktkräfte bestimmten Bedingungen. Aus den Akten ergab sich, dass das Gütezeichen auf vier Kriterien beruhte, nämlich darauf, dass der bezahlte Preis kostendeckend sein und einen Zuschlag auf den Weltmarktpreis enthalten musste, dass die Produktion vorfinanziert sein musste und dass zwischen Erzeuger und Importeur langfristige Handelsbeziehungen bestehen mussten. Damit stellte das Gütezeichen nach Auffassung des EuGH auf die Bedingungen ab, unter denen der Lieferant sie vom Erzeuger erworben hatte, was der Definition der technischen Spezifikationen nicht entsprach<sup>529</sup>. Die Anforderung, dass der zu liefernde Tee und

---

<sup>524</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 61.

<sup>525</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 68.

<sup>526</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 62.

<sup>527</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 63 f. Siehe dazu Art. 23 Abs. 6 Uabs. 1 Richtlinie 2004/18.

<sup>528</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 65. Siehe dazu Art. 23 Abs. 6 Uabs. 2 VKR.

<sup>529</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 73 f.

Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, fiel hingegen unter die Definition der „Bedingungen für die Auftragsausführung“ im Sinne von Art. 26 VKR. Diese können auch soziale Aspekte betreffen. Ob diese Anforderung nach dieser Bestimmung zulässig wäre, prüfte der EuGH jedoch aus prozessualen Gründen nicht<sup>530</sup>.

### **2.3. Das Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. C-31/87)**

311 Im Fall Beentjes befand der Gerichtshof, dass eine Klausel, die die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen verlangte, zwar nicht als Eignungskriterium festgelegt werden durfte, weil es mit der wirtschaftlichen und finanziellen Lage des Anbieters sowie seiner technischen Fachkenntnis und Leistungsfähigkeit nichts zu tun hat. Eine Bedingung über die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen könnte aber in die Vertragserfüllungsklauseln aufgenommen werden, vorausgesetzt, dass dies im Einklang mit den EU-Vorschriften steht, die für die Ausführungsphase gelten<sup>531</sup>.

## **3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht**

### **3.1. Technische Spezifikationen**

312 Neben Angeboten, die den formulierten technischen Spezifikationen exakt entsprechen, müssen nach einer in der Literatur geäußerten Ansicht auch funktionell gleichwertige Angebote akzeptiert werden<sup>532</sup>.

313 Es ist unbestritten und geht aus dem Wortlaut von Art. 42 VRL und von Anhang VII hervor, dass technische Spezifikationen im Interesse sowohl ökologischer als auch sozialer Nachhaltigkeitsaspekte festgelegt werden können, wenn sich diese in der beschafften Leistung selbst niederschlagen (z.B. Beschaffung energiesparender oder barrierefreier Geräte)<sup>533</sup>. So nennen die Legaldefinitionen in Ziff. 1 von Anhang VII zur VRL als möglichen Inhalt der technischen Spezifikationen u. a. Umwelt- und Klimaleistungsstufen, „Design für alle“ (einschliesslich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen). Auch Art. 42 Abs. 1 Uabs. 4 VRL erwähnt die Zugänglichkeitskriterien für Personen mit Behinderungen oder der Konzeption für alle Nutzer<sup>534</sup>.

314 Ebenso klar ist, dass auch *herstellungsbezogene ökologische Aspekte*, die keinen physischen Niederschlag im Produkt finden, in die technischen Spezifikationen aufgenommen werden können<sup>535</sup>. Dies wurde bereits im Urteil Max Havelaar vom EuGH so entschieden und hat nun in Art. 42 Abs. 1 Uabs. 2 VRL eine ausdrückliche Verankerung gefunden. Gemäss dieser Bestimmung können Anforderungen an den Herstellungsprozess auch dann in die technischen

---

<sup>530</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 75 ff.

<sup>531</sup> EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 28.

<sup>532</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-250; Bd. 2, Rz. 18-20.

<sup>533</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 9 f., 67, 69 f.

<sup>534</sup> Vgl. hierzu auch ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-77; KRÖNKE, Fairtrade, S. 112.

<sup>535</sup> KOCH, WTO Law, S. 142 f. (und für das GPA: S. 88 f.); Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 69 f.; STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 42 N 3.

Spezifikationen aufgenommen werden, wenn sie sich nicht materiell im Beschaffungsgegenstand niederschlagen. Voraussetzung dafür ist, dass sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert sowie zu den Zielen der Beschaffung verhältnismässig sind.

315 Steiner und Ziekow stellen unter Berufung auf den Max Havelaar-Entscheid und ErwGr. 99 VRL in Frage, ob im EU-Vergaberecht auch soziale Anforderungen von den Produktionsbedingungen gemäss dieser Bestimmung erfasst werden<sup>536</sup>. Eine differenzierte Auffassung vertritt Lampert, der herstellungsbezogene Anforderungen als technische Spezifikationen etwa zulassen will, wenn es sich um Arbeitsschutzmassnahmen (z.B. zur Verhütung von Arbeitsunfällen oder zur Lagerung gefährlicher Chemikalien) handelt oder wenn es einem besonderen Bedarf der Nutzer dient (wie die Zubereitung von Speisen nach besonderen Methoden); wenn sich solche Kriterien jedoch auf die soziale Situation und die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden (Löhne, Quoten von Auszubildenden, Menschen mit Behinderungen oder von Langzeitarbeitslosen) bezögen, seien sie als Ausführungsbedingungen festzulegen<sup>537</sup>. U. E. sprechen indes gute Gründe dafür, dass herstellungsbezogene soziale Anforderungen unter den gleichen Voraussetzungen als technische Spezifikationen zulässig sind, wie sie für Ausführungsbedingungen und Zuschlagskriterien gelten. So geht Arrowsmith, wie erwähnt, davon aus, dass das Erfordernis der Verbindung zum Beschaffungsgegenstand bei technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen gleich auszulegen ist<sup>538</sup>. Dafür spricht auch, dass Art. 43 die Gütezeichen (Labels), welche insbesondere bei ökologischen und sozialen Aspekten zum Zug kommen und sich häufig auf Herstellungsbedingungen beziehen, in identischer Weise für technische Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen regelt.

316 Der Einwand von Steiner und Ziekow beruht auf der Konzeption, dass herstellungsbezogene soziale Anforderungen im Sinne der Max Havelaar-Rechtsprechung als Ausführungsbedingungen nach Art. 70 VRL, nicht aber als technische Spezifikationen zu qualifizieren sind. Unter der VKR herrschte das Verständnis, dass sich Ausführungsbedingungen nicht auf bereits hergestellte Waren beziehen durften (Lieferung von Waren ab Lager). Für das neue EU-Vergaberecht betont jedoch ErwGr. 97 VRL, dass die Einbeziehung sozialer Überlegungen in das Vergabeverfahren als Ausführungsbedingung in jedem „Lebenszyklus-Stadium der Ware“ möglich sein soll – ausdrücklich auch betreffend den spezifischen Prozess der Herstellung oder Bereitstellung solcher Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder den Handel damit. Gestützt darauf geht Ziekow davon aus, dass herstellungsbezogene soziale Kriterien auch auf die Beschaffung bereits hergestellter Waren angewendet werden können<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> STEINER, Soziale Aspekte, S. 39 ff.; ZIEKOW, Kommunen, S. 40 f.

<sup>537</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 67 f., vgl. auch N 10.

<sup>538</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-172; KRÖNKE, Sozial verantwortliche Beschaffung, S. 14 f.; siehe auch vorn Rz. 159.

<sup>539</sup> ZIEKOW, Kommunen, S. 47; auch Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 128 GWB N 23, geht ohne Vorbehalt bezüglich Lagerwaren davon aus, dass sich Ausführungsbedingungen bei Lieferaufträgen auch auf deren Herstellung beziehen können. Im Ergebnis ebenso KROHN, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 85, der umweltbezogene und soziale Aspekte, die sich im Beschaffungsgegenstand nicht physisch niederschlagen, generell als Ausführungsbedingungen qualifiziert.

Hierfür spricht auch, dass gemäss ErwGr. 97 VRL den fairen Handel als zulässige Ausführungsbedingung erachtet. Folgt man dieser Auffassung, wird die Möglichkeit, herstellungsbezogene soziale Anforderungen festzulegen, auch dann kaum beeinträchtigt, wenn sie generell als Ausführungsbedingungen im Sinne von Art. 70 VRL qualifiziert werden müssen. Die Festlegung herstellungsbezogener sozialer Anforderungen in den Ausführungsbedingungen wird als im Einklang mit dem GPA stehend betrachtet<sup>540</sup>.

- 317 Als Beispiele nachhaltigkeitsbezogener technischer Spezifikationen werden etwa Strom aus erneuerbaren Energiequellen, Holz aus legaler und nachhaltiger Waldwirtschaft, Recyclingpapier, Textilien ohne gesundheits- oder umweltschädliche Stoffe oder Lebensmittel aus biologischem Anbau genannt<sup>541</sup>.
- 318 Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, bei der Vertragserfüllung dafür zu sorgen, dass die Leistung der ausgeschriebenen Leistung gemäss der Leistungsbeschreibung auch tatsächlich entspricht<sup>542</sup>. Bei herstellungsbezogenen ökologischen oder sozialen Kriterien kann die Überprüfung problematisch sein. Eine Möglichkeit, dem zu begegnen, stellen Zertifikate und Labels (unabhängige Gütesiegel) dar<sup>543</sup>. Als Beispiel wird auf Herkunftsnachweise (sogenannte Garantiezertifikate) für Strom aus regenerativen Energiequellen verwiesen<sup>544</sup>.

### **3.2. Ausführungsbedingungen**

- 319 Die Abgrenzung der Ausführungsbedingungen zu den technischen Spezifikationen, die sich nach Art. 42 VRL ebenfalls auf den ganzen Lebenszyklus beziehen können, ist nicht scharf; Art. 70 VRL wird daher auch als Ergänzung zu Art. 42 Abs. 1 VRL charakterisiert<sup>545</sup>. Im Unterschied zu Eignungskriterien müssen sich die Ausführungsbedingungen nicht zwingend auf die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen<sup>546</sup>. Zudem müssen die Ausführungsbedingungen nicht bereits im Zeitpunkt der Einreichung der Offerten oder im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein, sondern sie kommen in der Regel erst während der Ausführung zum Tragen, wozu sich die Anbieter jedoch verpflichten.
- 320 Ausführungsbedingungen müssen eine Verbindung zum Beschaffungsgegenstand aufweisen, wofür die gleichen Voraussetzungen gelten wie bei den Zuschlagskriterien (Näheres dazu vorn, Kapitel IV.C Verbindung zum Beschaffungsgegenstand, Rz. 148). Sie müssen in der Ausschreibung oder in den Auftragsunterlagen transparent festgehalten werden<sup>547</sup>, so dass die Bieter die Möglichkeit haben, ihr Angebot entsprechend den gestellten Anforderungen auszugestalten<sup>548</sup>.

---

<sup>540</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 10.

<sup>541</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N 69.

<sup>542</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 320.

<sup>543</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95.

<sup>544</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95; THEOBALD/KÜHLING, Rn. 36.

<sup>545</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N 1.

<sup>546</sup> Vgl. schon EuGH, Urteil Beentjes, Rn. 28 ff.

<sup>547</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 322.

<sup>548</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N 6.

- 321 Aufgrund ähnlicher Anwendungsvoraussetzungen können die gleichen Aspekte, die als Zuschlagskriterien in Frage kommen – namentlich innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Aspekte –, auch als Ausführungsbedingungen vorgeschrieben werden. Der Unterschied liegt darin, dass die Aspekte als Zuschlagskriterien in eine Gesamtbewertung einfließen, während sie als Ausführungsbedingungen zwingend zu erfüllen sind, so dass sich der Anbieter verpflichten muss, diese Bedingungen bei der Auftragsausführung zu beachten<sup>549</sup>. In der Regel liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Aspekt als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung berücksichtigt, wobei der unterschiedlichen Wirkungsweise Rechnung zu tragen ist. So müssen Zuschlagskriterien die Grundlage für eine objektive vergleichende Bewertung bilden, während Ausführungsbedingungen vollständig zu erfüllende Anforderungen festlegen<sup>550</sup>.
- 322 Im Vergleich zu Art. 26 VKR ist die Erwähnung der wirtschaftlichen, innovationsbezogenen und der beschäftigungspolitischen Belange in Art. 70 VRL neu. Nicht mehr erwähnt wird hier, dass diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen; dies kann allenfalls als Wegfall eines bisher bestandenen Vorbehalts zugunsten der Grundfreiheiten des Primärrechts (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit) gedeutet werden, ohne den die sekundärrechtliche Ausgestaltung als abschliessend zu verstehen ist, woraus sich ein grösserer Spielraum für den nationalen Gesetzgeber bzw. die Vergabestellen ergibt<sup>551</sup>. Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot gelten aber auch aufgrund von Art. 18 Abs. 1 VRL. Bedingungen für die Auftragsausführung dürfen keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bewirken<sup>552</sup>.
- 323 Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot führt ein Autor aus, dass auch für das achtenswerte Ziel einer CO<sub>2</sub>-Reduktion eine Bedingung unzulässig sei, wonach ein Gut nicht weiter als eine bestimmte Distanz transportiert werden dürfe<sup>553</sup>; zulässig wären aber wohl Ausführungsbedingungen, die nicht die Distanz beschränken, sondern die mit dem Transport verbundenen CO<sub>2</sub>-Emissionen (vgl. dazu vorn Abschnitt IV.B.3.4 Transportweg, Rz. 127).
- 324 Für Beispiele nachhaltigkeitsbezogener Ausführungsbedingungen kann aufgrund der grossen Ähnlichkeit der dafür geltenden Voraussetzungen zunächst auf die bei den Zuschlagskriterien angeführten Beispiele verwiesen werden (vorn Rz. 240). Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags, die sich auf ökologische Aspekte beziehen, können nach ErwGr. 97 VRL beispielsweise auch die Anlieferung, Verpackung und Entsorgung von Waren und im Falle von Bau- und Dienstleistungsaufträgen auch die Abfallminimierung oder die Ressourceneffizienz betreffen. Weitere Beispiele nachhaltigkeitsbezogener Ausführungsbedingungen sind etwa die Lieferung der beschafften Güter mit dem Zug oder mit Elektrofahrzeugen oder besondere Bedingungen zur Abfallentsorgung. Die Motivation für Ausführungsbedingungen kann auch in der Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, in der verstärkten

---

<sup>549</sup> Vgl. ErwGr. 104 VRL; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N 2 ff.; GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 322.

<sup>550</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 322.

<sup>551</sup> Vgl. vorn Rz. 100 und 185.

<sup>552</sup> ErwGr. 104 VRL.

<sup>553</sup> INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N 7.

Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben, der Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, im Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitnehmer, im Umwelt- oder Tierschutz, der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder der vermehrten Beschäftigung von benachteiligten Personen liegen. Gemäss ErwGr. 88 VRL können öffentliche Auftraggeber verlangen, dass während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmassnahmen oder -regelungen angewandt werden. In Deutschland werden diese primär durch die besonderen Ausführungsbedingungen i.S. von § 128 Abs. 2 GWB erfasst<sup>554</sup>.

325 Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, bei der Vertragserfüllung auch effektiv dafür Sorge zu tragen, dass die Leistung genau dem entspricht, was ausgeschrieben wurde. Dies geht u.a. aus dem EuGH-Entscheid Wienstrom hervor<sup>555</sup>. Dieser Gedanke findet im deutschen Recht auch in § 127 Abs. 4 GWB über die wirksame Überprüfung der Zuschlagskriterien seine Entsprechung<sup>556</sup>.

326 Im deutschen Vergaberecht verlangt § 67 VgV, dass bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Waren, Geräten, Ausrüstungen oder Dienstleistungen nur solche Güter zum Einsatz kommen, die im Hinblick auf die Energieeffizienz das höchste Leistungsniveau oder die höchste Energieeffizienzklasse erfüllen<sup>557</sup>. Holzprodukte muss die Bundesverwaltung zwingend aus nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung beschaffen. Für die Beschaffung von Strassenfahrzeugen müssen nach § 68 VgV öffentliche Auftraggeber den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen berücksichtigen. Dazu muss der Auftraggeber entweder in die Leistungsbeschreibung bestimmte ökologische Vorgaben aufnehmen oder diese Aspekte unter den Zuschlagskriterien bewerten. Dabei müssen folgende Faktoren, jeweils bezogen auf die Gesamtkilometerleistung des Strassenfahrzeugs berücksichtigt werden: 1. Energieverbrauch, 2. Kohlendioxid-Emissionen, 3. Emissionen von Stickoxiden, 4. Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und 5. partikelförmige Abgasbestandteile. Die Kosten sind über die Lebensdauer zu berücksichtigen<sup>558</sup>.

#### **4. Leistungsumschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen im schweizerischen Vergaberecht**

327 Gemäss Art. 35 Bst. c und Art. 36 Bst. b und h BöB hat die Vergabestelle die zu beschaffenden Leistungen, also den Beschaffungsgegenstand, in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen zu beschreiben. Zu dieser Leistungsumschreibung gehören die technischen Spezifikationen und die anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen<sup>559</sup>. Unter Leistungsumschreibung werden hier alle zwingenden Anforderungen an die zu erbringende Leistung verstanden. Das schweizerische Vergaberecht

---

<sup>554</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 321.

<sup>555</sup> Vorn Rz. 225.

<sup>556</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 321.

<sup>557</sup> Vgl. dazu HERMANN, S. 67.; GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 765.

<sup>558</sup> GYULAI-SCHMIDT, Qualität, S. 765.

<sup>559</sup> So für das bisherige Recht: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 382 f., 1089; zum neuen Recht vgl. KUONEN, Handkommentar, Art. 35 N 6.

enthält nur zu den technischen Spezifikationen eine eingehende Regelung (Art. 30 BöB), während das EU-Recht in Art. 70 VRL die Ausführungsbedingungen gesondert regelt und in Art. 43 und 44 VRL eine nähere Regelung zu Labels, Testberichten, Zertifizierungen und sonstigen Nachweisen enthält, die sowohl für die technischen Spezifikationen und die Ausführungsbedingungen als auch für die Zuschlagskriterien gilt. Generell ist die Vergaberichtlinie der EU einiges detaillierter als die Gesetzesbestimmungen des Beschaffungswesens.

- 328 Die EU-Vergaberichtlinien (Art. 42 VRL und Art. 60 SRL) regeln die technischen Spezifikationen im Grundsatz ähnlich wie das BöB und die VöB, jedoch sehr viel detaillierter; sie gehen auf viele verschiedene Aspekte sehr ausführlich ein. Das BöB ist demgegenüber eher allgemein gehalten. Sowohl das BöB als auch das EU-Vergaberecht müssen den Vorgaben des GPA entsprechen. Dieses verlangt in Art. X GPA, dass sich technische Spezifikationen nicht als „unnötige Handelshemmnisse“ auswirken dürfen (unnecessary obstacles to international trade; Art. X:1 GPA). Um dies zu gewährleisten, sollen technische Spezifikationen in Bezug auf die Funktionalität (und nicht auf das Design) eines Beschaffungsgegenstands formuliert werden und sich an internationalen Normen orientieren (Art. X:2 GPA).
- 329 Das BöB versteht den Begriff der technischen Spezifikationen in einem umfassenden Sinn, der auch technische Anforderungen im Sinne von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit einschliesst<sup>560</sup>. Art. 30 Abs. 1 BöB lehnt sich stark an das GPA<sub>2012</sub> an<sup>561</sup>. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BöB legen die technischen Spezifikationen „die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung“. Der Vergabebehörde kommt ein grosses Ermessen bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands und damit auch der technischen Spezifikationen zu<sup>562</sup>. Zur Frage des Bezugs zum Beschaffungsgegenstands siehe vorn Rz. 170.
- 330 Die technischen Spezifikationen stehen in einem Spannungsverhältnis zur Förderung eines wirksamen, fairen Wettbewerbs und zur Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen. Dieses Spannungsverhältnis ist hier ausgeprägter als etwa bei den Zuschlagskriterien, weil die Nichteinhaltung technischer Spezifikationen zum Ausschluss des Angebots führt<sup>563</sup>. Deshalb kommt dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Bezug auf die technischen Spezifikationen sowohl im GPA<sub>2012</sub> als auch im BöB und in den EU-Vergaberichtlinien eine grosse Bedeutung zu<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1945.

<sup>561</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1945; WEBER/KOCH, Rz. 58. Sie die Legaldefinition in Art. 1 Bst. u GPA<sub>2012</sub> sowie die Regelung in Art. X GPA<sub>2012</sub>.

<sup>562</sup> OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 13.

<sup>563</sup> Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB; Botschaft BöB 2017, S. 1961.

<sup>564</sup> Art. X:1 GPA<sub>2012</sub> hält deshalb fest: „Die Auftraggeber dürfen weder technische Spezifikationen ausarbeiten, annehmen oder anwenden noch dürfen sie Verfahren für die Konformitätsbescheinigung vorschreiben, in der Absicht oder mit der Folge, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen“. Vgl. die Regelungen, wie technische Spezifikationen festzulegen sind, in Art. 30 Abs. 2 und 3 BöB, Art. X:2-5 GPA<sub>2012</sub> und Art. 42 Abs. 2-6 VRL.

- 331 In Art. 30 Abs. 4 BöB wird neu analog zu Art. X:6 GPA<sup>2012</sup> ausdrücklich festgehalten, dass die Auftraggeberin technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen kann. Dies wurde schon nach bisherigem Vergaberecht nach einhelliger Lehre als zulässig erachtet und war in der Praxis verbreitet<sup>565</sup>. Zulässig sind auch ökologisch motivierte technische Spezifikationen, die sich auf den Herstellungsprozess beziehen, auch wenn sie im Endprodukt nicht erkennbar sind. Vorausgesetzt ist, dass sie einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen<sup>566</sup>. Auch diese Bestimmung steht unter dem Vorbehalt des Diskriminierungsverbots und des Verbots von Wettbewerbsverzerrungen<sup>567</sup>.
- 332 Auch das revidierte GPA hält in Art. X:6 ausdrücklich fest, dass technische Spezifikationen zur Förderung der Erhaltung ihrer natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes eingesetzt werden können, sofern ein sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand vorliegt. Art. I Bst. u GPA hält zudem fest, dass technische Spezifikationen nicht nur Merkmale des Beschaffungsgegenstands, sondern auch Produktionsprozesse und -verfahren festlegen können. Damit wird klargestellt, dass auch herstellungsbezogene Umwelanforderungen verlangt werden können, die im Produkt keinen physischen Niederschlag finden<sup>568</sup>. Nach dem Wortlaut von Art. X:6 GPA darf jede Vergabestelle von sich aus entsprechende Spezifikationen für eine einzelne Ausschreibung festsetzen; es wird nicht vorausgesetzt, dass der Vertragsstaat, dem sie angehört, entsprechende Normen ausgearbeitet hat<sup>569</sup>. Dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. IV GPA kommt aber auch im Zusammenhang mit umweltbezogenen technischen Spezifikationen grosse Bedeutung zu; es ist nun aber klar, dass technische Spezifikationen nicht bereits deswegen als diskriminierend oder wettbewerbsverzerrend gelten, weil sie sich auf den Herstellungsprozess beziehen und sich im Produkt nicht stofflich niederschlagen.
- 333 Nicht erwähnt werden in Art. 30 Abs. 4 BöB (wie auch in Art. X:6 GPA) technische Spezifikationen mit sozial motivierten Zielsetzungen; die Botschaft begründet dies nicht<sup>570</sup>. Unproblematisch sind technische Spezifikationen, die sich auf physische Merkmale der beschafften Leistung bzw. auf soziale Aspekte der Nutzung der beschafften Leistung beziehen, wie z.B. behindertengerechte Eigenschaften einer öffentliche Baute, die Barrierefreiheit technischer Geräte bzw. eines „Designs für alle“<sup>571</sup>.
- 334 Fraglich ist, ob technische Spezifikationen auch *soziale Aspekte* umfassen können, die sich *auf die Herstellung beziehen*, etwa faire Arbeitsbedingungen. Technische Spezifikationen mit Anforderungen an die soziale Nachhaltigkeit sind jedenfalls in Art. 29 Abs. 4 BöB erwähnt und vorausgesetzt: Das Bundesparlament hat diese Bestimmung, welche die Vergabe nach dem alleinigen Zuschlagskriteriums des Preises regelt, durch die Voraussetzung ergänzt, dass aufgrund der technischen Spezifikationen hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit u.a. auch in

---

<sup>565</sup> OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 25.

<sup>566</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1946; vgl. OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 25.

<sup>567</sup> Vgl. Botschaft BöB 2017, S. 1946; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 28.

<sup>568</sup> KOCH, WTO Law, S. 76 ff., 88 f.; STEINER, WTO, S. 4; vgl. Botschaft BöB 2017, S. 1946.

<sup>569</sup> Vgl. KOCH, WTO Law, S. 79 ff.; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 25.

<sup>570</sup> Vgl. Botschaft BöB 2017, S. 1946.

<sup>571</sup> STEINER, Soziale Aspekte, S. 40 f.

sozialer Hinsicht gewährleistet sein müssen. Somit sind auch technische Spezifikationen mit sozialen Anforderungen zulässig und die Bestimmung kann im Prinzip dafür sprechen, dass dies auch herstellungsbezogene soziale Aspekte gilt.

335 Während sich Steiner zu technischen Spezifikationen mit sozialem Zweck, die sich auf die Herstellung des Beschaffungsgegenstands beziehen, ablehnend äusserte<sup>572</sup>, erachteten andere Autoren solche Kriterien als zwingende Produkthanforderungen (inkl. technische Spezifikationen) schon im bisherigen schweizerischen Beschaffungsrecht als zulässig (und dies teilweise in einem weitergehenden Umfang als bei entsprechenden Zuschlagskriterien)<sup>573</sup>. Die Zulässigkeit wurde u.a. aus der Freiheit der Vergabestelle abgeleitet, den Beschaffungsgegenstand festzulegen, ohne sich dafür spezifisch vergaberechtlich rechtfertigen zu müssen. Der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsatz greife nicht in diese Definitionsfreiheit ein. So dürfe die Auftraggeberin in Bezug auf die Qualität auch Ansprüche stellen, aus denen sie – abgesehen von der Reputation – keinen direkten wirtschaftlichen Vorteil ziehen könne, wie wenn sie für das zu erstellende Haus eine attraktive Fassadengestaltung verlange<sup>574</sup>. Insofern kann heute auch die Herstellung eines Produkts unter fairen Produktionsbedingungen und der faire Handel als relevante immaterielle Eigenschaft des Produkts betrachtet werden<sup>575</sup>. Entsprechend führt die Botschaft zum Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit aus, dass im Sinne der sozialen Dimension der Nachhaltigkeit die Beschaffung von Fairtrade-Produkten möglich sein soll. Auch dies spricht dafür, dass entsprechende technische Spezifikationen zulässig sind<sup>576</sup>. Fairtrade-Produkte werden auf dem Markt von privaten Käufern von physisch identischen Produkten unterschieden, die nicht nachweislich unter fairen Bedingungen produziert und gehandelt wurden. Entsprechend sind die Käufer bereit, dafür einen höheren Preis zu bezahlen. Damit handelt es sich wirtschaftlich gesehen um unterschiedliche Produkte, weshalb es folgerichtig ist, diese in der Leistungsbeschreibung entsprechend zu definieren. Auch Steiner hat ausgeführt, dass soziale Anforderungen dann unter als Produktionsbedingungen im Sinne der Definition von technischen Spezifikationen fallen würden, „wenn in der Konsumentenwahrnehmung aufgrund der entsprechenden, auf die Unterschiede hinweisenden Vermarktung das entscheidende Kriterium gesehen würde“<sup>577</sup>.

336 Im Vergleich zum EU-Vergaberecht ist zu beachten, dass dort zwischen technischen Spezifikationen und Ausführungsbedingungen unterschieden wird und auch letztere in Art. 70 VRL ausdrücklich geregelt werden. Auch in der Schweiz bilden die technischen Spezifikationen – wie aus dem Wortlaut von Art. 36 Bst. b und h BöB hervorgeht – nicht die gesamte Leistungsbeschreibung ab. Die weiteren Bedingungen werden nicht näher geregelt. Wenn der EuGH entschieden hat, dass Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand, die sich auf soziale

---

<sup>572</sup> STEINER, Soziale Aspekte, S. 39 f.

<sup>573</sup> Vgl. BEYELER, Kaffee, S. 264; STEINER, ELR 2012, S. 135.

<sup>574</sup> So BEYELER, Kaffee, S. 264.

<sup>575</sup> BEYELER, Kaffee, S. 264.

<sup>576</sup> OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 28.

<sup>577</sup> STEINER, Soziale Aspekte, S. 40 Fn. 128, mit Verweis auf STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 75. Zur besonderen Rolle des Staates als öffentlicher Auftraggeber in seiner Rolle Konsument vgl. ARROWSMITH/KUNZLIK, S. 21 ff., sowie STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 3 (in Bezug auf Ausschlussgründe) und Rz. 10 (in Bezug auf ökologische Produktionsbedingungen im Rahmen von technischen Spezifikationen). Vgl. auch vorn Rz. 162.

