

Marc Steiner
lic. iur., Rechtsanwalt,
Melchenbühlweg 137A, 3006 Bern

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Vergaberechtliches Arbeitspapier,
dritte, aktualisierte Fassung,

erstellt im Auftrag der
Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung
Schweiz (IGÖB)

Bern, im Mai 2015

Inhaltsübersicht

A. Abkürzungen	4
B. Literatur	6
C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente	14
I. Einleitung	17
1. Umschreibung des Auftrags	17
2. Ausgangslage	18
2.1 Das Beschaffungsrecht als Wirtschaftsverwaltungsrecht	18
2.2 Die Nachhaltigkeit der Beschaffung als langfristiger Trend	20
II. Die Ziele des Vergaberechts	23
1. Die klassischen bzw. traditionellen Ziele des Vergaberechts	23
2. Nachhaltigkeit als Zweck des Vergaberechts?	24
III. Der Klassiker: Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Rahmen der Offertbewertung	27
1. Ist im Kriterium "Lehrlingsausbildung" ein vergabefremder Aspekt zu sehen?	27
2. Ist es zulässig, die Lehrlingsausbildung im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu berücksichtigen?	29
3. Sind aus dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Vorgaben in Bezug auf die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung abzuleiten?	31
IV. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen	33
1. Einleitung	33

2.	Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?	34
3.	Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA	35
3.1	Art. VI GPA: Technische Spezifikationen	35
3.2	Art. VIII GPA: Die Qualifikation der Anbieter	37
3.2.1	Der Eignungsbegriff des GPA	37
3.2.2	Die Zulässigkeit vergabefremder Anforderungen an die Anbieter	38
3.3	Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung	40
V.	Die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen, insb. der ILO-Kernübereinkommen, als Ausschlussgrund	42
1.	Die Arbeitsbedingungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB	42
2.	Die Herstellung von Produkten im Ausland und die Entsendung von Arbeitnehmern	43
3.	Die ILO-Kernübereinkommen als Mindestvorgabe im Bereich der Arbeitsbedingungen für im Ausland hergestellte Produkte	44
4.	Die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund nach dem geltenden Beschaffungsrecht des Bundes	46
5.	Die ILO-Kernarbeitsnormen de lege ferenda und "living wages"	49
VI.	Gleichstellungsstandards im Rahmen des Beschaffungsrechts	51
VII.	Vergabefremde Aspekte de lege lata und de lege ferenda / Berücksichtigung von sozialen Kriterien, insb. "Fair-Trade"-Standards, im Rahmen der Offertbewertung	53

1. Die Ausgangslage	53
2. Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach dem geltenden Vergaberecht des Bundes	53
3. Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach geltendem interkantonaalem bzw. kantonalem Vergaberecht	55
4. Soziale Gesichtspunkte und insbesondere "Fair-Trade"-Aspekte de lege ferenda	57
VIII. Ergebnis	59

A. Abkürzungen

ABI.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 31. Dezember 2002 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGSA	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41)
BKB	Beschaffungskommission des Bundes
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1; vgl. zur laufenden Revision auch VE-BöB)
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CMLR	Common Market Law Review

E-IVöB	Entwurf für eine neue Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. September 2014 (mit erläuterndem Bericht)
ELR	European Law Reporter
EP	Europäisches Parlament
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GATT-Botschaft 2	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV 950 ff.
GPA (1994)	Government Procurement Agreement vom 15. April 1994 = WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422)
GPA 2012	Revidiertes Government Procurement in der Fassung vom 30. März 2012 (https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm , zuletzt besucht am 13. April 2015)
GWB	(Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des am 19. Dezember 2008 beschlossenen Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Bundesgesetzblatt 2009 I S. 790 ff.)
ILO	International Labour Organisation
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 in der revidierten Fassung vom 15. März 2001 (AS 2003, 196; aus der SR entfernt); vgl. zur laufenden Revision E-IVöB
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
PPLR	Public Procurement Law Review
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
ÜoeB	siehe unter GPA
VöB	Verordnung des Bundesrates vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VE	Vorentwurf
VE-BöB	Entwurf vom 1. April 2015 für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (mit erläuterndem Bericht)
VergabeR	Vergaberecht, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden

VRöB	Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (2. Mai 2002)
WTO	World Trade Organisation
ZBI	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

B. Literatur

ADDO KOFI, ILO Core Labour Standards and International Trade, Berlin 2015

ARROWSMITH SUE, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, 3. Auflage, London 2014

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

ARROWSMITH SUE/ANDERSON ROBERT (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011

ARROWSMITH SUE/KUNZLIK PETER (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009

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

BECKMANN MARTIN, Sekundärzwecke/Beschaffungsfremde Kriterien, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 423 ff.

BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012

BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff.

BEYELER MARTIN, Kaffee: Bio und Fair Trade, in: Baurecht 2012, S. 262 ff.

- BEYELER MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004
- BEYELER MARTIN, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008
- BIAGGINI GIOVANNI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (zitiert als: Abkommen), in: Thürer et alii (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Ein Handbuch, Zürich 2007, S. 651 ff.
- BRACKMANN ROSWITHA, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepaxis, in: Vergaberecht 2014, S. 310 ff.
- BRUPBACHER STEFAN, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation – Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Bern 2002
- BURGI MARTIN, Die Förderung sozialer und technischer Innovation durch das Vergaberecht, in: NZBau 2011, S. 577 ff.
- CARANTA ROBERTO, The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works, in: CMRL 2015, S. 391 ff.
- CARANTA ROBERTO/TRYBUS MARTIN (Hrsg.), The Law of Green and Social Procurement in Europe, Kopenhagen 2010
- CHATTON GREGOR T., Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO, Genf/Zürich/Basel 2005
- CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 5 LMI, in: Tercier/ Bovet (Hrsg.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2. Auflage, Genf/Basel/München 2013, S. 1929 ff.
- CONRAD CHRISTIANE R., Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law – Interfacing Trade and Social Goals, Cambridge 2011
- CORVAGLIA MARIA ANNA, Towards Coherence in the International Architecture of Public Procurement: The Labour Policy Dimension, Zürich 2013

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

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

EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008

FETZ MARCO, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 477 ff.

GABRIEL MARC/KROHN WOLFGANG/NEUN ANDREAS (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, München 2014

GAEDTKE JENS-CHRISTIAN, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, Berlin 2006

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

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

GEHNE KATJA, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, Tübingen 2011

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

HETTICH LARS/SOUDRY DANIEL (Hrsg.), Das neue Vergaberecht, Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, Köln 2014

HILF MEINRAD/OETER STEFAN, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welt Handels, 2. Auflage, Baden-Baden 2010

- HÜBNER ALEXANDER, Öffentliche Lieferaufträge über fair gehandelte und Bio-Produkte, in: VergabeR 2012, S. 545 ff.
- JASPER UTE/MARX CHRISTOPHER, "Buy Green – Buy Social": Paradigmenwechsel im Vergaberecht, in: Priess/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; München 2013, S. 329 ff.
- KAHL WOLFGANG (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008
- KAUFMANN CHRISTINE, Globalisation and Labour Rights, Oxford 2007
- KOTSONIS TOTIS: Commission v Netherlands (C-368/10): Environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure, in: PPLR 2012, S. NA234 ff.
- KRÄMER MARTIN, Nachhaltige Beschaffung in der Praxis, in: Jahrbuch forum vergabe 2013, S. 183 ff.
- KRESSNER LARS, Die Auftragsperre im Vergaberecht, Köln 2006
- KUNNERT GERHARD, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998
- KUNZLIK PETER, From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement, in: PPLR 2012, S. 97 ff.
- KUNZLIK PETER, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (ed.), The Environmental Performance of Public Procurement, Paris 2003, S. 157 ff.
- KUS ALEXANDER, Losvergabe und Ausführungskriterien, in: NZBau 2009, S. 21 ff.
- LANTER MARKUS, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, in: ZBI 2013, S. 599 ff.
- LEPORI TAVOLI LUISA, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Bern 2009

LICHÈRE FANÇOIS/CARANTA ROBERTO/TREUMER STEEN (Hrsg.), Modernising Public Procurement – The New Directive, Kopenhagen 2014

LUTZ DANIELA, Art. 32 und 39 f. VE-BöB: Zuschlagskriterien und ihre Auswertung, in: Baurecht 2008, S. 194

MAHAIM RAPHAËL, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Zürich 2014

MARTENS MARC/DE MARGERIE STANISLAS, The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement, in: EPPPL 2013, S. 8 ff.

MCCRUDDEN CHRISTOPHER, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change, Oxford 2007

MOSTERS JOHANNES, Ethische Beschaffung, Frankfurt am Main 2010

MÜLLER-WREDE MALTE, Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ's "Max Havelaar" Judgment, in: EPPPL 2012, S. 110 ff.

MURER ERWIN, "What universalism is to the West is imperialism to the rest" : Zum wenig erfolgreichen Kampf der ILO gegen die schlimmsten Formen der Kinderarbeit, in: Mensch und Staat - Festgabe für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, S. 413 ff.

ODENDAHL KERSTIN, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 2004, S. 647 ff.

ÖLCÜM IPEK, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, Berlin 2009

ORBIE JAN/TORTELL LISA (Hrsg.), The European Union and the Social Dimension of Globalization, London/New York 2009

PAKLEPPA FELIX, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der öffentlichen Auftragsvergabe, in: Hans-Joachim Priess/Niels Lau/Rüdiger Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; München 2013, S. 545 ff.

PANIZZON MARION/ARNOLD LUCA/COTTIER THOMAS, Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven, in: URP 2010, S. 199 ff.

POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Bern 2014

POLTIER ETIENNE/CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 9 LMI, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2. Auflage, Genf/Basel/München 2013, S. 2080 ff.

PRIESS HANS-JOACHIM, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, S. 621 ff.

PRIESS HANS-JOACHIM/PITSCHAS CHRISTIAN, Secondary Policy Criteria and their Compatibility with E.C. and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration, in: PPLR 2000, S. 171 ff.

PÜNDER HERMANN, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 71 ff.

PÜNDER HERMANN/SHELLENBERG MARTIN (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2015

SEMPLE ABBY, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford 2015

STEINER MARC, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max-Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung, in: ELR 2012, S. 130 ff.

STEINER MARC, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?. in: EPPPL 2013, S. 73 ff.

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven (zitiert als: Nachhaltige öffentliche Beschaffung 2014), in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff.

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen (zitiert als: Nachhaltige Beschaffung 2004), in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff.

STEINER MARC, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, in: Jusletter vom 16. Januar 2012 (= ELR 2011, S. 380 ff.; zitiert als: Sekundärziele)

STEINER MARC, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (zitiert als: Studie), 2006

STÖCKLI HUBERT, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Auflage, Zürich 2014

SUMMA HERMANN, Quo vadis, Vergaberecht? Vom Haushaltsrecht zur Sozialpolitik, in: Priess/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; München 2013, S. 763 ff.

TOSONI LUCA, The Impact of the Revised WTO Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective, in: EPPPL 2013, S. 41 ff.

TREPTE PETER, The Agreement on Government Procurement, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Band I, New York 2005, S. 1123 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1019 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, S. 229 ff.

TRÜEB HANS RUDOLF, Umweltrecht in der WTO – Staatliche Regulierungen im Kontext des internationalen Handelsrechts, Zürich 2001

TRYBUS MARTIN/CARANTA ROBERTO/EDELSTAM GUNILLA (Hrsg.), EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond, Brüssel 2014

- VAN DEN EIKEL ANDREAS, Die zulässige Implementierung "vergabefremder" Kriterien im europäischen Vergaberecht, Hamburg 2006
- WAGNER ALICE, Bahn frei für soziale Auftragsvergabe?, in: *juridicum* 2012, S. 428 ff.
- WAGNER VOLKER/PFOHL BENJAMIN QUIRIN, Vergabefremde Aspekte in den Landesvergabegesetzen – ein Überblick, in: *VergabeR* 2015, S. 389 ff.
- WIEDMANN ARIANE, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007
- WIEDNER KLAUS/SPIEGEL NICO, Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste Generation, in: Priess/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), *Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung*, Festschrift für Fridhelm Marx; München 2013, S. 819 ff.
- WYLER RÉMY, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht* 2008, Zürich 2008, S. 247 ff.
- ZIEKOW JAN, *Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen*, 4. Fassung, Bonn 2013
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/MAILLARD CORINNE/MICHEL NICOLAS, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons*, Fribourg 2003
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, *Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, Sogenannt "vergabefremde" Kriterien (zitiert als: Ergänzungsstudie)*, Fribourg 2004

C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente

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

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

Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008-2011, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 16. April 2008

Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 25. Januar 2012

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), Vorentwurf vom 30. Mai 2008

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (zitiert als: Erläuternder Bericht VE BöB 2008)

Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB 2008), Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 18. November 2009

Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 18. November 2009

Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung vom 8. Juli 2010, Stand Juni 2014 (zitiert als: Empfehlungen der Beschaffungskommission; <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/nachhaltige-beschaffung.html>, zuletzt besucht am 13. April 2015)

Entwurf für eine neue Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. September 2014 (mit erläuterndem Bericht)

Entwurf vom 1. April 2015 für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (mit erläuterndem Bericht)

Interpretierende Mitteilung der EU-Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4. Juli 2001 (KOM [2001] 274 endg.)

Interpretierende Mitteilung der EU-Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. Oktober 2001 (KOM [2001] 566 endg.)

Mitteilung der EU-Kommission "Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen" vom 16. Juli 2008 (KOM [2008] 400 endg.)

Mitteilung der EU-Kommission "Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung: Die Rolle des Fairen Handels und handelsbezogener nichtstaatlicher Nachhaltigkeitskonzepte" vom 5. Mai 2009 (KOM [2009] 215 endg.)

Mitteilung der EU-Kommission "EUROPA 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum" vom 3. März 2010 (KOM [2010] 2020 endg.)

Bericht des EP-Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen vom 10. Mai 2010 (A7-0151/2010; vgl. auch die entsprechende Entschliessung des EP vom 18. Mai 2010)

Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden (der EU-Kommission) für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Oktober 2010 (aufbauend auf SEC [2010] 1258 final)

Grünbuch (der EU-Kommission) über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27. Januar 2011 (KOM [2011] 15 endg.)

Mitteilung der Kommission "Binnenmarktakte" vom 13. April 2011 (KOM [2011] 206 endg.)

Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch (der EU-Kommission) für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2. Auflage, 25. Oktober 2011

Mitteilung der Kommission "Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)" vom 25. Oktober 2011 (KOM [2011] 681 endg.)

Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zu der Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (P7_TA (2011) 0454; ABl. C 131 E vom 8. Mai 2013, S. 25 ff.)

Vorschlag (der EU-Kommission) für Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20. Dezember 2011 (KOM [2011] 896 endg.)

Report of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection (Rapporteur: Marc Tarabella) on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (A7-0007/2013; 11 January 2013)

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 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.)

International Labour Office, Labour clauses in public contracts, Geneva 2008

International Labour Office, Marking progress against child labour – Global estimates and trends 2000-2012, Geneva 2013

International Labour Office, Regional Trade Agreements and domestic labour market regulation, Employment Working Paper No. 120, Geneva 2012

International Labour Office, Trade and Employment: From Myths to Facts, Geneva 2011

I. Einleitung

1. Umschreibung des Auftrags

Die Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) hat sich im Jahre 2009 zum Ziel gesetzt, sich vermehrt mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu beschäftigen. Angesichts der Optionen ausführliches Gutachten und Arbeitspapier hat sich die IGÖB für das Letztere entschieden mit zwei Zielsetzungen: Einerseits soll das Arbeitspapier im Rahmen der Anwendung des geltenden Rechts einen Beitrag leisten zur Erhöhung der Orientierungssicherheit für die Beschaffenden. Andererseits sollen aus dem Papier Anregungen gewonnen werden können mit Blick auf die laufende Revision des Beschaffungsrechts. In diesem Sinne sind für die vorliegende überarbeitete Fassung namentlich das revidierte WTO Government Procurement Agreement (GPA), die neuen EU-Vergaberichtlinien (insbesondere die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014) sowie die Entwürfe für eine neue Interkantonale Vereinbarung (IVöB) vom 18. September 2014 und ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. April 2015 zu berücksichtigen. Der Fokus liegt dabei auf der Frage nach der Zulässigkeit der Beeinflussung von Arbeitsbedingungen insbesondere ausserhalb des EU/EFTA-Raumes. Diese rechtliche Analyse drängt sich umso mehr auf, als den Entscheidungsträgern im Rahmen der – schliesslich zugunsten des derzeit laufenden Reformprojekts gestoppten – Totalrevision des Beschaffungsrechts unter dem Leitbegriff "Klären" schwerpunktmässig "der Fragenkomplex rund um die *Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen vorgelegt*" werden sollte¹.

Das vorliegende Papier hat ausschliesslich rechtsdogmatische Aspekte der Beschaffung unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte als Teilgehalt der nachhaltigen Beschaffung zum Gegenstand². Rechtspolitische Fragen interessieren nur soweit, als rechtsdogmatische Argumente zu deren Beantwortung herangezogen werden können. Nicht Gegenstand dieser Kurzanalyse sind die Rechtsfragen, welche sich im Rahmen der umwelt-

¹ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (im Folgenden: Erläuternder Bericht VE BöB 2008), S. 15, Punkt 2.2 [vgl. zum Erläuternden Bericht VE BöB vom 1. April 2015 Fn. 38]

² Der als Richter am Bundesverwaltungsgericht tätige Verfasser äussert ausschliesslich seine persönliche Auffassung. Frau lic.iur. Elisabeth Lang, Rechtsanwältin, Brugg, und Herrn Dr.iur. Markus Lanter, Zürich, gebührt herzlicher Dank für die kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise.

freundlichen Beschaffung stellen³. Unter dem Oberbegriff "Soziale Aspekte" werden in einem umfassenden Sinne⁴ auftragsgemäss die Themen Mindeststandards im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau, Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen, Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung und soziale Standards für die Produktion im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen behandelt. Als Arbeitsbedingungsstandards in diesem Sinne gelten auch Vorgaben zum "living wage"⁵. Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist dabei in der Regel das Beschaffungsrecht des Bundes. Indessen lassen sich die Erkenntnisse weitgehend auf das interkantonale bzw. kantonale Recht übertragen.

2. Ausgangslage

2.1 Das Beschaffungsrecht als Wirtschaftsverwaltungsrecht

Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA)⁶ wie auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)⁷, mit welchem die Eidgenossenschaft das GPA umgesetzt hat, haben zum Zweck, den Gedanken des Wettbewerbs und der Liberalisierung zum Durchbruch zu verhelfen. Das BöB ist seiner Zielsetzung nach neben der Kartellrechtsrevision ein wichtiges Element des nach der EWR-Abstimmung vom 6. Dezember 1992

³ Vgl. dazu etwa Beyeler, Kaffee: Bio und Fair Trade (im Folgenden: Kaffee), in: Baurecht 2012, S. 262 ff., und Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006 (im Folgenden: Studie), aufbauend namentlich auf den einschlägigen Publikationen von Hauser. Der neueste Stand wird zusammengefasst bei Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven (im Folgenden: Nachhaltige Beschaffung 2014), in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.) Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff.

