

Marc Steiner

Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?

Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz

Am 25. Oktober 2011 hat das Europäische Parlament eine Entschliessung zur Modernisierung des Vergaberechts verabschiedet, welche einige Hinweise zur Frage enthält, in welche Richtung die Reise – namentlich in Bezug auf die Berücksichtigung sogenannter Sekundärziele – gehen könnte. Im Beitrag soll untersucht werden, welche Trends auszumachen sind und was das für die Totalrevision des Beschaffungsrechts auf Bundesebene und allenfalls parallel dazu auf (inter-)kantonaler Ebene bedeuten könnte.

Rechtsgebiet(e): Vergaberecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Marc Steiner, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, in: Jusletter 16. Januar 2012

Inhaltsübersicht

- I. Kurze Einleitung
- II. Eine vorläufige Standortbestimmung zum EU-Vergaberecht
 1. Das Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens
 2. Die Binnenmarktakte vom 13. April 2011
 3. Die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens
 4. Eine Zusammenfassung des Gesagten anhand der neuen EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen
- III. Haben die neueren Entwicklungen auf europäischer Ebene Auswirkungen auf die Revision des schweizerischen Vergaberechts?
 1. Die Ausgangslage nach geltendem Bundesrecht
 2. Die Lehrlingsausbildung als vorgezogenes Revisionsthema
 3. Die Förderung von KMU als vorgezogenes Revisionsthema?
 4. ILO Core Labour Standards und Fair Trade-Gesichtspunkte
- IV. Fazit: Auf dem Weg zu einem Gesamtkonzept zum Thema Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen?

I. Kurze Einleitung

[Rz 1] Die politische Steuerung im Rahmen des Vergaberechts im Sinne der Verfolgung von sogenannten Sekundärzielen («secondary policies»/«secondary policy goals») ist als Thema ein rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Dauerbrenner. Klar ist jedenfalls, dass die primären Ziele des Vergaberechts gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), als da sind Transparenz, Stärkung des Anbieterwettbewerbs, wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel und die Gleichbehandlung aller Anbieter, durch die Berücksichtigung von Sekundärzielen nicht vereitelt werden dürfen. Das geltende Vergaberecht atmet subjektiv-historisch verstanden – soweit es sich nicht in einer Regelung von Vergabestellen für Vergabestellen erschöpft –, vor allem im Rahmen der Umsetzung des GPA den Zeitgeist der 1990er, der geprägt war von den Maximen der Liberalisierung und Globalisierung. Die Frage, welchen Geist das neue Vergaberecht – sowohl in der EU als auch in der Schweiz – atmen soll, ist derzeit Gegenstand von Debatten, denen auch aus Sicht der juristischen Fachwelt eine gewisse Bedeutung zukommen muss.

II. Eine vorläufige Standortbestimmung zum EU-Vergaberecht

[Rz 2] Im Folgenden sollen kurz einige Hinweise insbesondere zur Grünbuchkonsultation der EU-Kommission und der Entschliessung des Europäischen Parlaments zur Modernisierung des Vergaberechts gegeben werden, damit dann anschliessend die Ausgangslage für die Schweiz skizziert werden kann. Die genannten strategischen Initiativen basieren wiederum auf der Evaluation der geltenden Richtlinien¹. In

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_de.htm betreffend die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur

der Zusammenfassung der Bewertung des status quo² wird unter Punkt 9.4 zum Thema «Kohärenz mit anderen Politikbereichen» festgehalten, dass es die EU-Vergaberichtlinien den öffentlichen Auftraggebern gestatten, bei der Festlegung des gewünschten Vergabeergebnisses eine Reihe «anderer politischer Erwägungen» zu berücksichtigen³. In diesem Rahmen wird auf die von den Mitgliedstaaten erlassenen nationalen Aktionspläne für ein ökologisches oder nachhaltiges öffentliches Beschaffungswesen hingewiesen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der umweltbewussten Beschaffung, z.B. durch Aufnahme der Green Public Procurement (GPP)-Kriterien der EU⁴ und Berücksichtigung aller innerhalb eines Lebenszyklus (eines Produkts) anfallenden Kosten. Politische Vorgaben für eine sozial verantwortungsvolle öffentliche Beschaffung oder Innovation seien – so die Zusammenfassung – von wenigen Mitgliedstaaten festgelegt worden. Ausserdem wird festgestellt, dass zu «unterschiedliche nationale Anforderungen» bezüglich umwelt- oder sozialpolitischer Standards für den Binnenmarkt nicht förderlich sind⁵.

1. Das Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

[Rz 3] Die Kommission hat mit dem Grünbuch vom 27. Januar 2011⁶ zunächst bekräftigt, dass die Politik auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens die wirtschaftlichste Nutzung («most efficient use») öffentlicher Gelder gewährleisten muss. Ausserdem sollen die Beschaffungsmärkte EU-weit zugänglich («open») sein⁷. Die Ausgangslage in Bezug auf die Berücksichtigung von Sekundärzwecken wird wie folgt beschrieben: «Ein weiteres zusätzliches Ziel besteht darin, den Auftraggebern eine bessere Nutzung der öffentlichen

Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. vom 30. April 2004, Nr. L 134, S. 1 ff., und die 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, ABl. vom 30. April 2004, Nr. L134, S. 114 ff.

² Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Europäischen Kommission, Wirkung und Wirksamkeit des EU-Rechts für das öffentliche Auftragswesen: Zeit für Ergebnisse (Zusammenfassung der Bewertung; http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_de.pdf).

³ Zusammenfassung der Bewertung, a.a.O. [Fn. 2], S. 22

⁴ http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_de.htm.

⁵ Zusammenfassung der Bewertung, a.a.O. [Fn. 2], S. 22.

⁶ Grünbuch der Europäischen Kommission vom 27. Januar 2011 über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge (KOM [2011] 15 endgültig; http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/public_procurement_de.htm; im Folgenden: Grünbuch).

⁷ Grünbuch, a.a.O. [Fn. 6], S. 3.