Aspekte seiner Herstellung beziehen – wie z.B. fairer Handel – dogmatisch nicht als Eignungskriterien einzuordnen sind, so rechnete er sie den Ausführungsbedingungen zu, als den anderen Elementen der Leistungsbeschreibung. Da im Vergaberecht der EU heute wohl selbst für den Warenkauf ab Lager (also die Beschaffung von Waren, die im Zeitpunkt des Zuschlags bereits hergestellt sind) Ausführungsbedingungen zulässig sind, die sich auf die Herstellung dieser Waren beziehen<sup>578</sup>, spielt es dort eher eine untergeordnete Rolle, ob die soziale Aspekte des Produktionsverfahrens als technischen Spezifikationen oder als Ausführungsbedingungen zu qualifizieren sind. Als Ausführungsbedingungen sind sie jedenfalls zulässig. Auch mit Blick auf die Rechtslage in der EU erscheint es in der Schweiz als zulässig, soziale Aspekte der Herstellung eines Produkts als zwingende Anforderung in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen<sup>579</sup>.

- 337 Die Leitproduktklausel in Art. 30 Abs. 3 BöB verbietet es in Anlehnung an Art. X:4 GPA<sup>2012</sup> grundsätzlich, bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie Hinweise auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen als technische Spezifikationen festzulegen. Eine Ausnahme besteht, falls es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt. Macht die Auftraggeberin von dieser Ausnahme Gebrauch, muss sie in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinweisen, dass auch andere Leistungen zugelassen sind, wenn diese die verlangten Anforderungen erfüllen. Sie hat das betreffende Merkmal mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu ergänzen. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen. Zur Bedeutung dieser Bestimmung für Labels siehe unten Kapitel IV.J Labels, Rz. 363.

## **I. Zertifizierungen**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

- 338 Gemäss Art. 44 Abs. 1 VRL können die öffentlichen Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern vorschreiben, einen Testbericht einer Konformitätsbewertungsstelle oder eine von dieser ausgegebene Zertifizierung als Nachweis für die Konformität mit den Anforderungen oder Kriterien gemäss den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen beizubringen. Die Konformitätsbewertungsstelle muss akkreditiert sein. Wird die Vorlage von Bescheinigungen einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle verlangt, müssen auch Zertifikate gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen akzeptiert werden.
- 339 Andere geeignete Nachweise (die also nicht von einer gleichwertigen anderen Konformitätsbewertungsstelle stammen) müssen die öffentlichen Auftraggeber – analog der Regelung bei den Labels – nur anerkennen, wenn ein Anbieter keinen Zugang zu den verlangten Zertifikaten

---

<sup>578</sup> Vgl. vorn Rz. 316.

<sup>579</sup> Anzumerken ist, dass im Rahmen des GPA unter den GPA-Mitgliedern zur Zeit keine Einigkeit über die Rolle der sozialen Aspekte besteht (Botschaft GPA 2017, S. 2116), der ihm Rahmen von Annex E zum GPA geklärt werden soll. Mit dem vorliegend vertretenen Verständnis der Regelung im BöB, lässt diese den Vergabestellen den entsprechenden Spielraum, bis eine solche Klärung auf Ebene GPA herbeigeführt ist.

oder Testberichten hatte bzw. keine Möglichkeit hatte, diese innerhalb der einschlägigen Fristen einzuholen, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer den fehlenden Zugang nicht zu verantworten hat. In diesem Fall obliegt der Nachweis dem Anbieter, dass die von ihm angebotenen Leistungen die Anforderungen der technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen erfüllen.

340 Gemäss Anhang XII Ziff. II Bst. g VRL können als Eignungskriterien Umweltmanagementmassnahmen festgelegt werden, die der Wirtschaftsteilnehmer während der Auftragsausführung anwendet. Verlangen die öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis der Einhaltung bestimmter Qualitätssicherungsnormen Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so müssen sie auf Qualitätssicherungssysteme Bezug nehmen, die den einschlägigen europäischen Normen genügen. Die Zertifizierung muss auch in diesem Fall durch akkreditierte Stellen erfolgen und gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen (Art. 62 Abs. 1 VRL). Als Zertifikate für Umweltmanagement kommen in Frage: Das Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) der EU, Umweltmanagementsysteme, die in Art. 45 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 anerkannt sind, oder solche, die auf einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind (Art. 62 Abs. 2 VRL). Auch hier gilt, dass der öffentliche Auftraggeber ein bestimmtes Zertifikat verlangen kann und ein anderer gleichwertiger Nachweis durch den Anbieter in diesem Fall nur zulässig ist, wenn der Anbieter beweist, dass er unverschuldet nicht in der Lage war, das Zertifikat beizubringen.

## 2. Rechtsprechung EuGH

### 2.1. *Das Evropaïki Dynamiki-Urteil des EuG vom 8. Juli 2010 (Rs. T-331/06)*

341 In diesem Entscheid des Gerichts der EU (General Court) war auf die streitige Vergabe von IT-Beratungsdiensten, welche von der Europäischen Umweltagentur durchgeführt worden war, nicht die VRL, sondern eine besondere, für die Institutionen der EU geltende Finanzordnung<sup>580</sup> anwendbar. Eine der Rügen betraf das mit 10 % gewichtete Zuschlagskriterium „Allgemeine Umweltpolitik des Unternehmens“ (zur Frage des genügenden sachlichen Bezugs dieses Kriteriums vgl. oben Rz. 156; im Urteil nicht behandelt wurde die Abgrenzung zwischen Eignungskriterien und Zuschlagskriterien). Die Ausschreibungsunterlagen hatten offen gelassen, auf welche Weise diese zu dokumentieren war. Das Gericht befand, dass die Bewertung, welche für die Bestnote ein Drittzertifikat voraussetzte, die aber auch andere Dokumentationen über die Umweltpolitik der Anbieter umfassend gewürdigt hatte, im Rahmen des Ermessens der Vergabestelle liege<sup>581</sup>.

---

<sup>580</sup> Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften.

<sup>581</sup> EuG, Urteil Evropaïki Dynamiki, Rn. 74 ff. Ein dagegen beim Gerichtshof der EU eingereichtes Rechtsmittel wurde mit Beschluss vom 13.1.2012 (C-462/10 P) abgewiesen. Soweit im Rechtsmittel die Wahl des Zuschlagskriteriums der allgemeinen Umweltpolitik beanstandet worden war, erfolgte allerdings keine materielle Prüfung, weil angesichts bloss appellatorischer Kritik die Verfahrensvoraussetzungen dafür nicht gegeben waren (Rn. 26 ff.).

### 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

- 342 In der Lehre werden Fragestellungen über Zertifikate wenig thematisiert. Zertifikate und Labels werden von Vergabestellen bereits breit angewandt, um die Einhaltung von Umweltauflagen sicherzustellen. Sie können auch für soziale Gesichtspunkte verwendet werden<sup>582</sup>.
- 343 Bei einem Zertifikat erhält ein Unternehmen nach einem ausführlichen Beurteilungsprozess eine Bestätigung, dass die geforderten Standards eingehalten werden. In Bezug auf Umweltschutzmassnahmen können Umweltmanagementzertifikate verlangt werden<sup>583</sup>. In der Praxis werden Umweltmanagementzertifikate meist gemäss den Vorschriften von EMAS Zertifizierungen oder der in der Schweiz angewandten Norm ISO 14'001 Umweltkriterien beurteilt<sup>584</sup>.
- 344 Zertifizierungen im hier behandelten Sinn sind zu unterscheiden von Umweltzertifikaten, die handelbare Rechte auf Umweltverschmutzung oder handelbare Bescheinigungen über Umwelleistungen (z.B. Emissionsverminderungen) darstellen<sup>585</sup>. Diese werden durch den Gesetzgeber als marktwirtschaftliche Instrumente des Umweltschutzes eingeführt. Ein Unternehmen muss, wenn es eine bestimmte Menge Schadstoffe ausstösst, vom Staat oder anderen Unternehmen Umweltzertifikate erwerben und damit für die Umweltverschmutzung einen Geldbetrag bezahlen. Zwar ist es denkbar, dass ein öffentlicher Auftraggeber solche Umweltzertifikate beschafft, um die Umweltbelastung der eigenen Tätigkeit auszugleichen, jedoch dienen solche Umweltzertifikate nicht dazu, eine besondere Umweltverträglichkeit einer sonstigen Leistung nachzuweisen.

### 4. Zertifizierungen im schweizerischen Vergaberecht

- 345 Ein Zertifikat als Nachweis eines Umweltmanagementsystems ist nach bisheriger Praxis genügend auftragsbezogen, wenn es sich beim Beschaffungsgegenstand nach Massgabe seiner Umschreibung um einen umweltsensiblen Auftrag handelt. Dabei ist in der Ausschreibung der Hinweis anzubringen, dass auch ein anderer gleichwertiger Nachweis möglich ist<sup>586</sup>.
- 346 Im BöB<sup>2019</sup> und in der VöB<sup>2020</sup> sind Zertifizierungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Botschaft hält fest, dass sich die Auftraggeberin für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte von Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen sowie deren Prüfung auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen kann. Damit können die Überprüfungsmöglichkeiten und die Bewertungsprozesse vereinfacht werden<sup>587</sup>. Auch für die Kontrolle der Einhaltung von Teilnahmebedingungen – namentlich der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts – können international anerkannte Zertifizierungssysteme eingesetzt werden<sup>588</sup>.

---

<sup>582</sup> SEMPLE, Guide, Rz. 7.32.

<sup>583</sup> HEYNE, S. 580.

<sup>584</sup> LEHMANN, S. 117, 120.

<sup>585</sup> Vgl. für die Schweiz z.B. Art. 2 Abs. 4 und 5 des Bundesgesetzes über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz) vom 23. Dezember 2011 (641.71).

<sup>586</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 7.

<sup>587</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943 f., 1946.

<sup>588</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1914.

347 Weiter wird in der Botschaft ausgeführt, dass stets der Nachweis zugelassen werden müsse, dass ein angebotenes, nicht zertifiziertes Produkt gleichwertige Anforderungen einhalte. Könne die Anbieterin kein Zertifikat vorweisen, habe die Auftraggeberin beispielsweise die Möglichkeit, eine Risikoanalyse durchzuführen und bei Vorliegen eines Risikos (z.B. bei ausländischem Leistungsort) einen Audit durchführen zu lassen<sup>589</sup>. Es versteht sich aber von selbst, dass der damit für die Vergabestelle potentiell entstehende Aufwand unter Umständen hoch ist und ein Hemmnis für die Verwendung von Nachhaltigkeitskriterien bilden kann<sup>590</sup>. Ein solches Recht der Anbieterinnen stellt den Vorteil von Zertifikaten somit in Frage. Nachdem das EU-Recht alternative Nachweise nur zulässt, wenn sie ebenfalls durch Drittzertifikate akkreditierter bzw. gleichwertiger Zertifizierungsstellen ausgestellt sind (Art. 44 Abs. 1 Uabs. 2 VRL)<sup>591</sup>, ist davon auszugehen, dass eine solche Lösung mit dem GPA vereinbar ist. In Bezug auf Umweltmanagementsysteme hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festlegen kann, dass sie nur Fremdzertifikate anerkennt und ihr Selbstdeklarationen nicht genügen<sup>592</sup>. Somit dürfte es auch im schweizerischen Vergaberecht zulässig sein, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit von Alternativnachweisen auf Fremdzertifikate gleichwertiger Zertifizierungsstellen beschränkt. Im Gegensatz zum EU-Recht, wo eine entsprechende Regelung in der VRL selbst enthalten ist, ist in der Schweiz zu empfehlen, dies in den Ausschreibungsunterlagen so festzulegen.

## J. Labels

### 1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU

348 Labels werden in den EU-Vergaberichtlinien unter der deutschen Übersetzung „Gütezeichen“ angesprochen (französisch: „Labels“, italienisch: „Etichettature“, englisch: „Labels“). Der Begriff des Gütezeichens wird in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 23 VRL definiert als ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem bzw. der bestätigt wird, dass ein bestimmtes Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt. „Gütezeichen-Anforderungen“ sind gemäss Art. 2 Abs. 1 Ziff. 23 VRL die Anforderungen, die ein Bauwerk, eine Ware, eine Dienstleistung, ein Prozess oder ein Verfahren erfüllen muss, um das betreffende Gütezeichen zu erhalten.

349 Art. 43 VRL erklärt es neu und entgegen der früheren Regelung bzw. der dazu ergangenen früheren Rechtsprechung ausdrücklich als zulässig, nicht bloss den Nachweis der hinter dem Label stehenden Kriterien zu verlangen, sondern *direkt das Label selbst*. Demgegenüber sah die frühere Richtlinie 2004/18/EG in Art. 23 Abs. 6 bezüglich der technischen Spezifikationen vor, dass ein Gütezeichen lediglich insofern zur Anwendung kommen darf, als die öffentlichen Auftraggeber vorsehen können, dass bei Leistungen, die mit einem Umweltgütezeichen aus-

---

<sup>589</sup> Botschaft BÖB 2017, S. 1943 f., 1946.

<sup>590</sup> HAUSER, Umweltaspekte, S. 353.

<sup>591</sup> Siehe vorn Rz. 338.

<sup>592</sup> BVGr, 8. Mai 2012, B-6082/2011, E. 5.3.2.

gestattet sind, vermutet wird, dass sie den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Spezifikationen genügen. Dabei waren die Vergabestellen verpflichtet, jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, zu akzeptieren.

350 Seit der EU-Vergaberechtsreform können gemäss Art. 43 Abs. 1 VRL Labels bei der Beschaffung von Leistungen *mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen „oder sonstigen Merkmalen“ eingesetzt werden – und zwar in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen*. Der vergaberechtliche Zweck des Einsatzes von Labels liegt im Nachweis, dass die angebotenen Leistungen den geforderten Merkmalen entsprechen. Im Vergleich zu den Zertifikaten fällt auf, dass für Labels nicht verlangt wird, dass sie von einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle ausgestellt sein müssen<sup>593</sup>.

351 Damit ein Label in diesem Sinn eingesetzt werden darf, muss es gemäss Art. 43 Abs. 1 VRL alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllen:

- a) die Anforderungen, die für den Erwerb des Gütezeichens gelten, dürfen nur Kriterien betreffen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen; sie müssen für die Bestimmung der geforderten Merkmale des Auftragsgegenstands geeignet sein;
- b) die Gütezeichen-Anforderungen basieren auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien;
- c) die Gütezeichen werden im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt, an dem alle relevanten interessierten Kreise – wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen – teilnehmen können;
- d) die Gütezeichen sind für alle Betroffenen zugänglich;
- e) die Anforderungen an die Gütezeichen werden von einem Dritten festgelegt, auf den der Wirtschaftsteilnehmer, der das Gütezeichen beantragt, keinen massgeblichen Einfluss ausüben kann.

352 Nicht verlangt wird, dass die einzelnen für das Label geltenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden müssen<sup>594</sup>, was von der Max Havelaar-Rechtsprechung des EuGH abweicht.