⁴ Nach Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen (im Folgenden: Faires Beschaffungswesen), Gutachten, 4. Fassung, Bonn 2013, S. 12, sind soziale Aspekte "all jene Gesichtspunkte, die die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen sichern oder verbessern sollen".

⁵ Dieser soll in Ländern, die den gesetzlichen Minimallohn mit Blick auf die Wettbewerbsfähigkeit des Arbeitsplatzes oder einzelner Sektoren kompetitiv tief ansetzen, als Korrektiv wirken; vgl. dazu ausführlich das Kapitel V/5 hiernach.

⁶ Übereinkommen vom 15. April 1994, SR 0.632.231.422, ein "wichtiger Schritt zur Liberalisierung des internationalen Handels" (Botschaft zu den für die Ratifizierung der der GATT7WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2] vom 19. September 1994; BBl 1994 IV 950 ff., insb. S. 1149

⁷ Gesetz vom 16. Dezember 1994, SR 170.056.1; auf kantonaler Ebene erfolgt die Umsetzung durch die (am 15. März 2001 revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

lancierten „Prozess[es] der marktwirtschaftlichen Erneuerung“⁸. In diesem Zusammenhang ist auch ein Briefwechsel mit der Kommission aus dem Jahre 1994 zu erwähnen, der schliesslich zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁹ geführt hat. Auf kantonaler Ebene verfolgt das Binnenmarktgesetz (BGBM)¹⁰, insbesondere in Art. 5 und Art. 9 BGBM, unter anderem dasselbe Ziel. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB will der Bund mit dem Beschaffungsrecht des Bundes den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Die Optimierung des Beschaffungsvorgangs im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bedeutet zugleich, dass das Beschaffungswesen der Fremdbestimmung durch politische Ziele entzogen werden soll¹¹; „government by procurement“ erscheint aus dieser Sicht unerwünscht¹². Diese juristische Argumentation baut auf These auf, wonach die Verfolgung derartiger Ziele mittels anderer staatlicher Handlungsinstrumente und nicht im Rahmen des öffentlichen Einkaufs erfolgen soll¹³. Um die Versuche politischer Determination des Beschaffungswesens zu beschreiben wird unter Beschaffungsjuristinnen und -juristen der Begriff „Berücksichtigung vergabefremder Aspekte“ verwendet¹⁴. Diese bergen eine gewisse Miss-

⁸ Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff., insb. S. 826 f. und S. 829 f.; Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (im Folgenden: Abkommen), in: Thürer et alii (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EG, Ein Handbuch, Zürich 2007, S. 651 ff., S. 688; vgl. auch den Schlussbericht der parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle "Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht" zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 14. März 2002 (im Folgenden: Liberalisierungsbericht), Punkt 1.2 S. 1

⁹ Abkommen vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.172.056.1); vgl. zum Ganzen Biaggini, a.a.O. [Fn. 8], S. 653 f. mit Hinweisen; dieses teilt nach dem Konzept der Bilateralen I das rechtliche Schicksal des Abkommens zur Personenfreizügigkeit.

¹⁰ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR 943.02

¹¹ Priess, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, S. 621 ff., insb. S. 648; vgl. auch Grolimund, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen (im Folgenden: Ökologische Aspekte), ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004, S. 17; vgl. zum "purity principle" im Rahmen des WTO-Vergaberechts das Kapitel IV/2 hiernach

¹² Vgl. zur Tradition des „government by procurement“ etwa Biaggini, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht, Zürich 2003, S. 11 f.

¹³ Brunetti, Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Nueve tendenze negli appalti pubblici in Italia, in Svizzera e nell'unione europea, Milano 2002, S. 61 ff.; vgl. zu einem vergleichbaren Ansatz in Bezug auf das Wettbewerbsrecht Hettich, Wirksamer Wettbewerb, Bern 2003, S. 415. Soweit ökologische Anforderungen als Produkteigenschaften definiert werden können, ist dieser Ansatz auf jeden Fall überholt (Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 150 f.). In Bezug auf das Lehrlingswesen soll nach dem neuen Art. 21 Abs. 1 BöB mit Hilfe des öffentlichen Einkaufs ein gesamtgesellschaftliches Problem gelöst werden, was nach dieser Logik abzulehnen wäre. Die Berücksichtigung von fair trade-Gesichtspunkten und ILO-Kernarbeitsnormen erlaubt es demgegenüber der öffentlichen Hand (vergleichbar dem privaten Konsumenten), im Sinne flankierender Massnahmen ein Problem zu lösen, für das sie durch die globalisierte Nachfrage mitverantwortlich ist.

¹⁴ Vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, S. 307 Rz. 1298, und zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 16 f. Zufferey/Dubey schlagen in ihrer Ergänzungsstudie zum Vergabe-

brauchsgefahr¹⁵ und sind besonders dann verpönt, wenn sie zum protektionistischen Instrument werden, indem sie der Bevorzugung inländischer bzw. ortsansässiger Anbieter dienen sollen. Die Rechtsprechung nennt namentlich regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen¹⁶. Entsprechend hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Rahmen der Erörterung der Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung vorab festgehalten, dieses bilde jedenfalls keine Grundlage für eine Bevorzugung lokaler Anbieter¹⁷.

2.2 Die Nachhaltigkeit der Beschaffung als langfristiger Trend

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BV¹⁸ hat die Schweizerische Eidgenossenschaft unter anderem zum Zweck, die gemeinsame Wohlfahrt und die nachhaltige Entwicklung zu fördern. Der Begriff der Nachhaltigkeit wird hier im umfassenden Sinne, das heisst in seiner ökonomischen, sozialen und ökologischen Dimension verwendet¹⁹. Neben das dargestellte Konzept des Vergaberechts ist deshalb die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates getreten, mit welcher sich die Landesregierung das Ziel gesetzt hat, Rahmenbedingungen zu schaffen, die gewährleisten, dass die Beschaffungspraxis insbesondere der Bundesverwaltung auch soziale Aspekte berücksichtigt²⁰. Ausserdem will der Bund selbst bei seinem Konsumverhalten eine Vorbildfunktion einnehmen, indem er im Rahmen seiner Beschaffungstätigkeit Produkte nachfragt und Bauwerke realisiert, die wirt-

recht des Bundes und der Kantone betreffend die sogenannten vergabefremden Kriterien (im Folgenden: Ergänzungsstudie) vor, den Begriff "fremde Kriterien" nur für Aspekte zu verwenden, deren Berücksichtigung nicht zulässig sein soll (a.a.O., S. 19; vgl. zum Ganzen auch das Kapitel III/1 hiernach).

¹⁵ Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4; Trüb, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1019 ff., insb. S. 1025 f.

¹⁶ Vgl. etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. Mai 1999, in: Baurecht 2/2002, S. 57 S11 mit zustimmender Anmerkung Esseiva, der insbesondere auf die Prozentklauseln hinweist, mit welchen lokale Anbieter bisher regelmässig begünstigt worden sind. Derartige Prozentklauseln sind insbesondere nicht GPA-konform (vgl. Liberalisierungsbericht, a.a.O. [Fn. 8], Punkt 2.2 S. 7).

¹⁷ Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, E. 3a mit Hinweis auf BEZ 1999 Nr. 37 E. 5

¹⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101

¹⁹ Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: AJP 1999, S. 698 ff., S. 704; vgl. zum Nachhaltigkeitskonzept aus rechtlicher Sicht neuerdings ausführlich Mahaim, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Zürich 2014, S. 49 ff. Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, ob mit dieser Neuausrichtung des Staatszielkatalogs nicht mehr getan worden ist als "Nachführung" (Steiner, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?. in: EPPPL 2013, S. 75 mit Hinweisen).

²⁰ Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 27. März 2002, S. 17; vgl. dazu auch die Empfehlungen "Nachhaltige Beschaffung – Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes" der Beschaffungskommission (bzw. heute der Geschäftsstelle Beschaffungskonferenz des Bundes BKB) vom 8. Juli 2010 (Stand Juni 2014; im Folgenden: Nachhaltigkeitsempfehlungen), S. 4

schaftlich, umweltschonend und gesundheitsverträglich sind und die sozial verantwortungsvoll produziert werden²¹. Die soziale Dimension der Nachhaltigkeit ist im Rahmen der VöB-Revision vom 18. November 2009 wesentlich verstärkt worden, indem die ILO-Kernarbeitsnormen auf Bundesebene als vergaberechtlich durchsetzbarer Mindeststandard bzw. Ausschlussgrund definiert worden sind²² und im Rahmen der Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung betont wird, dass diese Standards durch die ganze Lieferkette zu beachten sind²³. Die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates geht dabei im Grundsatz davon aus, dass sich die im Beschaffungsrecht zu konkretisierenden wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Zielsetzungen in Einklang bringen lassen²⁴. Indessen darf die Berücksichtigung sozialer Anliegen nicht dazu führen, dass das Ziel der Wirtschaftlichkeit aus den Augen verloren wird²⁵. Derzeit ist in gewissem Masse eine Gegenbewegung zum rein wirtschaftsliberalen Ansatz der 90er Jahre festzustellen. Deutlichstes Beispiel sind die EU-Richtlinien zum Vergaberecht aus dem Jahre 2014, die derzeit in nationales Recht umgesetzt werden²⁶. Bereits aufbauend auf die Vergaberichtlinien 2004²⁷ hat sich die EU-Kommission für die umweltfreundliche Beschaffung eingesetzt, weil dadurch der Markteinstieg möglichst umweltschonender Produkte und Dienstleistungen gefördert wird. Das führt nach dem Konzept der Kom-

²¹ Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008-2011, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 16. April 2008, S. 21 f., bekräftigt in der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015, S. 32 f. unter besonderem Hinweis auf den Masterplan Cleantech; vgl. zum Nachhaltigkeitsmonitoring für das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes Art. 8 der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung vom 24. Oktober 2012 (Org-VöB; SR 172.056.12)

²² Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995 in der seit dem 1. Januar 2010 geltenden Fassung, SR 172.056.11; vgl. zur Änderung vom 18. November 2009 AS 2009 6149 nebst dem erläuternden Bericht vom 1. Januar 2010 (<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=30179>, zuletzt besucht am 19. April 2015; im Folgenden; Erläuternder Bericht VöB). Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem Art. 7 Abs. 2 VöB, wonach zumindest die Kernübereinkommen einzuhalten sind, wenn die Leistung im Ausland erbracht wird.