Auftragsvergabe im Sinne gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu ermöglichen: Dazu zählen der Umweltschutz, eine höhere Ressourcen- und Energieeffizienz und die Bekämpfung des Klimawandels sowie die Förderung von Innovationen und sozialer Eingliederung und auch die Gewährleistung der bestmöglichen Bedingungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von hoher Qualität. Die Verfolgung dieses Ziels kann auch die Verwirklichung des erstgenannten Ziels einer effizienteren langfristigen Nutzung öffentlicher Gelder unterstützen, indem z.B. der Schwerpunkt vom niedrigsten Anfangspreis auf die niedrigsten Lebenszykluskosten verlagert wird.»⁸

[Rz 4] Der Teil 4 des Grünbuchs befasst sich ausführlich mit der «strategischen Nutzung» der öffentlichen Auftragsvergabe. Dabei werden die im Rahmen der Konsultation gestellten Fragen den Kategorien des Vergaberechts zugeordnet. Besonders hervorgehoben seien hier vier willkürlich ausgewählte Themen: Nach europäischem Richtlinienvergaberecht besteht die Wahl zwischen der Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot und der Vergabe nach dem niedrigsten Preis⁹. Die Kommission will in diesem Zusammenhang unter anderem wissen (Frage 70), ob die Vergabe nach dem niedrigsten Preis als Variante eliminiert werden soll. Ausserdem wird die Frage aufgeworfen, ob sich die Klauseln für die Auftragsausführung («conditions for performance of contracts») im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG¹⁰ – eine Kategorie, die das schweizerische Vergaberecht nicht kennt¹¹ – am besten eignen, um soziale Überlegungen hinsichtlich Beschäftigung und Arbeitsbedingungen¹² zu berücksichtigen (Frage 74). Zudem hält die Kommission fest, dass teilweise vorgeschlagen wird, die obligatorische Verknüpfung der Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragsgegenstand abzuschwächen oder sogar ganz fallen zu lassen. Dazu wird im Rahmen der Konsultation ebenfalls um

Meinungsäusserung gebeten (insb. Frage 79). Schliesslich wird auf die Tendenz hingewiesen, dass europäisches Richtlinienrecht neuerdings nicht nur vorschreibt, wie eingekauft werden soll – das entspricht dem klassischen Ansatz im Vergaberecht («how to buy») –, sondern auch Vorgaben macht zum Beschaffungsgegenstand («what to buy»)¹³. Auch hier wird die Frage gestellt, ob dieser Trend begrüsst oder kritisch beobachtet wird (insb. Frage 83).

[Rz 5] Nun zu den Antworten auf die gestellten Fragen: In der «synthesis of replies»¹⁴ wird zum Thema «strategic use of public procurement» zunächst generell festgehalten, dass die Akteure geteilter Meinung sind. Während die Unternehmen eher zurückhaltend sind in Bezug auf die Berücksichtigung ökologischer oder sozialer Zielsetzungen im Vergaberecht, befürworten vor allem Nichtregierungsorganisationen eine radikale Änderung der Beschaffungspolitik im Sinne sozialer und ökologischer Ziele¹⁵. Eine relativ breite Unterstützung geniesst die Tendenz, Lebenszykluskosten im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu berücksichtigen¹⁶, was zugleich impliziert, dass die Vergabe nur nach dem niedrigsten Preis zurückgedrängt werden soll. Dies entspricht im Übrigen dem geltenden schweizerischen Vergaberecht, wenn Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 3 BöB richtig dahingehend verstanden wird, dass die Vergabe normalerweise die Suche nach dem besten Verhältnis von Preis und Leistung ist und nur ausnahmsweise bei standardisierten Produkten allein der Preis massgebend sein kann¹⁷. Auf die Frage 74 betreffend die sozialen Standards findet sich eine Teilantwort im schweizerischen Beschaffungsrecht, indem Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung im Sinne eines Ausschlussgrundes vorschreibt, dass die Anbieterin zumindest die Einhaltung der Kernüberkommen der Internationalen Arbeitsorganisation¹⁸ zu gewährleisten hat, wenn die Leistung im Ausland erbracht

⁸ Grünbuch, a.a.O. [Fn. 6], S. 5.

⁹ Vgl. namentlich Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG, a.a.O. [Fn. 1], aber auch Art. XIII Abs. 4 lit. b des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement, GPA).

¹⁰ Gemäss Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, a.a.O. [Fn. 1], können die öffentlichen Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.

¹¹ Vgl. immerhin Art. 6 Abs. 1 VöB, wonach die Auftraggeberin im Vertrag festlegt, dass die Anbieterin die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 lit. b und c BöB einhalten muss. Ausserdem soll die Anbieterin Dritte, denen sie Aufträge weitergibt, vertraglich verpflichten, die genannten Verfahrensgrundsätze einzuhalten (Art. 6 Abs. 2 VöB).

¹² Im Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2004/18/EG, a.a.O. [Fn. 1], werden als Bedingungen für die Ausführung des Auftrags ausdrücklich die Einhaltung der Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) genannt für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt sind.

¹³ Vgl. dazu etwa die Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Strassenfahrzeuge, ABl. vom 15. Mai 2009, Nr. L 120 S. 5 ff., und www.cleanvehicle.eu.

¹⁴ Arbeitsdokument der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Europäischen Kommission (im Folgenden: Synthesis of replies; http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf).

¹⁵ Synthesis of replies, a.a.O. [Fn. 14], S. 7.

¹⁶ Synthesis of replies, a.a.O. [Fn. 14], S. 15.

¹⁷ Vgl. dazu etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-743/2007 vom 16. Dezember 2011, E. 2.2.3.3, sowie den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, insb. E. 6, bei dem namentlich der Ermessensspielraum der Vergabestelle in Bezug auf die Gewichtung des Preises betont wird. Siehe aber auch für das deutsche Vergaberecht etwa Michael Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, Baden-Baden 2011, Rz. 180 zu § 97 GWB.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen unten den Punkt III/4 zu den ILO Core Labour Standards nach schweizerischen Vergaberecht.

wird¹⁹. Das würde in europäisches Vergaberecht übersetzt bedeuten, dass ein fakultativer Ausschlussgrund im Sinne von Art. 45 der Richtlinie 2004/18/EG geschaffen würde²⁰. Zur Frage nach der Lockerung des Auftragsbezuges wird in der Synthese der Antworten festgehalten, dass seitens der Zivilgesellschaft, aber teilweise auch von öffentlichen Auftraggeberinnen der Wunsch geäußert wird, etwa «corporate social responsibility policies ... or other social involvement» berücksichtigen zu können²¹. Indessen werde mehrheitlich – und vor allem auch von Rechtsexperten – die Ansicht vertreten, dass der Auftragsbezug als Erfordernis für die Zulässigkeit der gestellten Anforderungen nicht aufgegeben werden dürfe²². In Bezug auf «what to buy»-Vorschriften, namentlich die Verpflichtung zum Kauf ökologischer Produkte, hält die Kommission fest, die meisten Rückmeldungen im Rahmen der Konsultation seien diesbezüglich skeptisch; lediglich Nichtregierungsorganisationen würden derartige Vorgaben begrüssen²³. Zusammenfassend gibt es nach den Vorarbeiten der Kommission einen erkennbaren Trend hin zur weiteren Ökologisierung des Beschaffungswesens²⁴, wobei zugleich sorgfältig auf die Aufrechterhaltung der dogmatischen Konzeption des europäischen Vergaberechts geachtet wird. Dies wirkt sich insbesondere im Sinne einer Skepsis gegenüber der weitgehenden Integration sozialer Aspekte aus²⁵.