353 Nebst einem spezifisch verlangten Label muss die Vergabestelle aber auch gleichwertige Labels akzeptieren, also andere Labels, für welche gleichwertige Anforderungen gelten (Art. 43 Abs. 1 Uabs. 3 VRL). Andere geeignete Nachweise (also Nachweise ohne Verwendung eines

---

<sup>593</sup> BAUMANN, S. 372.

<sup>594</sup> KOCH, WTO Law, S. 152.

Labels) muss der öffentliche Auftraggeber nur dann akzeptieren, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass er aus Gründen, die ihm nicht angelastet werden können, keine Möglichkeit hatte, das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Label innerhalb der einschlägigen Fristen zu erlangen.

## 2. Rechtsprechung EuGH

### 2.1. Das Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)

354 Auf Labels wandte das Max Havelaar-Urteil des EuGH den sehr engen Verwendungsrahmen an, den die damals geltende Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR, Richtlinie 2004/18/EG) bezüglich der *technischen Spezifikationen* setzte und übertrug diese Einschränkungen auch auf die Verwendung von Labels als *Zuschlagskriterien*. Er begründete dies u.a. mit der Bedeutung der Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Transparenz im Zusammenhang mit den technischen Spezifikationen<sup>595</sup>. Deshalb war die Vorschrift gemäss Art. 23 Abs. 6 Uabs. 1 VKR strikt anzuwenden, wonach zwar die detaillierten Spezifikationen eines Umweltgütezeichens in die technischen Spezifikationen aufgenommen werden können, nicht aber ein Umweltgütezeichen selbst. Dementsprechend konnten Labels im Rahmen der technischen Spezifikationen und der Zuschlagskriterien nur insofern verwendet werden, als die Vergabestellen (1.) Anforderungen, die für das Umweltgütezeichen gelten, in die technischen Spezifikationen übernehmen und (2.) das Label als Nachweis für die betreffenden Merkmale akzeptieren durften. Den Anbietern musste die Möglichkeit belassen werden, die Erfüllung der technischen Spezifikationen durch die von ihnen angebotene Leistung auf andere Weise – also ohne Verwendung des Labels – nachzuweisen<sup>596</sup>.

355 Während sowohl Umweltaspekte als auch soziale Aspekte der Labels Zuschlagskriterien bilden durften, war die Anforderung, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen (Fairtrade), nicht als technische Spezifikation, sondern als Bedingung für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 VKR zu qualifizieren<sup>597</sup>.

## 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

356 Labels haben zwei unterschiedliche Funktionen: Zum einen dienen sie dazu, inhaltliche Anforderungen an Produkte festzulegen, zum anderen dienen sie als Nachweis für die Erfüllung solcher Anforderungen<sup>598</sup>. Die Regelung über die Labels ist neu und gilt gleichermassen für technische Spezifikationen wie für Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen. Von den Regelungen, die sonst für technische Spezifikationen gelten, beinhaltet die Bestimmung über Labels wesentliche Abweichungen: Insbesondere können Labels als technische Spezifikationen festgelegt werden, wenn sie die in Art. 43 Abs. 1 VRL genannten Bedingungen erfüllen. Es ist somit davon auszugehen, dass solche Labels die für technische Spezifikationen sonst

---

<sup>595</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 62.

<sup>596</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 65, 93 ff.; Siehe dazu Art. 23 Abs. 6 Uabs. 2 Richtlinie 2004/18.

<sup>597</sup> EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 75 ff.; siehe auch vorn Rz. 310.

<sup>598</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-93; SEMPLE, Guide, Rz. 7.33.

geltenden Voraussetzungen nicht erfüllen müssen: Das betrifft zunächst die Vorschrift, wonach technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsspezifikationen oder unter Bezugnahme auf die spezifischen in Art. 42 Abs. 3 VRL genannten Arten von Normen festgelegt werden. Auf Labels im Sinne von Art. 43 ebenfalls nicht anwendbar ist die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, funktionell gleichwertige Leistungen zu akzeptieren<sup>599</sup>. An die Stelle der letztgenannten Regel tritt die Verpflichtung nach Art. 43 Abs. 1 Uabs. 3 VRL, gleichwertige Gütezeichen zu akzeptieren.

- 357 Bei herstellungsbezogenen ökologischen oder sozialen Kriterien kann die Überprüfung problematisch sein. Eine Möglichkeit, dem zu begegnen, stellen Zertifikate und Labels (unabhängige Gütesiegel) dar<sup>600</sup>. Labels kommen u.a. auch als Nachweise für die Einhaltung der in Anhang X aufgeführten Abkommen<sup>601</sup> oder für die Einhaltung von Menschenrechten<sup>602</sup> bei der Herstellung eines Produkts in Frage. In der Nachhaltigkeitsdebatte kommen z.B. Bio- und Demeterlabels in Betracht. Labels können von unterschiedlichen Akteuren ausgestellt werden, etwa von Industrien, NGOs, offiziellen Behörden oder Partnerschaften<sup>603</sup>. Es muss sich nicht um akkreditierte Stellen handeln<sup>604</sup>. Auch in der deutschen Vergabeverordnung werden die Regulierungen und Ausschreibeverfahren der Gütezeichen ausführlich geregelt<sup>605</sup>.
- 358 Die Voraussetzung, dass die für die Erlangung des Gütezeichens zu erfüllenden Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und Merkmale der zu beschaffenden Leistungen bestimmen müssen, bedeutet, dass sich die Anforderungen konkret auf die Arbeitsbedingungen bei der Herstellung des zu beschaffenden Produkts beziehen müssen. Siehe dazu und insbesondere zur Problematik von Label-Anforderungen, die das Unternehmenshandeln insgesamt zum Gegenstand haben, vorn Kapitel IV.C Verbindung zum Beschaffungsgegenstand, Rz. 148 ff.
- 359 Die neue Regelung, dass die Auftraggeber ein Label verlangen können, wobei die Möglichkeiten alternativer Nachweise grundsätzlich auf gleichwertige Labels beschränkt und nur noch ausnahmsweise andere individuelle Nachweise zulässig sind, wird in der Lehre teils begrüßt<sup>606</sup>, teils kritisch hinterfragt, weil sie stark von den Regeln über die technischen Spezifikationen abweicht<sup>607</sup>. Der Einsatz von Labels ist für die Vergabestellen von grosser Bedeutung, weil damit der Aufwand für die Definition von Zuschlagskriterien und insbesondere für die Prüfung der Einhaltung der Anforderungen ganz erheblich reduziert wird. Die Möglichkeit, direkt das Label selbst zu fordern, ist damit eine wesentliche Stärkung des Instrumentariums

---

<sup>599</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 18-46, 20-98, 20-102; ebenfalls vom Vorrang von Art. 43 VRL geht KNAUFF, Gütezeichen, S. 554, aus. Zur Frage einer Berücksichtigungspflicht funktionell gleichwertiger Angebote vgl. vorn Rz. 312.

<sup>600</sup> KROHN, Umweltschutzbelange, Rz. 92.

<sup>601</sup> GYULAI-SCHMIDT, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 325; ZIEKOW, Kommunen, S. 49 f.

<sup>602</sup> BRETSCHGER, S. 98.

<sup>603</sup> BRETSCHGER, S. 99.

<sup>604</sup> Vorn Rz. 350.

<sup>605</sup> EVERMANN, S. 3.

<sup>606</sup> CARANTA, S. 109.

<sup>607</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-102.

zur Umsetzung nachhaltiger Beschaffung. Indes erkennt der EU-Gesetzgeber auch einen Zielkonflikt mit dem ebenfalls der Nachhaltigkeit dienenden Aspekt der Innovation. Entsprechend macht ErwGr. 75 VRL darauf aufmerksam, dass die Verweisung auf Gütezeichen Innovationen nicht hindern sollen.

360 Kritisch wird auch auf den grossen Interpretationsspielraum hingewiesen bezüglich der Frage, wann ein Anbieter sich darauf berufen kann, dass er aus Gründen, die ihm nicht angelastet werden können, nachweislich keine Möglichkeit hatte, das geforderte oder ein gleichwertiges Gütezeichen fristgerecht zu erlangen<sup>608</sup>. Für die Prüfung der Gleichwertigkeit sind die Anforderungen des vom Anbieter beigebrachten Gütezeichens mit jenen des vom Auftraggeber verlangten Labels zu vergleichen, wobei es nicht notwendig ist, dass die Anforderungen beider Gütezeichen identisch sind. Der Auftraggeber muss die Prüfung der Gleichwertigkeit dokumentieren. Will ein Wirtschaftsteilnehmer von der Möglichkeit Gebrauch machen, direkt und ohne Verwendung eines Labels nachzuweisen, dass seine Leistung die Anforderungen des verlangten Labels erfüllt, so trägt er die Beweislast nicht nur hierfür, sondern auch dafür, dass er aus Gründen, die ihm nicht angelastet werden können, nicht in der Lage war, das Label rechtzeitig zu erlangen. Er trägt auch die Beweislast dafür, dass eine allfällig eingetretene Verzögerung vom Aussteller des Gütezeichens zu verantworten ist und nicht von ihm selbst<sup>609</sup>.

361 Die öffentlichen Auftraggeber verfügen unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung über einen weiten Ermessensspielraum bei der Festlegung von umweltfreundlichen Zuschlagskriterien. Ein grosses Problem wird aber darin gesehen, dass die Festlegung geeigneter Kriterien Fachwissen voraussetzt sowie komplex und aufwändig ist. Dies hemmt eine starke Verbreitung entsprechender Kriterien in der Beschaffungspraxis, wenn nicht geeignete Standards bereitgestellt werden und die Vergabestellen diesen Aufwand jeweils für Einzelfälle leisten müssen. Eine Antwort auf dieses Problem wäre die Verweisung der Behörden auf international anerkannte ökologische Labels. Von diesen gibt es heutzutage jedoch noch zu wenige<sup>610</sup>. Als Beispiel werden Herkunftsnachweise (sogenannte Garantiezerifikate) für Strom aus regenerativen Energiequellen genannt<sup>611</sup>.

#### 4. Schweizerisches Vergaberecht

362 Das neue Beschaffungsrecht enthält weiterhin keine spezifische Regelung für Labels. Labels dürfen, wie schon im bisherigen Vergaberecht als technische Spezifikationen und als Zuschlagskriterien festgelegt werden<sup>612</sup>. Auch als Eignungskriterien sind sie zulässig, wenn dies

---

<sup>608</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 20-97.

<sup>609</sup> ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, 20-96 f.; CARANTA, S. 110, 112; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 34 VgV N 33.

<sup>610</sup> WILSHER, S. 408 ff.

<sup>611</sup> KROHN, Ökostrom, S. 95; THEOBALD/KÜHLING, Rn. 36; für technische Spezifikationen STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 110.

<sup>612</sup> VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 (= ZBI 2000, S. 255 ff., BEZ 1999, Nr. 12) E. 3c; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 76 f., 110.

sachgerecht ist<sup>613</sup>. Auch wenn die Teilnahmebedingungen im Gesetz nicht abschliessend aufgezählt werden<sup>614</sup>, kommen Labels kaum als Teilnahmebedingung in Frage. Sie können jedoch als Nachweis für die Einhaltung von Teilnahmebedingungen eingesetzt werden, da die Vergabestelle einen grossen Handlungsspielraum bei der Festlegung der Nachweise hat und die Botschaft zum Nachweis der Anforderungen nach Art. 12 BöB immerhin auf international anerkannte Zertifizierungssysteme Bezug nimmt<sup>615</sup>. Die Botschaft zum BöB erwähnt zwar nicht die Labels selbst, aber immerhin die Beschaffung von Fairtrade-Produkten<sup>616</sup>, womit Produkte angesprochen sind, die unter einem Label des fairen Handels vermarktet werden. Auch wenn der faire Handel nur bei den Zuschlagskriterien erwähnt wird, bestätigt dies auch die Zulässigkeit des Einsatzes von Fairtrade-Labels bei den technischen Spezifikationen<sup>617</sup>. Da die Botschaft Fairtrade-Produkte erwähnt, dürfte es dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, dass Labels mit sozialer Zielsetzung im Vergabeverfahren nach dem neuen BöB umfassender als bisher eingesetzt und sowohl als Zuschlagskriterien als auch als technische Spezifikationen direkt verlangt werden können (vgl. auch Art. 29 Abs. 4 BöB<sup>618</sup>).

363 Mit dem Label wird der Nachweis für die damit bestätigten Eigenschaften erbracht<sup>619</sup>. Ein überwiegender Teil der Lehre verlangt in Anknüpfung an das EuGH-Urteil Max Havelaar, dass den Anbieterinnen die Möglichkeit belassen werden müsse, auf andere Weise nachzuweisen, dass ihre Leistungen die betreffenden bzw. gleichwertige Anforderungen erfüllen<sup>620</sup>. Auch die Botschaft zum neuen BöB schliesst sich dem an; ergänzend hält sie fest, wenn die Anbieterin kein Zertifikat vorweise, könne die Auftraggeberin beispielsweise eine Risikoanalyse und bei Vorliegen eines Risikos (z. B. bei ausländischem Leistungsort) einen Audit durchführen<sup>621</sup>. Diese Auffassung leitete sich ursprünglich aus dem EU-Recht, namentlich aus dem Max Havelaar-Urteil ab<sup>622</sup>. Doch wie gezeigt wurde, hat sich die Regelung in der EU diesbezüglich grundlegend geändert, so dass dieses Element des Max Havelaar-Urteils in der EU nicht mehr massgebend ist. Es wurde durch die Regelung von Art. 43 VRL abgelöst, welche zwar noch den Nachweis durch andere *gleichwertige Labels* zulässt, jedoch nur noch ausnahmsweise auf andere Weise<sup>623</sup>. Somit bildet das EU-Recht u. E. kein Argument mehr für die freie Zulassung alternativer Nachweise. Im Gegenteil: Das neue EU-Vergaberecht erleichtert die Aufgabe von öffentlichen Auftraggebern, die Labels einsetzen, wesentlich, indem es die Möglichkeiten alternativer Nachweise grundsätzlich auf gleichwertige Labels beschränkt. Andere

<sup>613</sup> SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 76.

<sup>614</sup> WYSS, Handkommentar, Art. 26 N 7.

<sup>615</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1914.

<sup>616</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943.

<sup>617</sup> OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 28; zum bisherigen Recht BEYELER, Kaffee, S. 264.

<sup>618</sup> Zur Zulässigkeit sozialer Nachhaltigkeitskriterien als technische Spezifikationen vgl. vorn Rz. 334.

<sup>619</sup> VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 (= ZBI 2000, S. 255 ff., BEZ 1999, Nr. 12) E. 3c.

<sup>620</sup> DE ROSSA/DAVID, Rz. 24; OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 33; zum bisherigen Recht: SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 80; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 77; EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 65; VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 (= ZBI 2000, S. 255 ff., BEZ 1999, Nr. 12) E. 3c; anderer Ansicht HAUSER, Umweltaspekte, S. 353 f.