²³ Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 10; vgl. dazu ausführlich das Kapitel V/4 hiernach.

²⁴ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 18; ganz allgemein zu Koordination und Erhöhung der Kohärenz zwischen den verschiedenen betroffenen Politikbereichen vgl. Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, a.a.O. [Fn. 20], S. 12; vgl. dazu ausführlich das Kapitel II/2 hiernach.

²⁵ Vgl. dazu etwa die Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 4

²⁶ Richtlinien 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.) und 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 243 ff.); vgl. zum Ganzen Soudry/Hettich (Hrsg.), Das neue Vergaberecht – Eine systematische Darstellung der neuen Vergaberichtlinien 2014, Köln 2014, insb. S. 74 ff., sowie den (deutschen) Kabinettsbeschluss zu Eckpunkten der Vergaberechtsreform vom 7. Januar 2015

²⁷ Richtlinien 2004/17/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff.) und 2004/18/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff.)

mission zu einem nachhaltigeren Verbrauch, fördert aber auch Öko-Innovationen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der EU²⁸. Ähnlich wie in Bezug auf die ökologischen Aspekte hat auch zur Frage der Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien der Gerichtshof der Europäischen Union mit seinem sogenannten Max Havelaar-Entscheid den Paradigmenwechsel herbeigeführt²⁹, der nun im Rahmen der Richtlinien 2014 im Wesentlichen kodifiziert worden ist³⁰. Aber auch nach neuem Richtlinienrecht können die ökologischen Aspekte in grösserem Umfang berücksichtigt werden als die sozialen, weil nur insoweit die Internalisierung externer Kosten vorgesehen ist³¹. Die Tendenz, neben den Kriterien, die um die Wirtschaftlichkeit kreisen, verstärkt auch anders gelagerte Faktoren einzubeziehen, wird aber auch kritisiert, weil sie "für zunehmende Komplexität" sorgt³². Die dargestellte Entwicklung wirkt sich im Übrigen auch auf die Terminologie aus, indem nicht mehr von der Berücksichtigung von vergabefremden Aspekten, sondern von Innovation und "strategic use of public procurement" bzw. dem "Beitrag zur Erreichung der strategischen Ziele von Europa 2020" gesprochen wird³³. In diesem Sinne halten denn Zufferey und Dubey auch zutreffend fest, dass die die Beschaffung beeinflussenden öffentlichen Interessen ein dynamisches Konzept sind und bleiben müssen, das sich mit der Gesellschaft entwickelt³⁴. Entsprechend wandeln sich auch die rechtlichen Auffassungen zu vergabefremden Aspekten allgemein und zur Berücksichtigung sozialer Aspekte im Besonderen.

²⁸ So insbesondere die Mitteilung der Kommission "Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen" (KOM[2008]400 endg.) vom 16. Juli 2008, S. 13. Das entspricht seit einiger Zeit auch der Position des Bundes Deutscher Industrie BDI (vgl. dazu etwa Schäfer, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Priess/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx [im Folgenden: Festschrift Fridhelm Marx], München 2013, S. 657 ff., insb. S. 660).

²⁹ Urteil des EuGH in der Rechtssache C-368/10 vom 10. Mai 2012 Kommission c/ Königreich der Niederlande (im Folgenden: Max Havelaar-Urteil), vgl. dazu ausführlich das Kapitel VII/4 hiernach

³⁰ Wiedner/Spiegel, Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste Generation, in: Festschrift Fridhelm Marx, a.a.O. [Fn. 28], S. 819 ff., insb. S. 827 ff. Vgl. zur rechtsvergleichenden Bedeutung dieser Entwicklungen aus schweizerischer Sicht namentlich BGE 140 I 285 E. 7.1 mit ausführlicher Darstellung der Judikatur des EuGH und Hinweisen zum neuen Richtlinienrecht

³¹ Vgl. dazu namentlich den Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU ("Lebenszykluskostenrechnung") und dazu den Erwägungsgrund 96

³² Stöckli, Vorwort, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. V

³³ So namentlich das Grünbuch (der EU-Kommission) über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27. Januar 2011 (KOM [2011] 15 endg.), S. 4 f. und S. 38 f., und die Binnenmarktakte vom 13. April 2011 (KOM[2011] 206 endg.) unter dem Punkt 2.12, wo eine Überarbeitung und Modernisierung des rechtlichen Rahmens für das öffentliche Auftragswesen angekündigt wird mit dem Ziel, eine ausgewogene Politik zu erreichen, die die Nachfrage nach umweltfreundlichen, sozial verantwortungsvollen und innovativen Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen stützt; zurückhaltender noch die Mitteilung der Kommission "Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung: Die Rolle des Fairen Handels und handelsbezogener nichtstaatlicher Nachhaltigkeitssicherungskonzepte" (KOM[2009] 215 endg.) vom 5. Mai 2009, S. 9 f.

³⁴ Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 18

Folgerichtig geht etwa die ILO davon aus, dass die gegenwärtige Situation, wonach in Bezug auf soziale Mindeststandards im Rahmen der Produktion eine erhöhte öffentliche Aufmerksamkeit festzustellen sei, dazu genutzt werden sollte, die Bedeutung der ILO-Standards hervorzuheben und die Revision von Vergaberechtsordnungen in ihrem Sinne zu beeinflussen³⁵. Zugleich stellt sich die Frage, ob mit Blick auf das europäische Vergaberecht die Gelegenheit genutzt werden soll, um auch hierzulande die rechtliche Grundlage für die Berücksichtigung sozialer Aspekte insbesondere im Rahmen der Zuschlagskriterien zu schaffen³⁶. Das sieht der erläuternde Bericht zur IVöB so wohl indessen gerade nicht vor, sondern betrachtet die Regelung der sozialen Aspekte durch die Vorgabe der ILO-Kernarbeitsnormen und das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung im Ergebnis als abschliessend³⁷. Etwas offener zeigt sich prima facie für die Bundesebene der erläuternde Bericht zu Art. 33 des BöB-Entwurfs im Rahmen der Umschreibung des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit"³⁸.

II. Die Ziele des Vergaberechts

1. Die klassischen bzw. traditionellen Ziele des Vergaberechts

In Art. 1 BöB (wie auch in Art. 1 Abs. 3 IVöB) werden die Ziele des Beschaffungsrechts definiert. Es handelt sich dabei um die transparente Gestaltung des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB; Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB), die Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietern (Art. 1

³⁵ Vgl. dazu International Labour Office, Labour clauses in public contracts, Geneva 2008, insb. S. 100 Rz. 280

³⁶ Trüeb, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, a.a.O. [Fn. 15], S. 1025 f.: vgl. dazu die gemeinsame Vernehmlassung mehrerer NGOs zur IVöB (<https://www.evb.ch/themen-hintergruende/konsum/oeffentlichebeschaffung/forderungen/>, zuletzt besucht am 14. April 2015, insb. die Anregungen betreffend Art. 31 des Entwurfs)

³⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. September 2014 (<http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/>, zuletzt besucht am 19. April 2015; im Folgenden: Erläuternder Bericht E-IVöB), S. 37 zu Art. 31 des Entwurfs

³⁸ Vgl. dazu auch Art. 3 VE VöB (Nachhaltigkeitsdefinition inkl. soziale Aspekte); Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. April 2015 (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungs-rechts.html>, zuletzt besucht am 19. April 2015; im Folgenden: Erläuternder Bericht VE BöB [nicht zu verwechseln mit dem VE BöB 2008, vgl. dazu Fn. 1], S. 31 zu Art. 33 des Entwurfs; bisher ist indessen nicht kommuniziert, dass die Harmonisierungszielsetzung in Bezug auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten aufgegeben werden soll. Es geht also wohl um ein Ertasten von Akzeptanz. Im Rahmen der Botschaft sollte dem Rechtsanwender später eine Orientierungshilfe gegeben werden (vgl. zum Gebot der Klarheit der Materialien die Kapitel VII/1 und VII/3 in fine).

Abs. 1 lit. b BöB; Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB), die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB; Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB) und die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter (Art. 1 Abs. 2 BöB; Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB). Die Ziele des Gesetzes stehen in einem engen Bezug zueinander³⁹, können sich aber auch widerstreiten. Ihr Zusammenspiel bewirkt den organisierten Wettbewerb der Bieter als "Surrogat für eine bei öffentlichen Beschaffungen fehlende Wirtschaftlichkeitskontrolle" durch den Markt⁴⁰. Dieser gemeinsame Zweck ist entsprechend der viel dichteren Regulierung wesentlich umfassender als etwa die Mindestvorgaben des GPA, weshalb die Aussage, der Zweck des Gesetzes entspreche den mit dem GPA verfolgten Zielsetzungen⁴¹, dahingehend zu präzisieren ist, dass die Ziele gemäss Art. 1 BöB ohne Zweifel GPA-konform sind, aber wie das BöB als Ganzes ein über das GPA hinausgehendes Regulierungsziel verfolgen, was beispielsweise im Rahmen der Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots sichtbar wird. Die meisten vergaberechtlichen Vorschriften lassen sich auf die soeben aufgezählten Zwecke "zurückführen" bzw. konkretisieren diese⁴². Selbstverständlich sind die einzelnen Bestimmungen des BöB mit Blick auf die Zwecke des Gesetzes nach Art. 1 BöB auszulegen⁴³.