2. Die Binnenmarktakte vom 13. April 2011

[Rz 6] Ein im Vergleich zu Grünbuchkonsultation und Entschliessung zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens weitaus ambitionierteres strategisches Papier hat die Kommission mit der Binnenmarktakte²⁶ vorgelegt. Auch hier

ging aufbauend auf der Mitteilung «Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte» vom 27. Oktober 2010²⁷ eine Konsultation voraus. Von der Verkehrspolitik (Vorschlag Nr. 7) bis zur Überarbeitung der Energiebesteuerungsrichtlinie (Vorschlag Nr. 8) wird hier eine breite Palette von Themen abgedeckt. Für das Vergabewesen interessant ist auch die Betonung der «Vorfahrt für KMU» (Vorschlag Nr. 13). Der eigentliche Kern wird aber im Vorschlag Nr. 17 angesprochen, welcher namentlich die «stärkere Nutzung des öffentlichen Vergabewesens für die Unterstützung anderer Politiken» zum Gegenstand hat. In diesem Zusammenhang wird zunächst das primäre Ziel des europäischen Vergaberechts betont, nämlich einen offenen, wettbewerbsorientierten gesamteuropäischen Markt für grössere öffentliche Aufträge zu schaffen, was dem Steuerzahler Einsparungen in Höhe von mehreren Milliarden Euro jährlich beschere²⁸. Gleichzeitig – so die Kommission – «kann die öffentliche Auftragsvergabe als wichtiger Hebel beispielsweise für Innovation, Umweltschutz oder Beschäftigung fungieren»²⁹. Ebenfalls interessant ist der Vorschlag Nr. 18 zur Regulierung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Im Rahmen des Vorschlags Nr. 36 wird der Zusammenhang zwischen der Förderung sozialen Unternehmertums und dem öffentlichen Auftragswesen erwähnt.

[Rz 7] Im Rahmen der «Overview of responses to the public consultation»³⁰ zeigt sich ein mutatis mutandis vergleichbarer Trend wie im Rahmen der Konsultation zum Grünbuch, nämlich dass es vor allem den Nichtregierungsorganisationen ein Anliegen ist, dass sich das Vergaberecht nicht zulasten von Qualitäts- und sozialen Standards auswirken sollte. Ausserdem wird in diesem Zusammenhang von einigen Akteuren das Potenzial des Beschaffungswesens zur Erreichung ökologischer und gesellschaftlicher Ziele («societal goals») betont³¹. Mindestens ebenso ausgeprägt ist aufgrund der Rückmeldungen in dieser Konsultation die Unterstützung für die Förderung der Anliegen von KMU, insbesondere unter den Mitgliedstaaten³². Folgerichtig wird in der Binnenmarktakte der Vorschlag Nr. 17 modifiziert und neu zur Leitaktion 19 mit folgendem Inhalt: «Überarbeitung und Modernisierung des rechtlichen Rahmens für das öffentliche Auftragswesen mit dem Ziel, eine ausgewogene Politik zu erreichen, die die

¹⁹ Die schweizerische Regelung gemäss Art. 7 Abs. 2 VöB ist (unter anderem) als Teil eines Expertenvotums zur nachhaltigen Beschaffung am 24. Mai 2011 vor dem Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments vorgestellt worden (vgl. dazu die Präsentation <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110527ATT20402/20110527ATT20402EN.pdf>).

²⁰ Vgl. zur Terminologie etwa Alexander Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, S. 268 ff.

²¹ Synthesis of replies, a.a.O. [Fn. 14], S. 15.

²² Synthesis of replies, a.a.O. [Fn. 14], S. 16.

²³ Synthesis of replies, a.a.O. [Fn. 14], S. 15.

²⁴ Vgl. dazu auch die soeben erschienene zweite Auflage des Kommissionsdokuments «Buying green! – A handbook on green public procurement» (<http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook.pdf>).

²⁵ Problemlos in diesem Sinne waren immer schon produktbezogene technische Spezifikationen etwa im Rahmen des behindertengerechten Bauens (vgl. dazu «Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public procurement», Dokument erstellt auf der Grundlage von SEC(2010) 1258 endgültig [<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=978&furtherNews=yes>], insb. S. 29).

²⁶ Mitteilung der Kommission vom 13. April 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen; Binnenmarktakte: Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen «Gemeinsam für neues Wachstum» (im Folgenden: Binnenmarktakte; KOM[2011]206 endgültig).

²⁷ Mitteilung der Kommission vom 27. Oktober 2010 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen; Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte: Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft; 50 Vorschläge, um gemeinsam besser zu arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben (KOM(2010) 608 endgültig; im Folgenden: Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte).

²⁸ Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte, a.a.O. [Fn. 27], S. 17.

²⁹ Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte, a.a.O. [Fn. 27], S. 17 f.

³⁰ Overview of responses to the public consultation on the Communication «Towards a Single Market Act» of April 13 2004 (im Folgenden: Overview; SEC[2011] 467 final).

³¹ Overview, a.a.O. [Fn. 30], S. 27.

³² Overview, a.a.O. [Fn. 30], S. 10.

Nachfrage nach umweltfreundlichen, sozial verantwortungsvollen und innovativen Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen stützt. Diese Überarbeitung muss den Vergabebehörden einfachere flexiblere Verfahren bringen und den Zugang für Unternehmen, insbesondere KMU, erleichtern.»³³ Diese Leitaktion ist ein Teilgehalt der Strategie «Europa 2020»³⁴, mit welcher ehrgeizige Ziele für ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum gesetzt werden³⁵.

3. Die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens

[Rz 8] Auch die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011³⁶ hat eine interessante Vorgeschichte, wenn auch nicht in Form einer Konsultation. In gewisser Weise schliesst sie an den Bericht über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 10. Mai 2010³⁷ und die Entschliessung dazu vom 18. Mai 2010³⁸ an. Mit dieser Entschliessung stellt das Europäische Parlament etwa fest, dass die KMU um den Zugang zum Markt der öffentlichen Beschaffung gekämpft haben und dass die Entwicklung einer «KMU-Strategie» intensiver betrieben werden müsste³⁹. Ausserdem wird auf die grosse Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens für Klima- und Umweltschutz, Energieeffizienz, Innovation und Förderung des Wettbewerbs hingewiesen. Entsprechend wird bekräftigt, dass die öffentlichen Verwaltungen ermutigt und in die Lage versetzt werden sollen, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ökologische, soziale und andere Kriterien zugrunde zu legen⁴⁰. Schliesslich wird die Kommission aufgefordert, die öffentlichen Verwaltungen darin zu bestärken, in ihren öffentlichen Ausschreibungen und ihrer Beschaffungspolitik Kriterien für den fairen Handel zu berücksichtigen⁴¹.