<sup>621</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1943 f., 1946.

<sup>622</sup> So auch heute noch OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 33, allerdings unter Bezugnahme auf die Rechtslage in der EU und ohne sich dazu zu äussern, ob in der Schweiz der Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen auf beliebige Weise oder nur durch andere Labels bzw. Fremdzertifikate geführt werden kann.

<sup>623</sup> Siehe vorn Rz. 353.

individuelle Nachweise ohne Dritt Zertifizierung sind nur noch ausnahmsweise zulässig, falls ein Anbieter ohne eigenes Verschulden nicht oder nicht rechtzeitig in der Lage war, das Label zu erwerben; diese Voraussetzungen hat der Anbieter nachzuweisen. Nachdem sich die schweizerische Rechtspraxis bezüglich der Zulässigkeit von Labels bisher stark am EU-Recht bzw. der dortigen Rechtsprechung orientiert hat, stellt sich die Frage, ob die neue Bestimmung in Art. 43 VRL auf das schweizerische Recht ausstrahlt. Dafür spricht im Prinzip, dass sich die Totalrevision des BöB gerade in Bezug auf die Stärkung der Einsatzmöglichkeiten von nachhaltigen Kriterien an das EU-Recht anlehnt<sup>624</sup>. Von der Sache her wäre eine Einschränkung alternativer Nachweise auf Labels (und nur ausnahmsweise auf andere Belege) von wesentlicher Bedeutung, denn aufgrund der bisherigen Zulassung alternativer Nachweise mit beliebigen Mitteln riskiert die Vergabestelle beim Einsatz von Labels, dass sie gegebenenfalls mit einem grossen Überprüfungsaufwand konfrontiert wird. Labels und Zertifikate haben aber gerade den Zweck, diesen Prüfaufwand auszulagern<sup>625</sup>. Es bestände somit durchaus Raum und Anlass für eine Entwicklung der schweizerischen Praxis zu den Modalitäten der Verwendung von Labels als Vergabekriterien – ob die Rechtsprechung dies übernehmen wird, bleibt abzuwarten.

- 364 Bei der Verwendung von Labels sind einerseits die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, namentlich das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot<sup>626</sup> und andererseits die spezifischen Bestimmungen über die technischen Spezifikationen oder die Zuschlagskriterien zu beachten, je nachdem, wo das Label eingesetzt wird<sup>627</sup>. Werden Labels als Zuschlagskriterien eingesetzt, sind damit weniger starke Einschränkungen verbunden als bei der Verwendung in den technischen Spezifikationen<sup>628</sup>. Für die Verwendung von Labels ist nach Lehre und Rechtsprechung vorauszusetzen, dass sie allgemein zugänglich sind<sup>629</sup>. „Je mehr sich ein Umweltzeichen durchgesetzt hat, je bekannter und je breiter abgestützt (durch die Art des Zustandekommens der entsprechenden Anforderungen) es ist, desto eher entspricht es dem Gedanken des Vergaberechts“<sup>630</sup>.
- 365 Hier schärft uns die Formulierung im EU-Recht den Blick für Aspekte, die im Hinblick auf die Vergaberechtsgrundsätze wichtig sind. So wird verlangt, dass die Gütezeichen-Anforderungen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien basieren. Weiter werden zwei verfahrensrechtliche Anforderungen festgelegt: Erstens müssen die Gütezeichen im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt werden, an dem alle relevanten interessierten Kreise – wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller,

---

<sup>624</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1881.

<sup>625</sup> BRETSCHEGER, S. 91 f.; VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 (= ZBI 2000, S. 255 ff., BEZ 1999, Nr. 12) E. 3c; vgl. HAUSER, Umweltaspekte, S. 353.

<sup>626</sup> Vgl. für das GPA: KOCH, WTO Law, S. 90 f.

<sup>627</sup> Vgl. SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 75; STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 12; DE ROSSA/DAVID, Rz. 24

<sup>628</sup> Vgl. zu ökologischen Zuschlagskriterien im schweizerischen Recht STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 70 ff.; für Labels unter dem GPA: KOCH, WTO Law, S. 91 und 95.

<sup>629</sup> HAUSER, Umweltaspekte, S. 353; OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 33; vgl. VGr ZH, 15. Dezember 1998, URP 1999, S. 165 ff. (= ZBI 2000, S. 255 ff., BEZ 1999, Nr. 12) E. 3c, das einheitliche und anerkannte Zertifikate erwähnt.

<sup>630</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 12.

Händler und Nichtregierungsorganisationen – teilnehmen können. Zweitens wird vorausgesetzt, dass die Anforderungen an die Gütezeichen von einem Dritten festgelegt werden, auf den der Wirtschaftsteilnehmer, der das Gütezeichen beantragt, keinen massgeblichen Einfluss ausüben kann.

- 366 Wie gezeigt wurde, spricht vieles dafür, den auch bei Labels vorausgesetzten Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen und auch Labels zuzulassen, die gewisse Anforderungen an das gesamte Unternehmen enthalten, wenn eine sozial bzw. ökologisch nachhaltige Herstellung der nachgefragten Leistung sich von diesem allgemeinen Verhalten des Unternehmens nicht sinnvoll trennen lässt, wie dies bei der Einhaltung fundamentaler Arbeitsbedingungen oder von Menschenrechten der Fall ist<sup>631</sup>.
- 367 Beispiele von Labels, die verwendet werden können, sind etwa FSC oder PEFC für nachhaltige Waldbewirtschaftung<sup>632</sup>.

## **K. Innovation**

### **1. Aktuelle rechtliche Grundlagen in der EU**

- 368 ErwGr. 47, 95 und 123 VRL betonen die strategische Rolle der öffentlichen Auftragsvergabe hinsichtlich Innovation sowie deren Wichtigkeit für die Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft. In ErwGr. 48 VRL wird die Zulassung von Varianten für die Begünstigung von Innovationen hervorgehoben. Gemäss ErwGr. 74 VRL müssen die technischen Spezifikationen erlauben, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen und Nachhaltigkeitsziele zu erreichen. Zu diesem Zweck sollte es möglich sein, Angebote einzureichen, die die Diversität der technischen Lösungen, Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln. Entsprechend wird angeregt Innovationen durch die Verwendung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen zu fördern. In ErwGr. 75 VRL wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Verweisung auf Gütezeichen nicht innovationshemmend wirken soll. Schliesslich nimmt ErwGr. 124 VRL auf die Bedeutung von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) für Innovation Bezug.
- 369 Nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL ist unter Innovation folgendes zu verstehen:

*„die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschliesslich — aber nicht beschränkt auf — Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen, u. a. mit dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen.“*

---

<sup>631</sup> Siehe vorn Rz. 167 ff.

<sup>632</sup> STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 12.

370 Gemäss Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1 Bst. a VRL sind innovative Eigenschaften ein mögliches *Zuschlagskriterium* und gemäss Art. 70 VRL können öffentliche Auftraggeber innovationsbezogene Belange als *Ausführungsbedingung* festlegen. Für soziale und andere besondere Dienstleistungen, die im Titel III. „Besondere Beschaffungsregelungen“ normiert sind und für welche die Mitgliedstaaten und deren Beschaffungsstellen über einen wesentlich grösseren Ermessensspielraum verfügen<sup>633</sup>, müssen die Mitgliedstaaten gemäss Art. 76 Abs. 2 VRL gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber dem Aspekt der Innovation als Grundsatz für die Vergabe von Aufträgen Rechnung tragen können.

371 Schliesslich wurde mit Art. 31 VRL die sogenannte Innovationspartnerschaft als neue, eigenständige Verfahrensart eingeführt. Diese kann nur für die Entwicklung eines innovativen Produkts bzw. einer innovativen Dienstleistung oder Bauleistung und den anschliessenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen zur Anwendung gelangen, die nicht bereits auf dem Markt verfügbar sind. Dabei müssen das vereinbarte Leistungsniveau und die Kostenobergrenze eingehalten werden (Art. 31 Abs. 2 Uabs. 1 VRL). Die Mindestanforderungen sind vom Auftraggeber zu definieren. Die bereitgestellten Informationen müssen so präzise sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der geforderten Lösung erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen. Gemäss diesem Verfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin einen Teilnahmeantrag stellen. Der öffentliche Auftraggeber kann unter den Voraussetzungen von Art. 65 VRL die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden sollen, begrenzen.

## 2. Rechtsprechung EuGH

### 2.1. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)

372 Bisher musste sich der EuGH nicht ausführlich mit der Innovation als Zuschlagskriterium befassen. Das Roche Lietuva-Urteil des EuGH verweist immerhin auf den vorn erwähnten ErwGr. 74 VRL, ohne sich jedoch damit näher auseinanderzusetzen<sup>634</sup>.

## 3. Lehrmeinungen zum EU-Vergaberecht

373 Obwohl die VRL die wesentliche Bedeutung der Förderung von Innovation durch die öffentliche Beschaffung klar untermauert<sup>635</sup>, enthält sie nur wenige Bestimmungen, bei denen Innovation konkrete rechtliche Wirkung entfaltet<sup>636</sup>. Mit Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL wird eine weite Definition von „Innovation“ vorgegeben<sup>637</sup>. Damit soll die strategische Nutzung öffentlicher

---

<sup>633</sup> Art. 74 ff. VRL; SUNDSTRAND, Brussels Commentary, Part I, Art. 74 N 11 und 76 N 6.

<sup>634</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 4 und 36.

<sup>635</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 2 N 117. Innovation ist auch im Zusammenhang mit der Europa Strategie 2020 von Bedeutung, wonach sich die Europäische Union ein intelligentes, nachhaltiges sowie integratives Wachstum zum Ziel gesetzt hat, Europäische Kommission, Strategie Europa 2020, S. 14 f.

<sup>636</sup> STEINICKE, Brussels Commentary, Part I, Art. 2 N 117.

<sup>637</sup> KREUZER, S. 103; BLAY, S. 5; Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation, S. 5: „Innovation is about finding new and better ways of doing things“.

Aufträge zur Förderung von Innovationen vorangetrieben werden<sup>638</sup>. Insbesondere werden nicht bloss technische Innovationen erfasst<sup>639</sup>. Zu Innovationen im Sinne der Richtlinie gehören z.B. neuartige Lösungsansätze. Es werden aber auch Lösungsansätze erfasst, die zwar nicht neu sind, aber wesentlich verbessert wurden. Hinzu kommen Innovationen, die noch keinen Zugang zum Markt gefunden haben. Auch sollen jene Produkte als innovativ gelten, die noch nicht ausreichend auf dem Markt vertreten sind, wobei konkret eine Schwelle von einem 20 %-Marktanteil vorgeschlagen wird<sup>640</sup>.

374 Innovative Eigenschaften als Zuschlagskriterium erlauben es, Bieter für innovative Lösungsvorschläge zu motivieren, welche die Auftraggeberin nicht vorhersehen bzw. in den Ausschreibungsunterlagen nicht beschreiben konnte<sup>641</sup>. Die Innovation muss sowohl sinnvoll als auch nützlich sein; sie soll eine Vereinfachung, Verbesserung oder gesteigerte Effizienz bewirken oder die Bewältigung neuartiger Aufgaben bewerkstelligen<sup>642</sup>. Als Zuschlagskriterium kann sich die Innovation sowohl mit ökologischen als auch sozialen Kriterien überschneiden, denn diese können sich ebenfalls auf Innovationen erstrecken<sup>643</sup>. Jedoch können innovative Eigenschaften wohl nur in einem beschränkten Rahmen sinnvoll als Zuschlagskriterium festgelegt werden<sup>644</sup>. So können etwa gewisse Vorteile einer Offerte berücksichtigt werden, die den aktuellen Marktstandard übertreffen<sup>645</sup>.

375 Ob es sinnvoll ist, Innovation *als Bedingung der Auftragsausführung* vorzusehen, wird in der Literatur bezweifelt, wobei auch unklar scheint, worin innovative Aspekte von Ausführungsbestimmungen bestehen könnten. Denn als besondere Ausführungsbedingungen gelten innovationsbezogene Aspekte nur, soweit sie über innovative Produkthanforderungen, wie sie die Auftraggeberin in den technischen Spezifikationen festlegt, hinausgehen.

376 Es bestehen weitere Möglichkeiten der Innovationsförderung. So schafft die Verwendung von funktionalen statt deskriptiven Ausschreibungen Raum für innovative Lösungen, sodass entsprechend auf die Bedeutung innovativer Zuschlagskriterien in diesem Zusammenhang hingewiesen wird<sup>646</sup>. Sodann kann auch die Zulassung von Varianten diese Wirkung entfalten<sup>647</sup>. Zudem können Innovationen im Rahmen der Berücksichtigung von Lebenszykluskosten wesentlich gefördert werden<sup>648</sup>. Weiter kennt das EU-Vergaberecht Verfahrensinstrumente, welche die Innovation fördern sollen: die Innovationspartnerschaft und der wettbewerbliche Dialog<sup>649</sup>. Die Innovationspartnerschaft ermöglicht es, Forschungsaufträge mit der Beschaffung

---

<sup>638</sup> BLAY, S. 6; vgl. ErwGr. 47 VRL.

<sup>639</sup> KREUZER, S. 103.

<sup>640</sup> BLAY, S. 6.

<sup>641</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N 71.

<sup>642</sup> STECK, Vergaberecht Kommentar, § 58 VgV N 25.

<sup>643</sup> KREUZER, S. 102.

<sup>644</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 58 VgV N 72.

<sup>645</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 58 VgV N 72; Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N 71.

<sup>646</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, VgV § 58 N 72.

<sup>647</sup> KREUZER, S. 104; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 58 VgV N 73; ErwGr. 48 VRL; Europäische Kommission, Grünbuch Modernisierung, S. 52.

<sup>648</sup> KREUZER, S. 104 f.; EU-Kommission, Reform der öffentlichen Auftragsvergabe, Übersicht Nr. 9: Innovation, S. 1.

<sup>649</sup> Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 128 GWB N 37.

des entwickelten Produkts in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden<sup>650</sup>. Damit soll ein besonderer Anreiz geschaffen werden, an innovativen Lösungen zu arbeiten<sup>651</sup>.