2. Nachhaltigkeit als Zweck des Vergaberechts?

Schon im Jahre 2004 hat das BAFU (bzw. damals noch BUWAL) im Sinne eines Kohärenzarguments festgehalten, die Umsetzung der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates erfordere im Rahmen der Revision des Vergaberechts eine programmatische Norm auf Stufe der Zweckbestimmung. Nur so könne die übergeordnete Logik, der die nach-

³⁹ GATT-Botschaft 2, a.a.O. [Fn. 6], S. 1176

⁴⁰ Aicher, Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 371 f.; für das schweizerische Recht grundlegend Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz (im Folgenden: Öffentliche Beschaffung), Zürich 2004, S. 131 ff. Rz. 182 ff.

⁴¹ Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, S. 25

⁴² Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts – Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK (im Folgenden: Ziele und Instrumente), Zürich 2008, S. 5 Rz. 14; vgl. in gleicher Weise in Bezug auf das GPA und insbesondere den Grundsatz der Transparenz Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 73

⁴³ Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 10 zu Art. 1 VE BöB. Ehrlicke spricht etwa in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz von einer "Auslegungsdirektive" (in: Montag/Säcker, *Münchener Kommentar* zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, Rz. 32 zu § 97 GWB mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch Aicher, Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, a.a.O. [Fn. 40], S. 372 f. Rz. 17).

haltige Beschaffung folgt, umgesetzt werden⁴⁴. Der BÖB-Entwurf vom 1. April 2015 statuiert in gleicher Weise wie der IVÖB-Entwurf vom 18. September 2014, dass dieses Gesetz unter anderem den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit bezweckt (Art. 1 lit. a VE BÖB). Damit wird die Nachhaltigkeit im Unterschied zum Vorschlag des BAFU nicht zur eigenständigen Zielsetzung, sondern zu einem Teilgehalt von "best value for money". Im Erläuternden Bericht wird dazu ausgeführt, dass die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit im Einklang mit der Bundesverfassung (Art. 2 Abs. 2 BV) sowie den parlamentarischen und bundesrätlichen Vorgaben steht⁴⁵. Mit den bundesrätlichen Vorgaben ist neben den bereits erwähnten ILO-Kernarbeitsnormen namentlich das seit dem 1. Januar 2010 in Art. 27 Abs. 2 VöB vorgesehene Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit gemeint. Im erläuternden Bericht zur VöB-Änderung vom 18. November 2009 wird dazu festgehalten, dass der Bundesrat eine nachhaltige Beschaffungspraxis fördert. Der Bund will Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen beschaffen, die über ihren gesamten Lebensweg betrachtet hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen genügen⁴⁶. Im vorliegenden Zusammenhang ist nicht zu prüfen, ob eine Nachhaltigkeitszielsetzung bzw. eine entsprechende Erweiterung der Wirtschaftlichkeitszielsetzung opportun oder aus Kohärenzgründen zwingend ist⁴⁷, sondern ob sie aus juristischer Sicht mit den klassischen Zielen des Vergaberechts vereinbar ist. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass auch die traditionellen Zwecke im Sinne von Zielkonflikten in einem Spannungsverhältnis stehen können⁴⁸. So bringt die Herstellung von Wettbewerb Transaktionskosten mit sich, die aus der Sicht des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes unverhältnismässig sein können. Art. 1 BÖB sind indessen keine Kollisionsregeln zu entnehmen. Vielmehr muss

⁴⁴ Stärken und Schwächen der Regelung betreffend die Berücksichtigung ökologischer Gesichtspunkte bei der Beschaffung, Bericht des BUWAL zu Händen des Sekretariats der Beschaffungskommission des Bundes, 2004, S. 19 Punkt 5.1 (<http://www.bafu.admin.ch/produkte/02076/12771/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 15. April 2015)

⁴⁵ Erläuternder Bericht VE BÖB, a.a.O. [Fn. 38], S. 10 zu Art. 1 VE BÖB

⁴⁶ Erläuternder Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 22], S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 BÖB

⁴⁷ Ablehnend namentlich die *economiesuisse* mit Vernehmlassung vom 19. Dezember 2014 (zu Art. 1 des IVÖB-Entwurfs)

⁴⁸ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 5.6.1 mit Hinweisen; Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, München 2008, Rz. 12 zu § 97 GWB; das gilt in gleicher Weise auf Verfassungsebene für die Staatsziele, zu welchen die nachhaltige Entwicklung gehört (Ehrenzeller, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar (im Folgenden: St. Galler BV-Kommentar), 3. Auflage, Zürich/St. Gallen, Rz. 12 f. zu Art. 2 BV).

eine Abwägung im Einzelfall erfolgen⁴⁹. Namentlich sind die der Vergabestelle zustehenden Ermessensspielräume entsprechend zu nutzen. Es gilt denn auch nicht etwa der Grundsatz, dass die anderen Ziele demjenigen des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel von vornherein unterzuordnen sind, obgleich dieses gelegentlich als das traditionelle und wichtigste der Ziele beschrieben wird⁵⁰. Auch eine Aussage, wonach der Wettbewerbsgrundsatz als das Kernprinzip der öffentlichen Auftragsvergabe erscheint⁵¹, entspricht nicht dem Konzept des BöB. Der Vorentwurf 2008 geht in Bezug auf Art. 2 VE BöB 2008, welcher inhaltlich Art. 1 des geltenden Rechts entspricht, vielmehr ausdrücklich davon aus, dass die einzelnen Ziele nach wie vor gleichwertig sind⁵². Das gilt nach der hier vertretenen Auffassung in gleicher Weise für Art. 1 des VE BöB 2015. Diese Logik bringt auch die Lösung für die Integration des Nachhaltigkeitszwecks. Solange also nicht im Sinne einer Rangordnung davon ausgegangen wird, dass die Nachhaltigkeitszielsetzung die traditionellen Zwecke beliebig übersteuern darf oder gar soll⁵³, steht einer derartigen Zielsetzung nach der hier vertretenen Auffassung nichts entgegen. In der Lehre ist dazu festgehalten worden, dass eine Öffnung des Vergaberechts im Sinne geeigneter Rahmenbedingungen für die Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen erwünscht ist, ohne dass aber die traditionellen primären Zwecksetzungen des Vergaberechts deswegen in nicht hinnehmbarer Weise relativiert werden sollen; es geht um eine ausgewogene Balance⁵⁴. Von der

⁴⁹ Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 477 ff., insb. S. 498

⁵⁰ Beyeler, Öffentliche Beschaffung, a.a.O. [Fn. 40], S. 149 ff., und ders., Ziele, a.a.O. [Fn. 42], S. 132 Rz. 359; im Sinne eines Vorrangs aber Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, S. 71

⁵¹ Vgl. für das deutsche bzw. europäische Vergaberecht etwa Ehrlicke, in: Münchener Kommentar, a.a.O. [Fn. 43], Rz. 6 zu § 97 GWB mit Hinweisen

⁵² Erläuternder Bericht VE BöB 2008, a.a.O. [Fn. 1], S. 27

⁵³ Vgl. dazu zum Umweltziel im "Zielsystem" der Bundesverfassung Morell/Vallender, St. Galler BV-Kommentar, a.a.O. [Fn. 48], Rz. 5 zu Art. 74 BV. Andererseits ist etwa strittig, ob nach europäischem Primärrecht der Binnenmarkt Vorrang hat gegenüber den anderen Zielen, wobei namentlich neuere Auffassungen tendenziell dahin zielen, dass die anderen Ziele der Union gemäss Art. 3 EUV gleichrangig sind (vgl. dazu in Bezug auf nationalen Umweltschutz im Rahmen der Grenzen der Harmonisierung etwa Kahl, in: Calliess/Ruffert; EUV/AEUV, Kommentar, 4. Auflage, München 2011, Rz. 44 zu Art. 114 AEUV). Für die neuen Vergaberichtlinien nehmen Soudry/Hettich an, dass die Verfolgung strategischer Ziele, jedenfalls soweit die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU beschriebenen Standards (inkl. ILO-Kernarbeitsnormen) in Frage steht, "zukünftig auf einer Stufe" mit den traditionellen Zielen des Vergaberechts steht (Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 26], S. 75).

⁵⁴ Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 172 mit Hinweisen; Steiner, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? – Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz, in: Jusletter vom 16. Januar 2012, S. 2; vgl. für das europäische Vergaberecht die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott in der Rechtssache C-368/10 vom 15. Dezember 2011, Rdnr. 3, sowie zum deutschen Recht Brackmann, Nachhaltige

damit verbundenen Güterabwägung soll der Gesetzgeber nach der hier vertretenen Ansicht den Rechtsanwender nicht befreien⁵⁵. Allfällige Zielkonflikte sind durch wertende Gewichtung im Sinne praktischer Konkordanz aufzulösen⁵⁶. Das ist in der Sache nichts Neues, wenn man sich die Diskussion zu den öffentlichen Interessen vergegenwärtigt, gestützt auf welche die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV im Sinne grundsatzkonformer Eingriffe beschränkt werden darf⁵⁷. Dieses Konzept passt besonders auch zur Logik des Vergaberechts, wonach die Prüfung der Angemessenheit (etwa in Bezug auf die Auswahl wie auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien) durch das Gericht gemäss Art. 31 BöB spezialgesetzlich ausgeschlossen ist⁵⁸.