[Rz 9] Mit der Entschliessung vom 25. Oktober 2011 entwickelt das Europäische Parlament das im Mai 2010 formulierte

Konzept weiter, indem es die – in der Schweiz geltendem Recht entsprechende – Ansicht vertritt, dass das Kriterium des niedrigsten Preises nicht mehr das ausschlaggebende Kriterium bei der öffentlichen Auftragsvergabe sein sollte, damit das volle Potential der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschöpft werden kann. Die Fixierung auf den Preis soll allgemein durch das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Vorzüge ersetzt werden; dies unter Einbeziehung der gesamten Lebenszykluskosten für die jeweiligen Waren, Dienstleistungen und Arbeiten⁴². In diesem Zusammenhang wird zugleich – wie hierzulande im Rahmen von Art. 21 Abs. 3 BÖB – unterstrichen, dass der niedrigste Preis als ausschlaggebendes Kriterium im Falle von in höchstem Masse standardisierten Waren oder Dienstleistungen nicht ausgeschlossen werden soll⁴³. Daran anschliessend wird die Kommission aufgefordert, Regierungen und Vergabebehörden dazu anzuhalten, den Rückgriff auf ein nachhaltiges öffentliches Beschaffungswesen zu intensivieren. Ausserdem sei zu prüfen, wie das öffentliche Beschaffungswesen zur Verwirklichung der übergeordneten Ziele der EU beigetragen hat, und darzulegen, was unternommen werden sollte, um die Verwirklichung dieser Zielvorgaben in Zukunft zu verbessern⁴⁴. Des Weiteren wird – wie schon im Bericht des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 5. Oktober 2011⁴⁵ – darauf hingewiesen, dass zwar nicht nur ökologische, sondern auch soziale Herstellungsbedingungen berücksichtigt werden sollten, aber dabei das Erfordernis der «Verknüpfung mit dem Gegenstand des Auftrags» nicht geschwächt werden dürfe («not to weaken the necessary link to the subject matter of the contract»)⁴⁶. Schliesslich betont das Parlament die Notwendigkeit, die Dimension der Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen zu stärken, indem gestattet wird, dass diese Dimension in jede Stufe des Beschaffungsprozesses integriert wird (z.B. Befähigungstest⁴⁷, technische Spezifikationen, Klauseln betreffend die Vertragserfüllung⁴⁸).

[Rz 10] Trotz allem Enthusiasmus für die nachhaltige Beschaffung meldet das Parlament Vorbehalte an in Bezug auf Vorschriften, mit welchen den Beschaffern durch Richtlinienrecht vorgeschrieben werden soll, was sie kaufen sollen («what to buy»)⁴⁹. Vergaberichtlinien sollen Verfahrensrichtlinien sein

³³ Binnenmarktakte, a.a.O. [Fn. 26], S. 22.

³⁴ KOM(2010) 2020 endgültig.

³⁵ Binnenmarktakte, a.a.O. [Fn. 26], S. 3; vgl. dazu auch Grünbuch, a.a.O. [Fn. 6], S. 3.

³⁶ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zu der Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (2011/2048(INI); P7_TA(2011)0454; im Folgenden: Entschliessung vom 25. Oktober 2011).

³⁷ A7-0151/2010 (Berichterstatteerin: Heide Rühle).

³⁸ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 18. Mai 2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (P7_TA(2010)0173; ABl. 2011, Nr. C 161, S. 38 ff.; im Folgenden: Entschliessung vom 18. Mai 2010).

³⁹ Entschliessung vom 18. Mai 2010, a.a.O. [Fn. 38], Ziffer 24.

⁴⁰ Entschliessung vom 18. Mai 2010, a.a.O. [Fn. 38], Ziffer 28.

⁴¹ Entschliessung vom 18. Mai 2010, a.a.O. [Fn. 38], Ziffer 33.

⁴² Vgl. dazu die Frage 70 im Rahmen der Grünbuchkonsultation und oben Fn. 17.

⁴³ Entschliessung vom 25. Oktober 2011, a.a.O. [Fn. 36], Ziffer 13.

⁴⁴ Entschliessung vom 25. Oktober 2011, a.a.O. [Fn. 36], Ziffer 14.

⁴⁵ A7-0326/2011 (Berichterstatteerin: Heide Rühle), insb. Ziffer 18; in diesem Punkt noch weniger deutlich der Entwurf einer Entschliessung des Europäischen Parlaments zu der Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 29. Juni 2011, insb. Ziffer 10.

⁴⁶ Entschliessung vom 25. Oktober 2011, a.a.O. [Fn. 36], Ziffer 18.

⁴⁷ Meint: Eignungsprüfung («ability test»).

⁴⁸ Im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG.

⁴⁹ Vgl. dazu die Frage 83 im Rahmen der Grünbuchkonsultation und oben

(«how to buy»), die nicht durch Bestimmungen zur Frage, was eingekauft werden soll, zu ergänzen sind⁵⁰. Nicht näher eingegangen werden soll vorliegend auf das dritte zu verfolgende Ziel, welches – in gewisser Weise im Widerspruch zur tendenziellen Erhöhung der Komplexität durch die Integration von Nachhaltigkeitskriterien – Entbürokratisierung und Flexibilisierung fordert, wobei das Parlament auch den Mangel an Sachverstand und Wissen im Bereich der Auftragsvergabe beklagt, welchem durch (gerade für die nachhaltige Beschaffung bedeutsame) Professionalisierungsbemühungen entgegengewirkt werden soll⁵¹. Anschliessend wird als viertes Ziel die Verbesserung des Zugangs für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) definiert. Dass die Förderung von (regelmässig lokal agierenden) KMU auch eine welthandelsrechtliche Komponente hat, erhellt aus der nicht in die Entschliessung aufgenommenen Ziffer 39 des Entschliessungsentwurfs gemäss dem Bericht vom 5. Oktober 2011. Nach dieser hätte die Kommission aufgefordert werden sollen, die Aufnahme einer Klausel in das Government Procurement Agreement zu veranlassen, durch die die EU bei der Vergabe bestimmter öffentlicher Aufträge europäischen Erzeugern, insbesondere KMU, Vorrang einräumen darf, und zwar nach dem Muster von Klauseln, die bereits von anderen GPA-Vertragsstaaten zur Anwendung gebracht werden.