377 Die folgenden praktischen Beispiele veranschaulichen die erfolgreiche Förderung von Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen:

- Sozial und ökologisch innovative Arbeitsweise: In Gent (Belgien) wurde für öffentliche Reinigungsarbeiten die probiotische Reinigung eingeführt. Dazu werden probiotische Reinigungsprodukte eingesetzt, welche ökologische Reinigungsmittel, Enzyme und probiotische Bakterien enthalten, die gründlich reinigen, keine starken Gerüche absorbieren und ein sicheres mikrobiologisches Umfeld gewährleisten. Im Gegensatz zur Verwendung von herkömmlichem Desinfektionsmittel wird das Wachstum von hochresistenten Bakterien begrenzt<sup>652</sup>.
- Ökologisch innovatives Material: In Detmold (Deutschland) wurde der Busbahnhof mittels photokatalytisch aktivem Beton renoviert. Dieses Material wandelt Schadstoffe in harmlose Salze um, die über die Regenwasserkanäle abfließen, und verringert den Wärmezuwachs, der durch dunkle Baustoffe wie z.B. Asphalt entsteht, sowie die Bildung von Smog<sup>653</sup>.
- Innovative Technologie: Das medizinische Zentrum der Erasmus-Universität in den Niederlanden ersetzte die Maschine für die Bettenreinigung, welche mit einem hohen Energie- und Wasserverbrauch sowie Arbeitsaufwand verbunden war, mit einer vollautomatischen Bettenwaschanlage. Die Technologie der Bettenwaschanlage beruht auf der Robotertechnologie aus der Automobilbranche<sup>654</sup>.

#### 4. Innovation im schweizerischen Vergaberecht

378 „Innovation“ wird im BöB an zwei Stellen ausdrücklich angesprochen. Art. 29 Abs. 1 führt den Innovationsgehalt als ein mögliches Zuschlagskriterium auf und Art. 24 Abs. 1 erwähnt die „Beschaffung innovativer Leistungen“ als eine von drei alternativen Voraussetzungen für die Durchführung eines Dialogs. Das Zuschlagskriterium des Innovationsgehalts findet nach der Botschaft seine Daseinsberechtigung darin, dass innovative und ressourcenschonende Technologien langfristig wirtschaftlicher sind. Die Innovationskraft wird somit als Element der Wirtschaftlichkeit verstanden<sup>655</sup>; insofern dient sie dem wirtschaftlichen Aspekt der Nachhaltigkeit. Darüber hinaus kommt der Innovation auch eine wichtige Rolle dabei zu, auf ökologische und

---

<sup>650</sup> BLAY, S. 6; KREUZER, S. 105; Europäische Kommission, Leitfaden, S. 53; ROSENKÖTTER/DASZENIES, 171.

<sup>651</sup> KREUZER, S. 105.

<sup>652</sup> Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation, S. 32 f.

<sup>653</sup> Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation, S. 30 f.

<sup>654</sup> Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation, S. 34.

<sup>655</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1944; vgl. KOCH, Innovationsinstrument, S. 87.

soziale Herausforderungen zu antworten<sup>656</sup>. Diese Funktion wird ihr im EU-Beschaffungsrecht sehr deutlich zugewiesen<sup>657</sup>.

379 Was unter Innovationsgehalt als Zuschlagskriterium gemäss Art. 29 Abs. 1 BöB zu verstehen ist, ist dem Gesetz (und auch der Botschaft) nicht zu entnehmen. Hier lohnt sich ein Blick ins EU-Recht: Nach der Definition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL ist unter Innovation die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren zu verstehen. Dazu gehören neue Produktions-, Bau- und Konstruktionsverfahren, Vermarktungsmethoden, Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen. Mit der Förderung der Innovation soll u. a. das Ziel verfolgt werden, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen.

380 Hingegen lassen sich auch aus dem EU-Vergaberecht keine Schlüsse ziehen, wie das Kriterium Innovationsgehalt umgesetzt und bewertet werden soll. Auch die sehr weit gefasste Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL bietet nur beschränkt eine zweckmässige Hilfestellung, da diese keine klaren Parameter zur Bewertung aufstellt. Insofern bleibt die Bedeutung, die dem Zuschlagskriterium Innovationsgehalt beigemessen wird, weiterhin in hohem Masse von einem subjektiven Verständnis abhängig<sup>658</sup>.

381 Das BöB enthält weitere Instrumente, mit denen Innovationen sinnvoll gefördert werden können. So gewährt die Festlegung *funktionaler statt deskriptiver technischer Spezifikationen* mehr Raum für Innovation in den Offerten, weil nur das Ziel der Beschaffung fixiert wird, ohne dass der Weg dazu vorgegeben wird<sup>659</sup>. Des Weiteren ist die Zulassung von *Varianten* (Art. 33 BöB), die von der vorgegebenen Leistungsbeschreibung abweichen, ein wichtiges Instrument zur Förderung der Innovation im Beschaffungswesen<sup>660</sup>. Bedauerlich ist, dass das BöB einen gesetzlichen Zwang vorsieht, neben der Variante auch ein Grundangebot nach Massgabe der Ausschreibung einzureichen, was innovationshemmend wirkt<sup>661</sup>. Die Chancen, dass eine innovative Offerte die Auftragserteilung erhält, werden ausserdem massgeblich durch das Zuschlagskriterium der *Lebenszykluskosten* erhöht<sup>662</sup>. Denn innovative Offerten unterliegen anderen Offerten häufig hinsichtlich des Preises, jedoch können innovative Lösungen gesamthaft, das heisst über den gesamten Lebenszyklus betrachtet, günstiger kommen<sup>663</sup>. Das zeigt sich etwa bei Minergie-Häusern<sup>664</sup>.

---

<sup>656</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1885; vgl. KOCH, Innovationsinstrument, S. 88.

<sup>657</sup> Art. 2 Ziff. 22 VRL; ErwGr. 47, 95 VRL; vgl. Europäische Kommission, Leitfaden Innovation, S. 15 f.

<sup>658</sup> Vgl. FETZ, Rz. 33.

<sup>659</sup> POLTIER, Rz. 344; KOCH, Innovationsinstrument, S. 91 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 419 f.; BOLZ/METTLER, S. 22; vgl. FETZ, Rz. 1 f., 13; 17; HAUSER, Umweltaspekte, S. 348 f.; OECHSLIN/LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N 17; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 86 f.; ErwGr. 74 VRL. Vgl. auch Art. 7 Abs. 2 VöB.

<sup>660</sup> POLTIER, Rz. 351; BOLZ/METTLER, S. 26; vgl. JOSS, Handkommentar, Art. 33 N 3 f., 9; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 749; LUTZ, Rz. 41; BEYELER, Der Geltungsanspruch, Rz. 1981; ErwGr. 48 VRL.

<sup>661</sup> LUTZ, Rz. 41.

<sup>662</sup> KOCH, Innovationsinstrument, S. 92 f.; FETZ, Rz. 33; BOLZ/METTLER, S. 23.

<sup>663</sup> KOCH, Innovationsinstrument, S. 92 f.

<sup>664</sup> KOCH, Innovationsinstrument, S. 92 f.

- 382 Treiber für neue technische sowie gestalterische Lösungen und somit für die Innovation können auch *Wettbewerbe und Studienaufträge* im Sinne von Art. 22 BöB sein<sup>665</sup>. Als besonderes Verfahrenselement kann der *Dialog* bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen und bei der Beschaffung innovativer Leistungen eingesetzt werden. Auch wenn der Dialog begrifflich an den wettbewerblichen Dialog gemäss Art. 30 VRL angelehnt ist, wird er in Art. 24 BöB nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern kann im offenen oder selektiven Verfahren als Instrument herangezogen werden<sup>666</sup>. Es handelt sich dabei um ein besonders strukturiertes Verhandlungsverfahren<sup>667</sup>, das mit dem Ziel durchgeführt wird, den Leistungsgegenstand anhand des Know-hows und den Erfahrungen der Anbieterinnen erst noch zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen<sup>668</sup>. Damit soll möglichst eine Leistungsbeschreibung erzielt werden, die einerseits die Ansprüche der Auftraggeberin und andererseits das Können und Vermögen der Anbieterinnen angemessen berücksichtigt<sup>669</sup>. Dies ermöglicht es, den Innovationsgehalt vorgeschlagener Lösungen zu erkennen sowie Innovationen zu fördern<sup>670</sup>. Verschiedene Verfahrensvorschriften in Art. 24 BöB und Art. 6 VöB sollen die Transparenz, einen fairen Wettbewerb sowie den Schutz der Vertraulichkeit bzw. des Know-hows der Anbieterinnen sichern. Schliesslich wird in der Literatur zudem auch der neuerdings in Art. 25 BöB ausdrücklich geregelte *Rahmenvertrag* als Instrument der Innovationsförderung gesehen<sup>671</sup>.
- 383 Für das schweizerische Recht interessant ist sodann ErwGr. 74 VRL, welcher im EuGH-Urteil Roche Lietuva zitiert wird. Danach sind zur Förderung des Wettbewerbs und der Nachhaltigkeitsziele die technischen Spezifikationen so auszugestalten, dass die Angebote die Diversität der technischen Lösungen, Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln können<sup>672</sup>. Dieser Hinweis verdient auch für die Vergabepaxis in der Schweiz Beachtung, obwohl das BöB den Vorrang einer funktionalen Umschreibung anders als das GPA nicht ausdrücklich selbst formuliert.
- 384 Eine *Innovationspartnerschaft* wie die EU kennt die Schweiz nicht; diese weist aber gewisse Ähnlichkeiten mit der in Art. 21 Abs. 2 Bst. f BöB vorgesehenen Möglichkeit auf, Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, freihändig zu beschaffen<sup>673</sup>. Anders als die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe im Zusammenhang mit der Beschaffung von Prototypen gemäss Art. 21 BöB (bisher Art. 13

---

<sup>665</sup> BICHSEL/RUTSCHMANN, Handkommentar, Art. 22 N 14.

<sup>666</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1932 f.; KOCH, Innovationsinstrument, S. 93; LEUTHOLD, Rz. 17.

<sup>667</sup> POLTIER, Rz. 345.

<sup>668</sup> LEUTHOLD, Rz. 16.

<sup>669</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1933.

<sup>670</sup> Botschaft BöB 2017, S. 1933; 1944; BOLZ/METTLER, S. 26; vgl. LEUTHOLD, Rz. 18, 25.

<sup>671</sup> KOCH, Innovationsinstrument, S. 94; BOLZ/METTLER, S. 27.

<sup>672</sup> EuGH, Urteil Roche Lietuva, Rn. 4 und 36.

<sup>673</sup> Den Tatbestand der freihändigen Vergabe im Zusammenhang mit Prototypen kennt auch Art. 32 Abs. 3 Bst. a VRL, allerdings begrenzt auf Lieferaufträge.

Abs. 1 Bst. g aVöB) ermöglicht die Innovationspartnerschaft gemäss Art. 31 VRL, Forschungsaufträge mit der Beschaffung des entwickelten Produkts in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden<sup>674</sup>.

Zürich, 26. April 2021

Matthias Hauser

Réka Piskóty

---

<sup>674</sup> FRÖHLICH-BLEULER, Rz. 68; vgl. AESCHBACHER/KREBS, Handkommentar, Art. 21 BöB N 24.

# Anhang

## A. Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aBöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1 (AS 1996 S. 508; mit späteren Änderungen in AS 1997 S. 2465 Anhang Ziff. 3, 2006 S. 2197 Anhang Ziff. 11, 2007 S. 5635 Art. 25 Ziff. 1, 2011 S. 5659 Anhang Ziff. 1 und S. 6515 Art. 26 Ziff. 1, 2012 S. 3655 Ziff. I 2, 2015 S. 773, 2017 S. 7563 Anhang Ziff. II 1, 2019 S. 4101 Art. 1)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI. 2012 C 325/01
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
aIVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 ( <a href="http://www.bpuk.ch">www.bpuk.ch</a> )
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
aVöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (AS 1996 S. 518, 1997 S. 2779 Anhang Ziff. II 5, 2002 S. 886 und S. 1759, 2006 S. 1667 und S. 5613 Art. 30 Abs. 2 Ziff. 1, 2009 S. 6149 Ziff. I und II, 2010 S. 3175 Anhang 3 Ziff. 2, 2015 S. 775, 2017 S. 5161 Anhang 2 Ziff. II 3)
BAnz	Bundesanzeiger (Deutschland)
BAöB	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68)
BBi	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995
BGE	Bundesgerichtsentscheid (in der amtlichen Sammlung veröffentlichter Leitenentscheid)
BGr	Bundesgericht
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BöB/BöB <sub>2019</sub>	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BVGr	Bundesverwaltungsgericht
CO <sub>2</sub>	Kohlenstoffdioxid
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EC	European Commission
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
ELR	European Law Reporter
endg.	endgültig
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der EU
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ErwGr.	Erwägungsgründe
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gm.	gemäss
GPA	GPA <sub>1994</sub> oder GPA <sub>2012</sub> (kontextabhängig)
GPA <sub>1994</sub>	Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, SR 0.632.231.422; auch WTO-Beschaffungsübereinkommen)
GPA <sub>2012</sub>	Government Procurement Agreement (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012, SR 0.632.231.422; auch WTO-Beschaffungsübereinkommen)
GPP	Green Public Procurement
GR	Kanton Graubünden
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. Januar 2021 (BGBl. I S. 2) geändert worden ist
Hrsg.	Herausgeber
ILCD	International Reference Life Cycle Data System
ILO	Internationale Arbeitsorganisation
insb.	insbesondere
ISO	International Organization for Standardization/ Internationale Organisation für Normung
i.S.v.	im Sinne von

IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
IVöB/IVöB <sub>2019</sub>	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
KOM	Europäische Kommission
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist
KVR	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe Text von Bedeutung für den EWR; <i>Konzessionsvergaberichtlinie</i>
LCA	Life Cycle Assessment, Ökobilanz, Umweltbilanz
LCC	Life Cycle Costs/Lebenszykluskosten bzw. Life Cycle Costing/Lebenszykluskostenrechnung
lit.	litera(e), Buchstabe(n)
N	Note(n)
NR	Nationalrat
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OHSAS	Occupational Health- and Safety Assessment Series
OLG	Oberlandesgericht
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n) (auch für die Erwägungen der EuGH-Entscheide)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite
SektVO	Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392)
SSSUP	Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa
SStiR	Schweizer Studien zum internationalen Recht
SRL	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI 2014 L 94/243; <i>Sektorenvergaberichtlinie</i>
u.a.	unter anderem
Uabs.	Unterabsatz
u. E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
UR	Kanton Uri

UVgO	Unterschwellenvergabeordnung (BAnz AT 07.02.2017 B1)
v.	vom
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht, Düsseldorf)
VGr	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392) geändert worden ist
VKR	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI 2004 L 134/114; <i>Vergabekoordinierungsrichtlinie</i>
VRL	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI 2014 L 94/65
VöB/VöB <sub>2020</sub>	Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (BAnz AT 19. Februar 2019 B2)
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A, Abschnitt 1: Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (BAnz Nr. 196a vom 29. Dezember 2009)
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392) geändert worden ist
WTO	World Trade Organization
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
z.B.	zum Beispiel
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer

## B. Literaturverzeichnis

ANDERSON ROBERT D./ARROWSMITH SUE, The WTO regime on government procurement: past, present and future, in: Arrowsmith Sue/Anderson Robert D. (Hrsg.), *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, S. 3 ff.