III. Der Klassiker: Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Rahmen der Offertbewertung

1. Ist im Kriterium "Lehrlingsausbildung" ein vergabefremder Aspekt zu sehen?

Nach Gauch/Stöckli werden vergabefremde Kriterien definiert als Eignungskriterien, die nicht die leistungsbezogene Eignung der Anbieter betreffen, oder als Zuschlagskriterien, die nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots beschlagen^{59,60}. Klassische Zuschlagskriterien können demgegenüber als qualitative Anforderungen an Produkte beschrieben werden⁶¹. Daraus ergibt sich, dass das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit entgegen der Terminologie der 90er jedenfalls nicht vergabefremd ist, soweit etwa betreffend den Energieverbrauch oder die Schadstoffbilanz ein hinreichend

Beschaffung in der Vergabepaxis, in: VergabeR 2014, S. 310 ff., insb. S. 314 f. (in Bezug auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf)

⁵⁵ Vgl. dazu mutatis mutandis in Bezug auf die Staatsziele nach Art. 2 BV Ehrenzeller, St. Galler BV-Kommentar, a.a.O. [Fn. 48], Rz. 13 zu Art. 2 BV

⁵⁶ Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 101 ff.; vgl. rechtsvergleichend zu den Zielen der EU Ruffert, in: EUV/AEUV, Kommentar, a.a.O. [Fn. 53], Rz. 11 zu Art. 3 EUV

⁵⁷ Vallender, in: St. Galler BV-Kommentar, a.a.O. [Fn. 48], Rz. 57 f. zu Art. 27 BV

⁵⁸ Vgl. dazu auch Art. 58 Abs. 3 lit. a VE BöB; vgl. insbesondere in Bezug auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien das Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 und für das kantonale Vergaberecht etwa den Entscheid VB.2012.00738 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 30. Januar 2013 E. 3.1

⁵⁹ Gauch/Stöckli, Vergabethesen 1999, Fribourg 1999, S. 27

⁶⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine vergabefremde Anforderung an den Anbieter begriffsnotwendig kein Eignungskriterium (Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 63 f.). Vgl. zum Eignungsbegriff des GPA das Kapitel IV/3.2.1 hiernach

⁶¹ Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4

enger Bezug zum Produkt hergestellt werden kann⁶². Soweit jede Verfolgung politischer Ziele – insbesondere von Staatszielen gemäss Art. 2 BV – als "vergabefremd" beschrieben wird, wird demnach ein rechtspolitischer "Kampfbegriff" verwendet⁶³. Das Zuschlagkriterium Lehrlingsausbildung ist – mit den Worten des Verwaltungsgerichts Zürich – "nicht am Nutzen des Angebots orientiert"⁶⁴. Ausserdem bezieht es sich auf Eigenschaften des Anbieters und nicht auf solche des Produkts⁶⁵. Soweit in der Lehre erwogen wird, die Ausbildung von Lehrlingen als Ausdruck von Solidität und finanzieller Leistungsfähigkeit und damit als klassischen Eignungsnachweis zu verstehen, erscheint diese Argumentation wenig überzeugend⁶⁶. Vor allem kann die Tatsache, dass die Lehrlingsausbildung als zu berücksichtigender Gesichtspunkt, zwar rechtlich "stark umstritten" ist⁶⁷, aber "relativ breite politische Akzeptanz" findet, nicht dazu führen, dass dieser "nicht mehr als vergabefremd" gilt⁶⁸. In diesem Sinne ist ein juristisches Schulbeispiel gebildet worden, nach welchem der zu vergebende Auftrag darin besteht, Jugendlichen in Bezug auf eine bestimmte Branche Perspektiven aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang kann der Frage, ob es möglich ist, mit Lehrlingen über ihre ersten Erfahrungen zu sprechen, eine gewisse Bedeutung zukommen⁶⁹. In einer solchen Konstellation kann ausnahmsweise als Eignungsnachweis eine Bescheinigung verlangt werden, dass der Anbieter eine gewisse Anzahl Lehrlinge ausbildet. Normalerweise geht es demgegenüber bei der Anstellung von Lehrlingen vergaberechtlich nicht darum, die Erfüllung des Auftrags durch den Anbieter zu sichern, sondern vielmehr um einen sozialpolitisch begründeten Zusatzaspekt des

⁶² Auch nach "neuer" Terminologie vergabefremd bleiben demgegenüber jedenfalls Versuche des Auftraggebers, das Anbieterverhalten über den Auftragsgegenstand hinaus zu beeinflussen, etwa in Bezug auf die Frage, ob ein Energie- oder Kaffeehändler (auch für andere Anbieter) nur "grünen" Strom oder nur fair trade-Kaffee im Angebot hat; vgl. zur Vermeidung von "Unternehmererziehungsprogrammen" das Kapitel VII/4.

⁶³ Ähnlich der Frage, ob man von Kern- oder Atomenergie spricht; dazu schon früh kritisch etwa van den Eikel, Die zulässige Implementierung "vergabefremder" Kriterien im europäischen Vergaberecht, Hamburg 2006, S. 39 ff.

⁶⁴ Entscheid VB.2012.00055 vom 20. Juli 2012 E. 5; vgl. zum Ganzen Lanter, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht (im Folgenden: Lehrlingsausbildung), in: ZBI 2013, S. 599 ff., insb. S. 601

⁶⁵ Lanter, Lehrlingsausbildung, a.a.O. [Fn. 64], S. 609

⁶⁶ Vgl. dazu etwa Esseiva, Mise en oeuvre de la nouvelle législation cantonale en matière des marchés publics, Baurecht 1998, S. 104 ff., S. 106

⁶⁷ So etwa Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 13

⁶⁸ So aber Ganz, Neue Ansätze beim Beschaffungsrecht: Ein Vorschlag de lege ferenda, Baurecht 2006, S. 196 ff., S. 197; vgl. zur Berücksichtigung von KMU-Anliegen im EU-Vergaberecht Ehrlicke, der (nach der hier vertretenen Auffassung fälschlicherweise) davon ausgeht, dass die Erwähnung des Ziels der KMU-Förderung in § 97 GWB, dem Art. 1 BöB des deutschen Vergaberechts, zur Umqualifikation vom vergabefremden Aspekt zum nicht vergabefremden Aspekt führt (Münchener Kommentar, a.a.O. [Fn. 43], Rz. 62 zu § 97 GWB).

⁶⁹ Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 64

Angebots⁷⁰. Bleibt demnach nur die Feststellung, dass mit der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung letztlich sichergestellt werden soll, dass Unternehmen, die Verfassungs- und Gesetzesvorgaben und -ziele einhalten und damit tendenziell höhere Allgemeinkosten auf sich nehmen, bei der Vergabe nicht benachteiligt werden⁷¹. Das ist für einen vergabefremden Aspekt typisch; die Berücksichtigung eines solchen erfolgt immer mit Blick auf die Kohärenz des im geltenden Recht zum Ausdruck kommenden Wertungsgefüges, damit sich die öffentliche Hand nicht widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen muss⁷².

2. Ist es zulässig, die Lehrlingsausbildung im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu berücksichtigen?

Die Tatsache, dass ein Gesichtspunkt als vergabefremd beurteilt wird, bedeutet im Unterschied zu Zuschlagskriterien, die protektionistische oder strukturpolitische Ziele verfolgen⁷³, nicht per se, dass die Berücksichtigung desselben unzulässig ist. Zulässig sein können vergabefremde Kriterien, die nach Massgabe des anwendbaren Vergaberechts berücksichtigt werden müssen oder dürfen⁷⁴. Indessen bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung für die Integration vergabefremder Gesichtspunkte in den Beschaffungsprozess einer formell-gesetzlichen Grundlage⁷⁵. Dafür spricht auch der materielle Gesetzesbegriff, wie er in der neuen Bundesverfassung

⁷⁰ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 4; Lanter, Lehrlingsausbildung, a.a.O. [Fn. 64], S. 601. Entsprechend wird denn auch in den Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 5 und S. 17, festgehalten, bei sozialen Kriterien könne in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob ein bestimmter Bauunternehmer Lehrlinge ausbildet.

⁷¹ Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 9. August 2001, AGVE 2001, S. 342 ff., E. 1c/bb/aaa S. 345

⁷² Was nicht heisst, dass es eine gesetzliche Pflicht gibt, Lehrlinge auszubilden; sonst würde sich (in der Logik der Befürworter des Kriteriums) die Frage nach einem Ausschlussgrund stellen (vgl. Kapitel IV/3.2.2 hiernach).

⁷³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts (im Folgenden: Praxis), 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 839 und Rz. 918

⁷⁴ Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 59], S. 28. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat denn auch betont, dass eine anderweitige "soziale Beschäftigungspolitik" mangels gesetzlicher Grundlage im Unterschied zur Lehrlingsausbildung nicht als Zuschlagskriterium dienen dürfe (Entscheid VB.2012.00055 vom 20. Juli 2012 E. 5).