4. Eine Zusammenfassung des Gesagten anhand der neuen EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen

[Rz 11] Was dem Verfasser schwer fallen würde, nämlich aus all den beschriebenen Themen in wenigen Zeilen unter Ausblendung allfälliger Zielkonflikte die Summe zu ziehen, schafft die Kommission spielend in der Mitteilung vom 25. Oktober 2011 zu einer neuen EU-Strategie für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)⁵² mit folgendem Wortlaut: «Die Mitgliedstaaten und Behörden auf allen Ebenen werden dazu aufgefordert, alle Möglichkeiten des derzeitigen Rahmens für das öffentliche Auftragswesen voll auszuschöpfen. Ökologische und soziale Kriterien müssen vor allem so in das öffentliche Auftragswesen einbezogen werden, dass KMU nicht diskriminiert und zugleich die Bestimmungen des EU-Vertrages über Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz eingehalten werden. Die Kommission beabsichtigt, soziale und ökologische Erwägungen im Rahmen der

Überarbeitung der Vergaberichtlinien verstärkt in das öffentliche Auftragswesen einfliessen zu lassen, ohne dass dadurch zusätzlicher Verwaltungsaufwand für die Vergabebehörden entsteht und ohne den Grundsatz der Auftragsvergabe an den Bieter mit dem wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebot zu untergraben.»⁵³ Jedenfalls auch Teil des CSR-Konzepts ist dabei eine Wechselwirkung zwischen Standards in der öffentlichen Beschaffung und Reputationsrisiken für – namentlich grosse – Unternehmen. Oder anders gesagt: Im Zweifel ist davon auszugehen, dass diejenigen Beschaffungspraktiken, welche selbst nach der Beschaffungsstrategie vergaberechtspolitisch vorsichtiger Akteure aus dem Bereich der öffentlichen Hand nicht den Standards entsprechen, für private Unternehmen erhebliche Reputationsrisiken mit sich bringen⁵⁴.

III. Haben die neueren Entwicklungen auf europäischer Ebene Auswirkungen auf die Revision des schweizerischen Vergaberechts ?

1. Die Ausgangslage nach geltendem Bundesrecht

[Rz 12] Was die Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)⁵⁵ vom 18. November 2009⁵⁶ betrifft, ist zunächst in Bezug auf die Lehrlingsausbildung festzustellen, dass sich der Bundesrat faktisch geweigert hat, diesen vergabefremden Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Dies wird im Rahmen des Erläuternden Berichts zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. November 2009⁵⁷ denn auch klar gemacht, wenn es dort heisst, die «Berücksichtigung der Anzahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze» eigne sich «weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, da ansonsten leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien vermischt würden»⁵⁸. Art. 27 Abs. 3 VöB lautet dementsprechend wie folgt: Bei gleichwertigen Angeboten schweizerischer Anbieterinnen berücksichtigt die Auftraggeberin, inwieweit diese

Fn. 13.

⁵⁰ Entschliessung vom 25. Oktober 2011, a.a.O. [Fn. 36], Ziffer 25.

⁵¹ Entschliessung vom 25. Oktober 2011, a.a.O. [Fn. 36], Ziffer 35.

⁵² Mitteilung der Kommission vom 25. Oktober 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR; KOM(2011) 681 endgültig; im Folgenden: CSR-Mitteilung).

⁵³ CSR-Mitteilung, a.a.O. [Fn. 52], S. 13 Punkt 4.4.2 Öffentliches Auftragswesen.

⁵⁴ Marc Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – Der Stand der Dinge, in: Beschaffungsmanagement 10/2010, S. 20 f.

⁵⁵ Verordnung vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11).

⁵⁶ AS 2009 6149 ff., in Kraft getreten per 1. Januar 2010.

⁵⁷ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf> (im Folgenden: Erläuternder Bericht VöB).

⁵⁸ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB; vgl. auch zur Totalrevision BöB den Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 30. Mai 2008 (<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1606/Bericht.pdf>; im Folgenden: Erläuternder Bericht Totalrevision BöB), S. 55 zu Art. 39 Abs. 5 VE BöB.

Ausbildungsplätze anbieten. In der Lehre ist dazu treffend angemerkt worden, dass eine Evaluation, welche zum Schluss kommt, dass zwei Angebote völlig gleichwertig sind, «im Grunde gar nicht vorkommen» darf, denn wirklich gleichwertige Angebote gebe es höchstens bei der reinen Preisvergabe über Standardgüter. Eine «Pattsituation» nach Bewertung der Angebote aufgrund mehrerer Zuschlagskriterien im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BöB deute demgegenüber darauf hin, dass die Vergabestelle ein «untaugliches Bewertungssystem» zugrunde gelegt habe⁵⁹.

[Rz 13] Gemäss Art. 27 Abs. 2 VöB in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung können neben den im Gesetz genannten Zuschlagskriterien insbesondere auch die folgenden verwendet werden: Nachhaltigkeit, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik und die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten. Dazu zunächst einmal ein wichtiger Hinweis: Die Vergabestelle, welche «Nachhaltigkeit» als Zuschlagskriterium verwenden will, erläutert mit Vorteil, was damit im in Frage stehenden Zusammenhang gemeint ist, denn dieser Begriff ist tendenziell so unbestimmt wie derjenige des «wirtschaftlich günstigsten Angebots»⁶⁰. Beyeler hält zu dieser neuen Bestimmung fest, dass der Nutzen derselben fraglich sei⁶¹. Aus einer rein rechtlichen Perspektive ist diese Kritik berechtigt, weil der Katalog der Kriterien im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BöB ohnehin nicht abschliessend ist und eine Erweiterung des Katalogs der Zuschlagskriterien etwa mit Blick auf soziale Gesichtspunkte einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfte⁶². Rechtspolitisch betrachtet kann man die Lage auch anders beurteilen. Im Erläuternden Bericht zur VöB-Änderung heisst es denn auch im Sinne eines Bekenntnisses, der Bundesrat fördere die nachhaltige Beschaffung. Der Bund wolle Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen beschaffen, die über ihren gesamten Lebensweg betrachtet hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen genügen⁶³. Für einen operativen Beschaffer ist die Ausgangslage nicht dieselbe, wenn er weiss, dass es irgendwo eine Nachhaltigkeitsstrategie des Bundesrates gibt, im Vergleich zur Situation, dass in «seinem eigenen» Erlass – also der VöB – etwas zur Nachhaltigkeit steht. Das gilt erst recht, wenn man berücksichtigt,

dass die Beschaffungskommission des Bundes inzwischen unter dem Titel «Nachhaltige Beschaffung» Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes formuliert hat, mit welchen Hinweise gegeben werden, wie die Nachhaltigkeitsziele im Rahmen der öffentlichen Beschaffung umgesetzt werden können⁶⁴.