ANDHOV MARTA, Contracting Authorities and Strategic Goals – a relationship defined by discretion?, in: Bogojevic Sanja et al. (Hrsg.), *Discretion in EU Public Procurement Law, 2019 (zit. Andhov, Contracting Authorities)*

ANDHOV MARTA/CARANTA ROBERTO/WIESBROCK ANJA (Hrsg.), *Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability*, London 2020

ANDHOV MARTA et al., The European Union law of life-cycle costing, in: Andhov Marta/Caranta Roberto/Wiesbrock Anja (Hrsg.), *Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability*, London 2020, S. 20 ff. (*zit. Andhov et. al., life-cycle costing*)

- ARROWSMITH SUE, *The Law of Public & Utilities Procurement*, Bd. 1, 3. Aufl., London 2014 (zit. *Arrowsmith, Procurement, Bd. 1*)
- ARROWSMITH SUE, *The Law of Public & Utilities Procurement*, Bd. 2, 3. Aufl., London 2018 (zit. *Arrowsmith, Procurement, Bd. 2*)
- ARROWSMITH SUE, Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review, in: Arrowsmith Sue/Kunzlik Peter (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 243 ff. (zit. *Arrowsmith, EC Treaty*)
- ARROWSMITH SUE/KUNZLIK PETER, Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles, in: Arrowsmith Sue/Kunzlik Peter (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 21 ff.
- BAUMANN HENRIK, Zertifikate und Gütezeichen im Vergabeverfahren, *VergabeR* 2015, S. 367 ff.
- Beck'scher Vergaberechtskommentar – siehe *BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.)*
- BEYELER MARTIN, Harmonie mit Nebengeräuschen, *BR* 2017, S. 145 ff. (zit. *Beyeler, Harmonie*)
- BEYELER MARTIN, Besprechung EuGH RegioPost, *BR* 2016, Entscheidbesprechung Nr. 27, S. 48 (zit. *Beyeler, RegioPost*)
- BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Zürich 2016 (zit. *Beyeler, Entscheide*)
- BEYELER MARTIN, Kaffee: Bio und Fair Trade, *BR* 2012, S. 262 ff. (zit. *Beyeler, Kaffee*)
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (zit. *Beyeler, Geltungsanspruch*)
- BIAGGINI GIOVANNI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Thürer Daniel/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG. Ein Handbuch*, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 651 ff. (zit. *Biaggini, Abkommen*)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. *Biaggini, Art. ...*)
- BLAY MIGUEL ANGEL BERNAL, The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation, *EPPPLR*, 9/2014, S. 6 ff.
- BOLZ URS/METTLER MELANIE, Beschaffung von Innovationen – innovative Beschaffung, Grundlagen – ein Diskussionsbeitrag im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), Bern 2019
- BOYLE ROSEMARY, Disability issues, in: Arrowsmith Sue/Kunzlik Peter (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 325 ff.
- BRETSCHGER ROMAN, Unternehmen und Menschenrechte, Elemente und Potenzial eines informellen Menschenrechtsschutzes, *SStiR* 135, Zürich/Basel/Genf 2010
- Brussels Commentary – siehe *STEINICKE MICHAEL/VESTERDORF PETER L. (Hrsg.)*
- BSK BV – siehe *WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.)*
- BURGI MARTIN, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, *NZBau* 10/2015, S. 597 ff. (zit. *Burgi, Ökologische und soziale Beschaffung*)

BURGI MARTIN, Zuschlag und Zuschlagskriterien: Die Komplexität nimmt zu, in: Pünder Hermann et al. (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II, Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung*, Hamburg 2015 (zit. *Burgi, Zuschlag*)

BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Aufl., München 2017 (zit. *Beck'scher Vergaberechtskommentar-Autor, § ... GWB*)

BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 2, 3. Aufl., München 2019 (zit. *Beck'scher Vergaberechtskommentar-Autor, § ... VgV*)

BYOK JAN/CONRADS MARTIN, Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlöhnen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2016, S. 146 ff.

CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS, *EUV/AEUV*, 5. Aufl., München 2016 (zit. *Autor, in: EUV/AEUV-Kommentar, Art. ...*)

CARANTA ROBERTO, Labels as enablers of sustainable public procurement, in: Sjaafjell Beate/Wiesbrock Anja, *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge 2016, S. 99 ff.

CASAVOLA HILDE CAROLI, The WTO and the EU: Exploring the Relationship Between Public Procurement Regulatory Systems, in: Chiti Edoardo/Mattarella Bernardo Giorgio (Hrsg.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlin 2011

CARVALHO RAQUEL, Life-cycle costing in the Member States, in: Andhov Marta/Caranta Roberto/Wiesbrock Anja (Hrsg.), *Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability*, London 2020, S. 36 ff.

COMBA MARIO E., Green and social considerations in public procurement contracts: a comparative approach, in: Caranta Roberto/Trybus Martin (Hrsg.), *The law of green and social procurement in Europe*, Kopenhagen 2010

CZARNEZKI JASON J./VAN GARSSE STEVEN, What is life-cycle costing?, in: Andhov Marta/Caranta Roberto/Wiesbrock Anja (Hrsg.), *Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability*, London 2020, S. 3 ff.

DE KONINCK CONSTANT et al., *European Public Procurement Law*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2015

DE ROSSA FEDERICA/DAVID CLARISSA, La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics: un changement de paradigme effectif?, in: *sui generis* 2020, S. 441 ff.

DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen: der schmale Grat am Beispiel des neuen Tessiner Vergabegesetzes, *recht* 3/2019, S. 166 ff.

DRAGOS DACIAN/NEAMTU BOGDANA, Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal, *EPPPL* 1/2013, S. 19 ff. (zit. *Dragos/Neamtu, EPPPL*)

DRAGOS DACIAN/NEAMTU BOGDANA, Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union, in: Sjaafjell Beate/Wiesbrock Anja, *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Cambridge 2016, S. 114 ff. (zit. *Dragos/Neamtu, Life-cycle costing*).

EPINEY ASTRID, § 9 Rechtsschutzsystem, in: Bieber Roland et al. (Hrsg.), *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 14. Aufl., Baden-Baden 2021

ESSIG MICHAEL, Lebenszykluskosten in der öffentlichen Beschaffung, *VergabeFokus* 4/2017, S. 19 ff.

ESTEVAN HELENA/SCHAEFER BETTINA, Life Cycle Costing State of the Art Report (Local Governments for Sustainability, European Secretariat 2017), [https://spregions.eu/fileadmin/user\\_upload/Life\\_Cycle\\_Costing\\_SoA\\_Report.pdf](https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf) (besucht am 13.02.2021)

EUV/AEUV-Kommentar – siehe *CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS*

EVERMANN ANNELIE, Die Verwendung von Gütezeichen im Vergabeverfahren, *Vergabefokus* 5/2018, S. 3 ff.

FETZ MARCO, Die funktionale Ausschreibung, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Public 2010*, S. 101 ff.

FRENZ WALTER, Einbeziehung von Transportentfernungen in öffentliche Ausschreibungen, *VergabeR* 2013, S. 13 ff. (*zit. Frenz, Transportentfernungen*)

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 269 ff.

GABRIEL MARC/KROHN WOLFRAM/NEUN ANDREAS (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl., München 2017 (*zit. Autor, in: Handbuch Vergaberecht, Art. ...*)

GAITANIDES CHARLOTTE, EUV Art. 19, in: Von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden 2015

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

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

GERMELMANN CLAAS FRIEDRICH, Wirkungsgrenzen der Binnenmarktfreiheiten im Vergaberecht, *EWS* 2016, S. 69 ff.

GLASER ANDREAS, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge: Pflichten der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie, *Baden-Baden* 2015

GOEDE MATTHIAS/STOYE JÖRG/STOLZ BERNHARD (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Vergaberecht*, Köln 2017 (*zit. Autor, in: Goede/Stoye/Stolz*)

GYULAI-SCHMIDT ANDREA, Vergaberechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Durchsetzung und Kontrolle nachhaltiger Leistungsvorgaben, *VergabeR* 2a/2019, S. 328 ff. (*zit. Gyulai-Schmidt, Gestaltungsmöglichkeiten*)

GYULAI-SCHMIDT ANDREA, Strategische Nutzung des Vergaberechts für mehr Qualität am Beispiel von deutschen, österreichischen und ungarischen Umsetzungsmaßnahmen, *ZfBR* 8/2019, S. 762 ff. (*zit. Gyulai-Schmidt, Qualität*)

*Handbuch Vergaberecht* – siehe *GABRIEL MARC/KROHN WOLFRAM/NEUN ANDREAS*

*Handkommentar* – siehe *TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.)*

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich 2020

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

- HAUSER MATTHIAS, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, URP 2002, S. 339 ff. (*zit. Hauser, Umweltaspekte*)
- HAUSER MATTHIAS, Umweltschutz als Zuschlagskriterium. Zu einem neuen Urteil des EuGH, BR 2003, S. 35 ff. (*zit. Hauser, Umweltschutz*)
- HAUSER MATTHIAS, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 12/2001, S. 1405 ff. (*zit. Hauser, Zuschlagskriterien*)
- HENZEL ANNE KATHRIN, "Life cycle costing" als Instrument nachhaltiger öffentlicher Auftragsvergabe, Berlin 2019
- HERMANN ANDREAS, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, Dessau-Roßlau 2019
- HEYNE KAROLIN, Die Verfolgung von Umweltschutzziele im öffentlichen Beschaffungswesen, ZUR 2011, S. 578 ff.
- JOBSE CAROLIEN/DIMITRI NICOLA, LCC-calculations and the principles of public procurement, UNDERPINN Conference, Manchester 22. und 23. März 2012, S. 20 ff.
- KAUFMANN CHRISTINE/WEBER ROLF H., Carbon-related Border Tax Adjustment: Mitigating Climate Change or Restricting International Trade?, World Trade Review 04/2011, S. 497 ff.
- KELLER STEFAN, Der flexible Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe, Ein Beitrag zur Überwindung der Suche nach dem 'richtigen' Rentenalter in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2008
- KLING MICHAEL, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe: mit einer Darstellung der für die öffentlichen Auftraggeber geltenden Rechtsbindungen, Berlin 2000
- KNAUFF MATTHIAS, Die Verwendbarkeit von (Umwelt-)Gütezeichen in Vergabeverfahren, VergabeR 2017, S. 553 ff. (*zit. Knauff, Gütezeichen*)
- KNAUFF MATTHIAS, Möglichkeiten und Grenzen des Vergaberechts für die Verkehrswende, VergabeR 2021, S. 1 ff. (*zit. Knauff, Verkehrswende*)
- KOCH RIKA, Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem revidierten Vergaberecht, Jusletter 28. September 2020 (*zit. Koch, Ökologisches Beschaffungswesen*)
- KOCH RIKA, Green Public Procurement under WTO Law, Zürich 2020 (*zit. Koch, WTO Law*)
- KOCH RIKA, Das öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument, in: Meier Julia et al. (Hrsg.), Recht und Innovation: Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2020 (*zit. Koch, Innovationsinstrument*)
- KÖNDGEN JOHANNES, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in: Riesenhuber Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2015
- KREUZER STEFANIE, Die Vergaberechtsreform 2016 durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU, Diss. Baden-Baden 2019
- KROHN WOLFRAM, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für „Ökostrom“, NZBau 2/2004, S. 93 ff. (*zit. Krohn, Ökostrom*)

KRÖNKE CHRISTOPH, Berücksichtigung von "Fairtrade"-Normen nach dem europäischen und deutschen Vergaberecht, in: Ziekow Jan/Gyulai-Schmidt Andrea (Hrsg.) Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 107 ff. (zit. *Krönke, Fairtrade*)

KRÖNKE CHRISTOPH, Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht 2016, Rechtsgutachterliche Stellungnahme vom April 2016, aktualisierte Fassung mit Ergänzungen vom November 2016, aktualisierte Fassung Januar 2017 ([www.ci-romero.de/fileadmin/media/Beschaffung/Gutachten\\_Christoph\\_Kroenke\\_Beschaffung\\_2016.pdf](http://www.ci-romero.de/fileadmin/media/Beschaffung/Gutachten_Christoph_Kroenke_Beschaffung_2016.pdf), besucht am 18.4.2021) (zit. *Krönke, Sozial verantwortliche Beschaffung*)

KUNZLIK PETER, From Suspect Practice to Market-Based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement, *Public Procurement Law Review* 2013, S. 97 ff.

LEDUC PATRICK, Wesentliche Merkmale des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), *BR* 2017, S. 5 ff.

LEHMANN LORENZ, Legal Compliance im Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht*, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2017

LEIBLE STEFAN/DOMRÖSE RONNY, § 8 Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber Karl (Hrsg.) *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl., Berlin/München/Boston 2015

LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue „Dialog“, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Publics 2010*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 277 ff.

LUTZ DANIELA, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2010*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 325 ff.

MOHR JOCHEN, Sozial motivierte Beschaffungen nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, *EuZA* 1/2017, S. 23 ff. (zit. *Mohr, sozial motivierte Beschaffungen*)

MOHR JOCHEN, Ein soziales Vergaberecht?, *VergabeR* 2009, S. 543 ff. (zit. *Mohr, soziales Vergaberecht*)

MÜLLER-WREDE MALTE, Berücksichtigung von Umweltschutzgesichtspunkten; Sektorenrichtlinie; Diskriminierungsverbot, *VergabeR* 2002, S. 593 ff.

Nomos – siehe *VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN*

OESCH MATTHIAS, *Europarecht*, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2019

OPITZ MARC, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, *NZBau* 2001, S. 12 ff.

PERERA OSHANI/ MORTON BARBARA/PERFREMMENT TINA, Life Cycle Costing. A Question of Value, A white paper from IISD, <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/WP-LifeCycleCosting.qx.pdf> (besucht am 13.02.2021)

POLTIER ETIENNE, *Droit des marchés publics*, Bern 2014

PÜNDER HERMANN/SHELLENBERG MARTIN (Hrsg.), *Vergaberecht Nomos Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. *Nomos-Autor, Art. ...*)

RIEDI GUERRIC, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 303 ff.

RIESENHUBER KARL, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., Berlin 2015

RÜHLE HEIDE, Die Position des Europaparlamentes in den Verhandlungen über nachhaltige Auftragsvergabe, in: Ziekow Jan/Gyulai-Schmidt Andrea (Hrsg.) Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 13 ff.

RÜTSCHKE BERNHARD, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle, in: Schmid et al. (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtspraxis, 2014

ROSENKÖTTER ANNETTE/DASZENIES ANTONIA, Die Innovationspartnerschaft als neuer Hoffnungsträger?, in: Ziekow Jan/Gyulai-Schmidt Andrea (Hrsg.) Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020, S. 169 ff.

SADONI ISA ALEXANDRA, Kommentierung von § 59 VgV, in: Pünder Hermann/Schellenberg Martin (Hrsg.), Vergaberecht Nomos Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2019

SCHNEIDER JENS-PETER, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl. 2003, S. 1186 ff.