⁷⁵ Grundlegend BGE 140 I 285 E. 7.1 mit Hinweisen. So hat das aargauische Verwaltungsgericht etwa festgehalten, dass wenn die Lehrlingsausbildung nur als Zuschlagskriterium vorgesehen sei, dieser Gesichtspunkt nicht als Eignungskriterium definiert werden darf (AGVE 1999, S. 294 ff., E. 2c/bb/coc S. 300); vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 170 f.

verankert ist (Art. 164 Abs. 1 BV)⁷⁶. Demnach war nach bis vor kurzem geltendem Recht die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung auf Bundesebene im Sinne eines Zuschlagskriteriums unzulässig⁷⁷. Anders sieht die Lage etwa in den Kantonen Aargau und Zürich aus⁷⁸, welche seit der Umsetzung des GPA 1994 eine gesetzliche Grundlage im Sinne der Integration eines vergabefremden Kriteriums kennen, das wie ein Zuschlagskriterium berücksichtigt wird. Allerdings bringt das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen INöB wie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich⁷⁹ insofern einen Vorbehalt an, als dieses Kriterium gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewendet werden darf⁸⁰. Diesen Bedenken hat auch der seit dem 1. Januar 2010 geltende Art. 27 Abs. 3 VöB Rechnung getragen, indem dort klargestellt worden ist, dass die Lehrlingsausbildung, soweit deren Berücksichtigung *bei ansonsten gleichwertigen Angeboten* zulässig ist, nur beim Vergleich schweizerischer Anbieter relevant sein kann⁸¹. Auf die weiteren konkreten Kautelen bei der Anwendung des Kriteriums (vgl. etwa die Berücksichtigung der Grösse eines Unternehmens im Rahmen der Bewertung der Anzahl Lehrlinge) ist hier nicht weiter einzugehen⁸². Mit der per 1. April 2015 in Kraft gesetzten Änderung des BöB vom 26. September 2014 wird nun auf Bundesebene das Zuschlagskriterium ausdrücklich gesetzlich verankert, wobei im Sinne des ständerät-

⁷⁶ Vgl. zur wirtschaftspolitischen Bedeutung und dem damit verbundenen Bedarf an demokratischer Legitimation als Argument für materielle Gesetzesqualität etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, publiziert in BVGE 2009/17, E. 8.2, und zur rechtspolitischen Bedeutung als Argument für eine gesetzliche Grundlage neuerdings das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-660/2014 vom 11. Dezember 2014 E. 4.3 ff. betreffend eine gesetzeswidrige Ordnungsbestimmung, welche die Ausgestaltung des zivilen Ersatzdienstes regelt

⁷⁷ Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rn. 917 mit Fn. 1154, Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 13, und Steiner, Nachhaltige Beschaffung – Vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004 (im Folgenden: Nachhaltige Beschaffung 2004), S. 58 ff., S. 60; anderer Ansicht Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP 2001, S. 1418, und in Bezug auf unter "Nachhaltigkeit" subsumierbare soziale Zuschlagskriterien Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkung 4, S. 263 f.

⁷⁸ § 18 Abs. 2 des aargauischen Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SAR 150.910), § 33 Abs. 1 der Zürcher Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (LS 720.11)

⁷⁹ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3b und 3e

⁸⁰ Beurteilung vom 20. Februar 2005 betreffend Aufnahme der Ausbildungsanstrengungen als Zuschlagskriterium in der IVöB bzw. den Vergaberichtlinien, Punkt 3.3, S. 5

⁸¹ Vgl. dazu auch den Erläuternden Bericht VöB, a.a.O. [Fn. 22], S. 21 f. zu Art. 27 Abs. 3 VöB

⁸² Vgl. BGE 129 I 313 E. 8.3, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rn. 929 mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung, Stöckli, Anmerkung zu Nr. S18-S20, in: Baurecht 2/2008, S. 97, und zum Ganzen, Lanter, Lehrlingsausbildung, a.a.O. [Fn. 64], S. 603 ff. mit Hinweisen insbesondere auf die Urteile VB.2012.00055 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Juli 2012 E. 5.2 und B2012/27 des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 3. Juli 2012 E. 3.2

lichen Vorschlags⁸³ das Kriterium "Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundausbildung" festgehalten wird, dass dieses nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs berücksichtigt werden kann⁸⁴. Damit ist die Lage heute auf Bundesebene im Wesentlichen gleich wie in Kantonen, die eine gesetzliche Grundlage für die Lehrlingsausbildung bereits länger kennen; der Entwurf für eine neue IVöB regelt die Lehrlingsausbildung in Art. 31 Abs. 2 E-IVöB.

3. Sind aus dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Vorgaben in Bezug auf die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung abzuleiten?

Mit Blick auf die Ziele des Binnenmarktgesetzes hält das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass sich die Frage stellt, wie weit mit der Anwendung des Kriteriums gegangen werden darf, ohne den freien Marktzugang im Sinne des Binnenmarktgesetzes übermässig zu beschränken. Dabei könne es offensichtlich nicht darum gehen, öffentliche Beschaffungen ausschliesslich oder überwiegend nach dem Einsatz von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben⁸⁵. Ausserdem hätten sich die der IVöB beigetretenen Kantone gemäss Art. 13 lit. f IVöB dazu verpflichtet, in ihren Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorzusehen, "die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten". Die Umschreibung von Art. 13 lit. f IVöB sei klarerweise auf den Nutzen der Angebote für das vergebende Gemeinwesen ausgerichtet und spreche daher grundsätzlich gegen die Anwendung von leistungsfremden, insbesondere sozialpolitischen Kriterien. Es sei zwar davon auszugehen, dass das Kriterium Lehrlingsausbildung im Geltungsbereich der IVöB Verwendung finden dürfe, indessen sei im Sinne einer einfach anzuwendenden Regel festzulegen, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10 Prozent des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten dürfe⁸⁶. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht eine Beschwerde einer Walliser Gemeinde abgewiesen, welche dem Walliser

⁸³ CuriaVista Geschäftsnummer 03.445; vgl. zum Kommissionsantrag das Protokoll der Beratung im Ständeratsplenum vom 3. Juni 2014. Im Rahmen der Beratung hat Bundesrätin Widmer-Schlumpf noch einmal ausdrücklich betont, dass dieser Antrag "nicht aus der Küche der Bundesverwaltung" stammt; zur Opportunität eines derartigen Kriteriums als Reaktion auf den verabschiedeten Gesetzestext kritisch etwa Hettich, Ziel-Kaleidoskop im Beschaffungsrecht (<http://www.regulierung.ch/blog/2014/10/17/beschaffungsrecht>, zuletzt besucht am 15. April 2014)

⁸⁴ AS 2015 773; vgl. die Referendumsvorlage BBI 2014 6959

⁸⁵ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3c

⁸⁶ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3d und 3e

Kantonsgericht eine Verletzung der Gemeindeautonomie vorgeworfen hatte, und es als nicht willkürlich bezeichnet, dass das Kantonsgericht erkannt hatte, dem Kriterium Lehrlingsausbildung sei im Verhältnis zum Zuschlagskriterium Preis ein allzu grosses Gewicht beigemessen worden⁸⁷. In Bezug auf die zitierte Rechtsprechung ist zunächst festzuhalten, dass das Binnenmarktgesetz nicht das entscheidende Argument liefert zur Beurteilung der Frage, ob die Berücksichtigung des Lehrlingskriteriums zulässig ist, da alle Kantone gestützt auf gemeinsame Rechtsgrundlagen der Eidgenossenschaft das gleiche System der Lehrlingsausbildung kennen⁸⁸. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob dem *Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots* (vgl. auf Bundesebene Art. 21 Abs. 1 BöB) eine Regel entnommen werden kann, welche besagt, dass dieses im Wesentlichen aufgrund nicht vergabefremder Kriterien ermittelt werden soll⁸⁹. So geht es nach der im Entscheid BE.99.00179 des aargauischen Verwaltungsgerichts vom 15. September 1999, E. 3f, wiedergegebenen Minderheitsmeinung generell nicht an, dass zwei submissionsfremde Kriterien ("Umwelt" und Lehrlingsausbildung) ein Gewicht von rund 43 Prozent erhalten; dies führe zum vornherein zu einer Wettbewerbsverzerrung. Zudem sei eine qualifiziert fehlerhafte Ermessenshandhabung stets dann anzunehmen, wenn das (sachfremde) Kriterium "Lehrlingsausbildung" (gewichtet mit 19.5 Prozent) vor dem Kriterium des Preises (gewichtet mit 12 Prozent) rangiere⁹⁰. Diese Erwägung ist gleich mehrfach interessant. Erstens nimmt sie in gewisser Weise die bundesgerichtliche Rechtsprechung vorweg, nach welcher dem Preis grundsätzlich ein Mindestgewicht von 20 Prozent zukommen soll⁹¹. Zweitens dokumentiert sie die heute weitgehend überwundene vergaberechtliche Argumentation, nach welcher in der Umweltverträglichkeit generell ein vergabefremder Aspekt zu sehen ist⁹². Drittens wird – im Ergebnis dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nahe kommend – die

⁸⁷ BGE 129 I 326 E. 8.4 und E. 9; vgl. zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 929 ff.

⁸⁸ Auch aus Gründen der Kompetenzausscheidung hat denn der Bundesrat in seiner Antwort auf die Motion Galladé (04.3061) vom 7. Juni 2004 unter anderem festgehalten, das BGBM sei nicht der richtige Ort für die Regelung öffentlicher kantonaler und kommunaler Beschaffungsverfahren (in Bezug auf die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium). Solche Regelungen müssen vielmehr in der IVöB sowie in den kantonalen Ausführungserlassen Eingang finden.

⁸⁹ Vgl. Stöckli, Baurecht 2/2000, S. 59, Anmerkung zu den Entscheiden S17 und S18

⁹⁰ Vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 931 f.