2. Die Lehrlingsausbildung als vorgezogenes Revisionsthema

[Rz 14] Derzeit beschäftigt sich die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates mit der parlamentarischen Initiative Ruedi Lustenberger mit dem Titel «Öffentliches Auftragswesen. Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium»⁶⁵. Diese hat folgenden Wortlaut:

«Es sind die nötigen Anpassungen im Gesetz vorzunehmen, damit bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Ausbildung von Lehrlingen durch eine Anbieterin positiv gewichtet wird. Beispielsweise könnte Artikel 21 Absatz 4 (neu) des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen folgendermassen lauten: «Die Ausbildung von Lehrlingen durch Anbieterinnen ist bei der Beurteilung der Angebote und der Arbeitsvergabe als Positivkriterium zu berücksichtigen.»»

[Rz 15] Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben hat gemäss Medienmitteilung vom 5. Juli 2011⁶⁶ Folgendes beschlossen:

«Der parlamentarischen Initiative Lustenberger. Öffentliches Beschaffungswesen. Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium (03.445) wurde bereits 2005 Folge gegeben. In den Jahren 2007 und 2009 wurde jeweils die Frist zur Behandlung verlängert, weil die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) hängig war. Nachdem das Projekt einer Totalrevision des BöB vorerst nicht weiterverfolgt wird, hat die WAK-N mit 19 zu 4 Stimmen entschieden, die Umsetzung der parlamentarischen Initiative in Angriff zu nehmen und hat die Verwaltung damit beauftragt, einen entsprechenden Vorentwurf auszuarbeiten.»

[Rz 16] Demnach soll in diesem Punkt die Totalrevision BöB nicht abgewartet werden; vielmehr wird eine vorgezogene Teilrevision des BöB anvisiert. Das in der Initiative Lustenberger formulierte Anliegen entspricht der Rechtslage in einigen Kantonen, welche das Zuschlagskriterium

⁵⁹ Martin Beyeler, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff., insb. S. 111 f.

⁶⁰ Vgl. dazu den Erläuternden Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 VöB: «Die Auftraggeberin legt die Kriterien klar und verständlich fest. Sie hat die Kriterien zu umschreiben oder mit Subkriterien zu konkretisieren, sofern diese für deren Überprüfbarkeit notwendig sind.»

⁶¹ Beyeler, a.a.O. [Fn. 59], S. 111

⁶² Marc Steiner, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB; im Folgenden: Arbeitspapier), 2. Fassung 2010, S. 16 f. und S. 34 f.

⁶³ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 VöB; vgl. zum Ganzen Steiner, Arbeitspapier, a.a.O. [Fn. 62], S. 34.

⁶⁴ Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes BKB für die Beschaffungsstellen des Bundes zu einer nachhaltigen Beschaffungspraxis (<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02632/index.html?lang=de>; im Folgenden: Empfehlungen).

⁶⁵ Einreichungsdatum: 20. Juni 2003; Curia Vista Geschäftsnummer 03.445 (im Folgenden: Parlamentarische Initiative Lustenberger).

⁶⁶ <http://www.parlament.ch/d/mm/2011/Seiten/mm-wak-n-2011-07-05.aspx>.

«Lehrlingsausbildung» gesetzlich verankert haben. Dabei wird immer betont, dass dieses Zuschlagskriterium – selbst soweit es gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage trotz vergabefremder Natur als rechtlich zulässig zu betrachten ist – nicht zu hoch gewichtet werden darf⁶⁷, um die Zielsetzung der Suche nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nicht zu konterkarieren⁶⁸. Das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt hat ausserdem mit Entscheid vom 15. Juni 2010 festgestellt, dass der Lehrlingsbegriff zu eng ist; aus Gründen der Gleichbehandlung seien auch andere Formen der «formation professionnelle» im Sinne des Berufsbildungsgesetzes zu berücksichtigen⁶⁹. In diesem Sinne hat auch der Verordnungsgeber in Bezug auf Art. 27 Abs. 3 VöB festgehalten, bei den Ausbildungsplätzen könnten (je nach Branche) neben Lehrlingen etwa auch Praktikanten- und Doktorandenplätze berücksichtigt werden⁷⁰. Ausserdem wird im Rahmen der Erläuterungen zur Verordnungsänderung darauf hingewiesen, dass der heute geltende Art. 27 Abs. 3 VöB nur auf in der Schweiz niedergelassene Anbieterinnen anwendbar ist. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass ausländische Anbieterinnen aus einem GPA-Mitgliedstaat oder aus anderen Staaten, mit denen die Schweiz ein internationales Abkommen abgeschlossen hat, diskriminiert würden. Die meisten dieser Staaten kennen keine mit dem schweizerischen Ausbildungswesen vergleichbare Berufsausbildung⁷¹.

3. Die Förderung von KMU als vorgezogenes Revisionsthema?

[Rz 17] Auch die Förderung von KMU im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens ist inzwischen ein politisches Thema. Einer der Ausgangspunkte der Debatte ist im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010, publiziert in BVGE 2010/58, zu sehen, mit welchem das Gericht festgehalten hat, die Regelung betreffend die Zulassung von Bietergemeinschaften sei nicht als KMU-Förderungsartikel zu verstehen (E. 6.2 und Publikationsregeste). Die Vergabestelle kann zwar Vergaben so gestalten, dass damit in gewissem Umfang KMU-Förderung betrieben wird, ist aber dazu vergaberechtlich nicht verpflichtet. Das Gericht hat dazu weiter ausgeführt, ein justiziabler