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Anbieter, Offerten, Kriterien, BR 2020, S. 32 ff. (*zit. Schneider Heusi, Anbieter*)

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018/Marchés Publics 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 327 ff. (*zit. Schneider Heusi, Preis*)

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 393 ff. (*zit. Schneider Heusi, Referenzen*)

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Vergaberecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (*zit. Schneider Heusi, Vergaberecht*)

SCHNEUWLY ANNE MIRJAM, Förderung der ökologischen und sozialen Verantwortung durch den Bund im öffentlichen Beschaffungswesen und in der Privatwirtschaft, SZW 2019, S. 654 ff.

SEMPLE ABBY, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford 2015 (*zit. Semple, Guide*)

SEMPLE ABBY, The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?, University of Oslo as part of the European Law Conference 2014, 2015 (*zit. Semple, Link*)

SIEBLER FELIX, Urteilsanmerkung zu EuGH Urteil „Tim“, VergabeR 2020, S. 584 ff.

STEINER MARC, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier, vierte, aktualisierte Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) Bern 2017 (*zit. Steiner, Soziale Aspekte*)

STEINER MARC, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen: Eine Einschätzung des Spielraums für die umweltfreundliche Beschaffung, 2015 (<http://www.marc>)

-steiner.ch/pdf/160225\_MSteiner\_Artikel\_GPA\_umweltfreundliche\_Beschaffung.pdf, besucht am 23.03.2021) (zit. *Steiner, WTO*)

STEINER MARC, Nachhaltige öffentliche Beschaffung - ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 149 ff. (zit. *Steiner, Nachhaltige Beschaffung*)

STEINER MARC, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?, *EPPPL* 1/2013, S. 73 ff. (zit. *Steiner, Swiss Approach*)

STEINER MARC, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung, *European Law Reporter* 2012, S. 130 ff. (zit. *Steiner, ELR 2012*)

STEINER MARC, Die umweltfreundliche Beschaffung - vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Studie im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes, *Vergaberechtliche Studie*, Aarau 2006 (zit. *Steiner, Umweltfreundliche Beschaffung*)

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung - vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, *BR* 2004 S. 54 ff. (zit. *Steiner, BR 2004*)

STEINICKE MICHAEL/VESTERDORF PETER L. (Hrsg.), *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, 2018* (zit. *Autor, Brussels Commentary, Part I, Art. ...*)

STUDIO FIESCHI & SOCI SRL/SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA (SSSUP), *Development of a life cycle costing (LCC) calculation tool*, Pisa/Torino 2016

THEOBALD CHRISTIAN/KÜHLING JÜRGEN, *Energierrecht Loseblatt Kommentar*, 108. Aufl., EL Juli 2020

TRÜEB HANS RUDOLF, *Beschaffungsrecht*, in: Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, S. 1019 ff. (zit. *Trüb, Beschaffungsrecht*)

TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zürich 2020 (zit. *Autor, Handkommentar, Art. ...*)

Vergaberecht Kommentar – siehe *ZIEKOW JAN/VÖLLINK UWE-CARSTEN (Hrsg.)*

VON DEIMLING CHRISTIAN/SCHAUPP MARKUS/ESSIG MICHAEL, *Berechnungstools für Lebenszykluskosten*, in: Ziekow Jan/Gyulai-Schmidt Andrea (Hrsg.) *Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften*, Berlin 2020

VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., München 2015 (zit. *Nomos-Autor, EU, Art. ...*)

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. *Autor, Kommentierung von Art. ..., in: BSK BV*)

WEBER ROLF H./KOCH RIKA, *Berücksichtigung des Transports*, Jusletter vom 8. Februar 2016

WILSHER DAN, *Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labelling*, in: Arrowsmith Sue/Kunzlik Peter (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 408 ff.

ZIEKOW JAN, *Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen. Rechtswissenschaftliches Gutachten*, *Dialog Global* Heft Nr. 42, Bonn 2016 (zit. *Ziekow, Kommunen*)

ZIEKOW JAN, Rechtswissenschaftliches Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren, 5. Aufl., Stand 27.05.2016. (zit. *Ziekow, Rechtswissenschaftliches Gutachten 2016*)

ZIEKOW JAN/GYULAI-SCHMIDT ANDREA (Hrsg.) Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020

ZIEKOW JAN/VÖLLINK UWE-CARSTEN (Hrsg.), Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zit. *Autor, Vergaberecht Kommentar, § ...*)

## **C. Verzeichnis der Gesetzesmaterialien und Behördendokumente**

### **1. Schweizerisches Recht**

*In chronologischer Reihenfolge*

Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030, Vernehmlassungsvorlage vom 4. November 2020 (<https://www.are.admin.ch/sne> > Nachhaltige Entwicklung > Politik und Strategie > Strategie Nachhaltige Entwicklung > Vernehmlassung Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030)

KBOB, Faktenblatt „Neue Vergabekultur – Qualitätswettbewerb, Nachhaltigkeit und Innovation im Fokus des revidierten Vergaberechts“, Bern 2020.

KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Werkleistungen (unter Berücksichtigung des revidierten Vergaberechts 2019), Stand: 20. Oktober 2020; V1.0, Bern 2000 (zit. *BKB Leitfaden Werkleistungen*)

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Reporting Set Beschaffungscontrolling 2019, 04.05.2020 ([www.efd.admin.ch](http://www.efd.admin.ch) > Das EFD > Medienmitteilungen > Bericht über das Beschaffungscontrolling des Bundes für das Jahr 2019)

Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15.11.2019 (<https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>) (zit. *Musterbotschaft IVöB 2019*)

Botschaft zur Standortförderung 2020–2023 vom 20. Februar 2019 (BBI 2019, S. 2365) (zit. *Botschaft, Standortförderung 2020-2023*)

BKB, Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung (Güter und Dienstleistungen), Bern November 2018 ([https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches\\_Beschaffungswesen/BKB\\_Leitsaetze\\_de\\_def.pdf.download.pdf/BKB\\_Leitsaetze\\_de\\_def.pdf](https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches_Beschaffungswesen/BKB_Leitsaetze_de_def.pdf.download.pdf/BKB_Leitsaetze_de_def.pdf), besucht am 23.2.2021) (zit. *BKB, Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung*)

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

Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (BBI 2017, S. 2053 ff.) (zit. *Botschaft GPA 2017*)

Botschaft zur Legislaturplanung 2015–2019 vom 27. Januar 2016 (BBI 2016 1105)

Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019, 27. Januar 2016. ([www.are.admin.ch](http://www.are.admin.ch) > Nachhaltige Entwicklung > Strategie Nachhaltige Entwicklung > Dokumente > Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019)

BKB, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), 1. Januar 2010

Bundesrat, "Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002" vom 27. März 2002 (Bericht, BBI 2002, S. 3946)

Bundesrat, Strategie "Nachhaltige Entwicklung in der Schweiz" vom 9. April 1997 (BBI 1997 III 1045)

## **2. Internationale Abkommen**

*In chronologischer Reihenfolge*

WTO, Committee on Government Procurement, key take-aways from the committee's symposium on sustainable procurement, 22 February 2017, Report by the Secretariat, GPA/W/341 (zit. WTO, Committee on Government Procurement, Symposium)

Stockholmer Übereinkommen vom 22. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe, SR 0.814.03 (zit. *Stockholm-Konvention/POP-Konvention*)

Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel, SR 0.916.21, (zit. *Rotterdam PIC Konvention*)

Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt, SR 0.451.43

Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Mai 1992 über Klimaänderungen, SR 0.814.01 (zit. *Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen*)

Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung, SR 0.814.05 (zit. *Basler Konvention*)

World Commission on Environment and Development, Report: Our Common Future, 1987, Annex zum UN Document A/42/427 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/67/img/N8718467.pdf?OpenElement> bzw. auf [https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/nachhaltige\\_entwicklung/dokumente/bericht/our\\_common\\_futurebrundtlandreport1987.pdf.download.pdf/our\\_common\\_futurebrundtlandreport1987.pdf](https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/nachhaltige_entwicklung/dokumente/bericht/our_common_futurebrundtlandreport1987.pdf.download.pdf/our_common_futurebrundtlandreport1987.pdf)) (zit. *Brundtland Report*)

Wiener Übereinkommen vom 22. März 1985 zum Schutz der Ozonschicht und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll vom 16. September 1987 über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen, SR 0.814.02 (zit. *Ozonschicht-Abkommen*)

Übereinkommen vom 13. November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung und die im Rahmen dieses Übereinkommens von der Schweiz ratifizierten acht Protokolle, SR 0.814.32, (zit. *Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung*)

Übereinkommen vom 3. März 1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen, AS 2000 S. 838 (zit. *Washingtoner Artenschutzübereinkommen*)

### **3. Rechtsgrundlagen EU**

#### *In chronologischer Reihenfolge*

Empfehlungen des Gerichtshofs an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (ABl. 2018, C 257, S. 1)

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG Text von Bedeutung für den EWR (RL 2014/24/EU)

Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG Text von Bedeutung für den EWR (RL 2014/25)

Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (VO [EG] 1370/2007)

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung)

Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (in Kraft vom 14. Juni 1993 bis zum 30. Januar 2006)

Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften.

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (*zit. Arbeitnehmerentsenderichtlinie*)

Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, RL 92/50 (in Kraft vom 18. Juni 1992 bis zum 30. Januar 2006)

### **4. EuGH Rechtsprechung**

Beentjes-Urteil des EuGH vom 20. September 1988 (Rs. C-31/87)

Brzeziński Urteil des EuGH vom 18. Januar 2007 (Rs. C-313/05, EU:C:2007:33)

Bundesdruckerei-Urteil des EuGH vom 18. September 2014 (Rs. C-549/13)

Ceska pojistovna a.s./WCZ-Urteil des EuGH vom 13. September 2018 (RS. C-287/17)

CILFIT-Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982 (Rs. 283/81, EU:C:1982:335)

Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99)

Daimler Chrysler-Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2001 (Rs. C-324/99, EU:C:2001:682)

Deutsches Milchkontor-Urteil des EuGH vom 24. November 2005 (RS. C-136/04)

Edra Costruzioni und Edilfac-Beschluss des EuGH vom 10. November 2016 (Rs. C-140/16)  
Evropaïki Dynamiki-Urteil des EuGH vom 8. Juli 2010 (Rs. T-331/06)  
Karen Millen Fashions-Urteil des EuGH vom 19. Juni 2014 (RS. C-345/13)  
Kommission/Ungarn-Urteil des EuGH vom 10. April 2014 (Rs. C-115/13)  
Lavorgna-Urteil des EuGH vom 2. Mai 2019 (Rs. C-309/18)  
Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10)  
Medisanus-Urteil des EuGH vom 8. Juni 2017 (Rs. C-296/15, EU:C:2017:431)  
Montte-Urteil des EuGH vom 20. September 2018 (Rs. 546/16)  
Nord-Pas-de-Calais-Urteil des EuGH vom 26. September 2000 (Rs. C-225/98)  
PreussenElektra-Urteil des EuGH vom 13. März 2001 (Rs. C-379/98)  
RegioPost-Urteil des EuGH vom 17. November 2015 (Rs. C-115/14)  
Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17)  
Rüffert-Urteil des EuGH vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06)  
Spinosa Costruzioni-Beschluss des EuGH vom 10. November 2016 (Rs. C-162/16)  
Stadt Braunschweig-Urteil des EuGH vom 10. April 2003 (Rs. C-20/01 und C-28/01)  
Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18)  
Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01)

## **5. Weitere Urteile**

Appellate Body WTO, United States – Shrimp II, WT/DS58/AB/RW, 21. November 2001  
Appellate Body WTO, United States – Gasoline, WT/DS2/Ab/R, 20. Mai 1996  
Evropaïki Dynamiki-Urteil des EuG vom 8. Juli 2010 (T-331/06)  
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015 (Verg 11/15)  
VK Westfalen, Beschluss vom 21. Januar 2015 (VK 18/14) ([https://www.bezreg-muenster.de/zentralablage/dokumente/wirtschaft\\_finanzen\\_kommunalaufsicht/vergabekammer/entscheidungen\\_2015/BeschlussVK1814.pdf](https://www.bezreg-muenster.de/zentralablage/dokumente/wirtschaft_finanzen_kommunalaufsicht/vergabekammer/entscheidungen_2015/BeschlussVK1814.pdf).)

## **6. Materialien und Behördendokumente zum europäischen Recht**

Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, vom 4. März 2021, COM/2021/93 final (*zit. Richtlinienvorschlag zur Lohntransparenz*)

Umweltbundesamt, Berechnungswerkzeug für Lebenszykluskosten, <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten>

Europäische Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg. (abrufbar auf <https://eur-lex.europa.eu>) (zit. *Europäische Kommission, Strategie Europa 2020*)

Europäische Kommission, Leitfaden für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe, Brüssel 2018, C(2018) 3051 final (abrufbar auf <https://eur-lex.europa.eu>) (zit. *Europäische Kommission, Leitfaden Innovation*)

Amtsblatt der EU, 20. Juli 2018, Empfehlungen des Gerichtshofs an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen (ABl. 2018, C 257)

Europäische Kommission, EU GPP Criteria for Computers and Monitors, Commission Staff Working Document, 21.10.2016, SWD(2016) 346 final

Europäische Kommission, Buying Green! – A handbook on green public procurement, 3. Aufl., Luxemburg 2016

Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!, 3. Aufl., Luxemburg 2016. (zit. *Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!*)

Europäische Kommission, Guidance for public authorities in Public Procurement of Innovation, Januar 2015 (abrufbar auf <https://s3platform.jrc.ec.europa.eu/-/guidance-for-public-authorities-on-public-procurement-of-innovation?inheritRedirect=true>) (zit. *Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation*)

Europäische Kommission, Green Public Procurement, Life-Cycle Costing, <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>

Europäische Kommission, Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienterem europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM(2011) 15 endg. (abrufbar auf <https://eur-lex.europa.eu>) (zit. *Europäische Kommission, Grünbuch Modernisierung*)

Schlussanträge der Generalanwältin vom 15. Dezember 2011 in der RS. C-368/10

European Commission, proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, 20.12.2011, COM(2011) 896 final (zit. *European Commission, proposal for a directive*)

Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.2011, KOM (2011) 896 endgültig (zit. *Europäische Kommission, Vorschlag für die Richtlinie*)

Europäische Kommission, International Reference Life Cycle Data System Handbook aus dem Jahre 2010, (abrufbar auf <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/international-reference-life-cycle-data-system-ilcd-handbook-general-guide-life-cycle>) (zit. *Europäische Kommission, Life Cycle Data System*)

Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften

EU-Kommission, Reform der öffentlichen Auftragsvergabe, Übersicht Nr. 9: Innovation, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15527/attachments/1/translations/de/renditions/pdf> (zuletzt besucht am 12.4.2021)