Rechtsanspruch, wie ihn die Beschwerdeführerinnen behaupten, würde ausserdem im Zweifel eine formell-gesetzliche Grundlage voraussetzen. Soweit zur Förderung von KMU von der Vergabestelle marktunübliches Verhalten verlangt würde, müsste wohl zugleich von einem sogenannten vergabefremden Gesichtspunkt gesprochen werden (a.a.O., E. 6.2). Zu diesem Thema stellt Nationalrätin Sylvia Flückiger-Bäni – wohl reagierend auf den bereits ähnlich lautenden Zwischenentscheid B-1470/2010 vom 24. März 2010 (E. 4.3) – mit Motion vom 8. Juni 2010 fest, die derzeitige Schweizer Praxis sei «von einer systematischen Diskriminierung der KMU geprägt»⁷². Der Bundesrat hält dazu mit Stellungnahme vom 25. August 2008 fest, die Stossrichtung der Motion entspreche bereits heute der verbreiteten Praxis der Auftraggeberinnen des Bundes. Daher erachte der Bundesrat eine Gesetzesrevision auf Bundesebene als nicht zielführend. Der Bundesrat beauftrage daher die Beschaffungskommission des Bundes, entsprechende Instrumente zu erarbeiten, wie beispielsweise ein Merkblatt mit Empfehlungen für die öffentlichen Auftraggeberinnen. Gleichwohl hat der Nationalrat die Motion am 19. September 2011 angenommen; sie ist nunmehr im Zweitrat hängig. Wahrscheinlich schwebt einigen Akteuren bereits eine Norm im Sinne des deutschen § 97 Abs. 3 GWB vor, wonach mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind. Je nachdem wie pointiert dieses Anliegen verfolgt wird, kann die Zielsetzung der wirtschaftlichen Vergabe ernsthaft strapaziert werden, womit eine genauso intensive politische Steuerung vorliegt wie bei anderen, traditionell nicht aus Gewerbekreisen vorgetragenen Anliegen. Es bleibt abzuwarten, wie sich dieses Thema entwickelt und ob diesbezüglich die Totalrevision des BöB abgewartet wird oder nicht.

4. ILO Core Labour Standards und Fair Trade-Gesichtspunkte

[Rz 18] Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB vergibt die Auftraggeberin den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieterinnen, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer gewährleisten. Diese Bestimmung wird nun durch Art. 7 Abs. 2 VöB in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung dahingehend ergänzt, dass die Anbieterin zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation zu gewährleisten hat, wenn die Leistung im Ausland erbracht wird. Die acht einschlägigen Übereinkommen namentlich betreffend die schlimmsten Formen der Kinder- und Zwangsarbeit werden im neuen Anhang 2a zur VöB aufgeführt. Bei dieser Neuregelung handelt es sich im Ergebnis auch um eine vorgezogene Teilrevision des BöB. Dies mit der Begründung, dass die im Rahmen der Totalrevision

⁶⁷ «...pour autant que sa pondération reste modeste, ...» (Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 15. Juni 2010, publiziert in Baurecht 2010, S. 221 [S 71]).

⁶⁸ Vgl. zum Ganzen grundlegend den Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3d f., sowie Steiner, Arbeitspapier, a.a.O. [Fn. 62], S. 17 ff. mit Hinweisen

⁶⁹ Baurecht 2010, S. 221 [S 71] mit zustimmender Anmerkung Jacques Dubey.

⁷⁰ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 21.

⁷¹ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 21 f. mit Hinweis auf die Antwort des Bundesrates auf die Motion Galladé vom 10. März 2004 (Curia Vista Geschäftsnummer 04.3061); vgl. dazu auch die Beurteilung des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen InöB vom 20. Februar 2005, S. 5 f. Punkt 3.3.

⁷² Curia Vista Geschäftsnummer 10.3382.

BöB vorgeschlagene Verankerung der Kernübereinkommen der IAO als Mindeststandards im Rahmen der Vernehmlassung auf einhellige Zustimmung gestossen ist⁷³. Tatsächlich sind zum in diesem Zusammenhang einschlägigen Art. 25 Abs. 3 VE BöB kaum kritische Rückmeldungen eingegangen. Besonders bemerkenswert ist die Stellungnahme des Branchenverbandes Swiss Textiles, wonach aus der Sicht des Wettbewerbers der Grundsatz der gleich langen Spiesse massgeblich sei⁷⁴. Das ist präzise die Zielsetzung von Art. 7 UWG, wonach unlauter insbesondere handelt, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind. Zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB passt nahtlos der nächste Schritt, nämlich die Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung. Hier wird insbesondere auf die tatsächliche Durchsetzung der IAO-Kernübereinkommen durch die ganze Liefer- bzw. Handelskette Wert gelegt, indem von der Anbieterin verlangt wird, auch Subunternehmer und Lieferanten entsprechend zu verpflichten⁷⁵. Die neue Vorgabe ist als Ausschlussgrund konzipiert. Hält eine Anbieterin die Anforderungen der Kernübereinkommen nicht ein, so kann sie die Auftraggeberin ausschliessen oder den Zuschlag widerrufen⁷⁶. Diese Rechtsfolge ist vielleicht für die Revision des europäischen Richtlinienvergaberechts interessant, weil dort die ILO Kernarbeitsnormen bisher im Rahmen der im Vergleich zum Ausschlussgrund weniger griffigen Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG abgehandelt werden⁷⁷. Dabei ist aus juristischer Sicht auch der Umstand nicht problematisch, dass die Vergabestelle, indem sie etwa Audits in Bangladesch veranlasst, auf die Herstellungsbedingungen im Ausland Einfluss nimmt, weil sie das nicht hoheitlich im Sinne der Regulierung von Produktion oder Handel, sondern in ihrer Rolle als Konsumentin tut. Die ILO Core Labour Standards sind ausserdem von ihrer Rechtsquellennatur her qualifiziertes Völkerrecht⁷⁸, womit nach der hier vertretenen Auffassung welthandelsrechtlich nicht argumentiert werden kann, es hafte ihnen der Geruch unzulässiger Diskriminierung an.

[Rz 19] Mit der Regelung betreffend die Kernarbeitsnormen als Mindeststandard ist das Thema Fair Trade für das schweizerische Recht de lege ferenda ebenso wenig erledigt wie für das europäische. Im Rahmen der Totalrevision BöB ist dazu im Erläuternden Bericht quasi – je nach politischer Optik – im Sinne eines diskreten Appetithäppchens oder im

Sinne der verpönten Bereitschaft zum ordnungspolitischen Sündenfall festgehalten worden, es stehe der Vergabestelle nach künftigem Vergaberecht grundsätzlich frei, von den Anbieterinnen auf vertraglicher Basis zu verlangen, dass sie weitere Anforderungen erfüllen müssen⁷⁹. Wenn damit wirklich das angedeutet werden sollte, was einige Vernehmlassungsadressaten interpretiert haben, nämlich dass damit vergabefremde Aspekte de lege ferenda nach dem Vorbild von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG im Rahmen einer separaten Kategorie ausserhalb von Ausschlussgründen, Einigungs- und Zuschlagskriterien – «auf vertraglicher Basis» – berücksichtigt werden können⁸⁰, dann gehört dieser Satz nicht in die Materialien, sondern aufgrund des anzuwendenden Konzepts des materiellen Gesetzesbegriffs ins künftige Beschaffungsgesetz selbst. Unabhängig davon, ob der faire Handel etwa nach Schweizer Art als moderat gewichtetes Zuschlagskriterium oder in europäischer Manier als Bedingung für die Auftragsausführung konzipiert wird, wird sich jedenfalls die Frage stellen, ob dieser Gesichtspunkt berücksichtigt werden soll⁸¹. Dies namentlich angesichts der Tatsache, dass bereits das geltende europäische Richtlinienvergaberecht, namentlich Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, in diesem Bereich mehr Möglichkeiten bietet als de lege lata das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen.

IV. Fazit: Auf dem Weg zu einem Gesamtkonzept zum Thema Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen?

[Rz 20] Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass die Aussage von Jean-Baptiste Zufferey und Jacques Dubey richtig ist, wonach die die Beschaffung beeinflussenden öffentlichen Interessen ein dynamisches Konzept sind und bleiben müssen, das sich mit der Gesellschaft entwickelt⁸². Wie auch immer die Berücksichtigung von Sekundärzielen rechtspolitisch zu beurteilen ist, so wird doch aufgrund der vorstehenden Ausführungen schnell klar, dass der Gesetzgeber nicht tranchenweise Spezialbestimmungen für Lehrlinge, wenig später eine Norm betreffend KMU-Förderung und dann wieder ein halbes Jahr später die Förderung des fairen Handels mit Hilfe des öffentlichen Beschaffungswesens diskutieren sollte. Vielmehr ist eine Gesamtsicht auf die Sekundärzwecke notwendig. Nur so lässt sich – ganz unabhängig von den rechtspolitischen Vorlieben der betroffenen Akteure – ein tragfähiges Konzept für das Vergaberecht der

⁷³ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 7.

⁷⁴ Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB) – Zusammenfassung der Stellungnahmen vom 5. August 2009, S. 155.

⁷⁵ Empfehlungen, a.a.O. [Fn. 64], Punkt 2.1.2 Miteinbezug der Subunternehmer und Untertierlieferanten.

⁷⁶ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 57], S. 7.

⁷⁷ Siehe oben Punkt II/1 zum Grünbuch der Kommission.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen Steiner, Arbeitspapier, a.a.O. [Fn. 62], S. 27 ff.

⁷⁹ Erläuternder Bericht Totalrevision BöB, a.a.O. [Fn. 58], S. 44.

⁸⁰ Zusammenfassung der Stellungnahmen vom 5. August 2009, a.a.O. [Fn. 74], S. 155.

⁸¹ Vgl. dazu etwa die Anfrage Bastien Girod vom 19. März 2009 (Curia Vista Geschäftsnummer 09.1032).

⁸² Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey, Ergänzungsstudie zum Vergaberecht des Bundes und der Kantone betreffend die sogenannten vergabefremden Kriterien, Fribourg 2004, S. 18.

Zukunft entwickeln. Ein Gesetzgebungsprojekt muss sich demnach richtigerweise – beispielsweise bezogen auf die parlamentarische Initiative Ruedi Lustenberger – nicht nur zur Frage äussern, ob der Gesichtspunkt «Lehrlingsausbildung» berücksichtigt werden sollte und wenn ja in Form welcher vergaberechtlichen Kategorie. Vielmehr müssten die verschiedenen strategischen Ziele auch von ihrer Bedeutung her gegeneinander abgewogen und gegebenenfalls priorisiert werden. Schliesslich gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Implementierung der erfreulicherweise ausser Streit gestellten Standards der nachhaltigen Beschaffung gemäss den zitierten Nachhaltigkeitsempfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes (umweltfreundliche Beschaffung, ILO Core Labour Standards) durch Statistik, Monitoring, Reporting und produktkategorie-spezifische Empfehlungen⁸³ mindestens so wichtig ist wie die Erweiterung des Katalogs zu berücksichtigender Gesichtspunkte. Dafür spricht auch der «Masterplan Cleantech», wenn es dort heisst, es werde in 9 Stellungnahmen die Massnahme des Bundes begrüsst, im öffentlichen Beschaffungswesen von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, innovative und ressourcenschonende Technologien zu fördern⁸⁴. So ist die umweltfreundliche Beschaffung nicht nur in vielen Formen ganz unbestrittenermassen rechtlich zulässig, soweit sie überhaupt aufgrund des oft gegebenen Leistungsbezugs als vergabefremd gelten kann⁸⁵. Die Ausnahme, welche sich ergibt, wenn das ökologische Mäntelchen der Tarnung von Protektionismus dient, bestätigt die Regel. Vielmehr ist Green Public Procurement – in Europa wie in der Schweiz – dank der Schlüsselbegriffe «Cleantech» und «Innovation» ganz vorne auf der politischen Agenda. Man darf insbesondere gespannt sein, ob sich der Gesetzgeber bei der Überarbeitung der für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Regeln rechtsvergleichender Argumente bedient. So oder anders ist die skizzierte Entwicklung auch rechtsdogmatisch bedeutsam, was wiederum zur Folge haben muss, dass sich die Fachwelt ein Bild macht, wohin die Reise gehen könnte. Wenn dieser Text, dessen Halbwertszeit aufgrund der rasanten Entwicklung⁸⁶ namentlich auf europäischer Ebene⁸⁷ begrenzt sein wird, dazu einen Beitrag leisten kann, ist dessen Zielsetzung erreicht.

⁸³ Vgl. dazu als Beispiel die inzwischen nicht mehr ganz aktuellen BKB/KBOB-Empfehlungen zur Beschaffung von zertifiziertem Holz (<http://www.bbl.admin.ch/kbob/00457/00460/index.html?lang=de>).

⁸⁴ Masterplan Cleantech – Eine Strategie des Bundes für Ressourceneffizienz und erneuerbare Energien (Stand: September 2011; www.cleantech.admin.ch), insb. S. 83 und S. 84.

⁸⁵ Marc Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes, 2006.

⁸⁶ Vgl. dazu etwa den NZZ-Artikel «WTO-Einigung im öffentlichen Beschaffungswesen» vom 16. Dezember 2011.

⁸⁷ Vgl. etwa die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 15. Dezember 2011 in der Rechtssache C-368/2010 Europäische Kommission gegen Königreich der Niederlande und die Vorschläge der Kommission für die zu revidierenden Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vom 20.

Marc Steiner ist Richter am Bundesverwaltungsgericht und als Mitglied der Abteilung II insbesondere mit Wirtschaftsverwaltungsrecht befasst; er äussert seine persönliche Meinung.

Besonderer Dank gebührt Gerichtsschreiberin RA MLaw Laura Melusine Baudenbacher für die kritische Durchsicht.

* * *