⁹¹ BGE 129 I 313 E. 9.2, S. 327; vgl. zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den Zwischenentscheid B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 6.3 und E. 6.5 f. mit Hinweisen, und zu derjenigen der BRK Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 854 und Rz. 908

⁹² Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], passim und in Bezug auf die Gewichtung insb. S. 85 f. mit Fn. 373. Umweltaspekte sind regelmässig in Form herkömmlicher technischer Spezifikationen und unter dem Zuschlagskriterium "Umweltverträglichkeit" als Teilgehalt der gewünschten Produktqualität integrierbar. Neuralgische Punkte wie die Berücksichtigung von Transportdistanzen sind die untypische Ausnahme.

These aufgestellt, dass ein leistungsfremdes Kriterium wie die Lehrlingsausbildung die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nur in gewissem Ausmass beeinflussen darf. Dies hat das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau denn auch mit späteren Entscheiden festgehalten. Die niedrige Gewichtung des Kriteriums diene auch der Prävention mit Blick auf die Gefahr verdeckter Diskriminierung⁹³. Daraus ergibt sich einerseits, dass der Gewichtung vergabefremder Kriterien "mit Blick auf den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Grenzen gesetzt" sind⁹⁴. Eine in gewisser Weise vergleichbare Gewichtungsbeschränkung kennt das deutsche Vergaberecht in Bezug auf die Mehreignung; anbieterbezogene Aspekte dürfen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist, im Rahmen der Zuschlagskriterien mit nicht mehr als "zusammen 25 Prozent der Gewichtung aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten"⁹⁵. Andererseits bedeutet das Gesagte nicht, dass der Lehrlingsausbildung nur dann Rechnung getragen werden darf, wenn zwei gleichwertige Angebote in Frage stehen, wie das Art. 39 Abs. 5 VE BöB 2008 und vor allem der zwischen Januar 2010 und März 2015 geltende Art. 27 Abs. 3 VöB vorgesehen hat⁹⁶.

IV. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen

1. Einleitung

In diesem Kapitel werden die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der öffentlichen Beschaffung erörtert. Dabei sollen, soweit möglich, induktiv die in Bezug auf das Kriterium "Lehrlingsausbildung" gewonnenen Erkenntnisse fruchtbar gemacht werden. Europarechtliche Ausführungen dienen insoweit der Auslegung des GPA, weil alle EU-Mitgliedstaaten auch GPA-Vertragsstaaten sind. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim GPA

⁹³ AGVE 2001, S. 342 ff., insb. E. c/bb/aaa S. 345 f. mit Hinweis auf AGVE 1999, S. 298 f.

⁹⁴ Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.4 in fine mit Hinweis auf Lanter, Lehrlingsausbildung, a.a.O. [Fn. 64], S. 601; vgl. diesbezüglich zum "Public Voting" das Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2012.00074 vom 28. März 2012 E. 3.3.2; anderer Meinung in Bezug auf "fair trade"-Aspekte (weil seiner Auffassung nach nicht vergabefremd) Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Punkt 4 der Anmerkungen, S.263; vgl. dazu ausführlich Kapitel VII/4 hiernach

⁹⁵ § 4 Abs. 2 Satz 4 VgV; verdankenswerter Hinweis von RA Dr. Rainer Noch, München/Unkel bei Bonn

⁹⁶ Aus dem Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009 (a.a.O. [Fn. 22], S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB) geht hervor, dass der Bundesrat an seiner Position, wonach leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne eines "purity principle" nicht vermischt werden dürfen, festhält. Darum hat denn auch das Parlament selbst den Anstoss gegeben zur gesetzlichen Verankerung der Lehrlingsausbildung. Vgl. zu Art. 27 Abs. 2 und 3 VöB auch das Kapitel VII/2 hiernach

im Unterschied zum multilateralen WTO-"Einheitspaket" um ein plurilaterales Abkommen handelt⁹⁷. Mit der Bestimmung von Art. V GPA sollte den Entwicklungsländern der Beitritt erleichtert werden, was aber nichts daran geändert hat, dass das GPA ein unter Industrienationen Wirkung entfaltendes Vertragswerk geblieben ist⁹⁸. Des Weiteren ist zu erwähnen, dass der Anwendungsbereich des Abkommens gemäss Art. 1 Abs. 4 GPA insbesondere durch Schwellenwerte begrenzt ist⁹⁹.

2. Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?

Im Rahmen dieses Arbeitspapiers kann nicht vertieft auf das GPA generell eingegangen werden¹⁰⁰. Erörtert werden ausschliesslich diejenigen Bestimmungen, welche für die Berücksichtigung sozialer Aspekte relevant sind. Selbstverständlich sind diese immer mit Blick auf Art. III GPA bzw. die dort verankerten Grundsätze der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung zu interpretieren. Wichtig ist indessen festzuhalten, dass das GPA nicht auf eine umfassende Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens zielt, sondern Transparenz schaffen und Diskriminierungen vermeiden will¹⁰¹. Eine andere Lesart würde im Übrigen auch dem erklärten Ziel, weitere WTO-Mitgliedstaaten zum Beitritt zu ermuntern, zuwiderlaufen¹⁰². Das führt zum rechtsdogmatischen Schluss, dass das GPA Mindeststandards setzen und nicht ein abschliessend definiertes wirtschaftspolitisches Konzept verkaufen will etwa im Sinne eines die Berücksichtigung von

⁹⁷ Siehe dazu etwa Götsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, 2. Auflage, Baden-Baden 2010, S. 473

⁹⁸ Arrowsmith geht – allerdings vor der Verabschiedung der EU-Richtlinie 2004/18/EG zum Vergaberecht – davon aus, dass auch die beschränkte Möglichkeit, soziale Aspekte zu berücksichtigen, mit ein Grund sein könnte, vom Beitritt abzusehen (Expanding Participation in WTO Procurement Disciplines, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 438 ff., insb. S. 440). Namentlich die Attraktivität für Entwicklungsländer ist auch ein wichtiges Ziel der GPA-Revision (vgl. Müller, Special and differential treatment and other special measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenges and Reform, Cambridge 2011, S. 339 ff.).

⁹⁹ Vgl. dazu auch Art. 6 BöB

¹⁰⁰ Vgl. dazu etwa McCrudden, Buying Social Justice, Oxford 2007, S. 470 ff., und Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 24 ff., insbesondere die Ausführungen zur Frage nach einem "purity principle" S. 25 mit Fn. 56; Arrowsmith, Secondary Policies under the GPA, in: Dies., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 325 ff., insb. S. 331 f.

¹⁰¹ Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.3.2; Biaggini, Abkommen, a.a.O. [Fn. 8], S. 678; Trepte, The Agreement on Government Procurement, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume I, New York 2005, S. 1123 ff., insb. S. 1148; insbesondere in Bezug auf das revidierte GPA Anderson/Arrowsmith, The WTO Regime on Government Procurement, in: The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, a.a.O. [Fn. 98], S. 25

¹⁰² Vgl. dazu das Kapitel IV/1 hiervor in fine

Nachhaltigkeitsaspekten kategorisch ausschliessenden "purity principle"¹⁰³. Zugleich zeigt die Revision des GPA, dass die Umweltaspekte in gewisser Weise ausser Streit gestellt werden, indem sie im Rahmen der technischen Spezifikationen und der Regelung der Zuschlagskriterien ausdrücklich erwähnt werden¹⁰⁴. Das gilt nicht für die sozialen Aspekte, was aber wiederum nicht heisst, dass deren Berücksichtigung nach dem revidierten GPA unzulässig ist. Vielmehr gilt hier - wie vorher auch für die ökologischen Aspekte - "constructive ambiguity", wobei der Spielraum gemäss Art. XXII Abs. 8 des revidierten GPA in einem Arbeitsprogramm betreffend das "treatment of sustainable public procurement" weiter ausgelotet werden soll¹⁰⁵.

3. Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA

3.1 Art. VI GPA: Technische Spezifikationen

Mittels technischer Spezifikationen werden nach dem Wortlaut von Art. VI GPA die Merkmale der zu kaufenden Ware bzw. der zu beschaffenden Leistung beschrieben ("laying down the characteristics of the products to be procured"). Technischen Spezifikationen kommt im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung eine wesentliche Bedeutung zu. So können namentlich auch Vorgaben für den Wasserverbrauch bei der Herstellung von Baumwolle gemacht werden, auch wenn sich die dadurch erreichte bessere Umweltbilanz auf die Baumwolle selbst nicht auswirkt¹⁰⁶. Soziale Anforderungen fallen demgegenüber mangels technischen Produktbezugs gemäss der wohl nach wie vor herrschenden Auffassung nicht unter die

¹⁰³ Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 251 f. mit Fussnote 21; Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 151

¹⁰⁴ Art. X Abs. 6 GPA 2012 (technische Spezifikationen) und Art. X Abs. 9 GPA 2012 (Zuschlagskriterien); Reich bedauert diese Unsicherheit (Reich, The New Text of the Agreement on Government Procurement, in: Journal of International Economic Law 2009, S. 989 ff., insb. S. 1013).

¹⁰⁵ In diesem Sinne hält auch der Erläuternde Bericht BÖB (Fn. 38; S. 10) fest, dass im Zug der GPA-Revision kein Konsens über den Anwendungsbereich der sozialen Dimension der Nachhaltigkeit erzielt werden konnte. Die Einschätzungen über die aus dem vorgesehenen Arbeitsprogramm zu gewinnenden Ergebnisse sind geteilt. Trüeb geht davon aus, dass "bahnbrechende Erkenntnisse" aus diesem Gremium nicht zu erwarten sind (Trüeb, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, a.a.O. [Fn. 15], S. 1026).

¹⁰⁶ Kunzlik, From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement, in: PPLR 2013, S. 97 ff., insb. S. 101 und S. 111; Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 163. Auch nach Trüeb, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 500, wird vor allem kein direkter Bezug zu den physischen Charakteristika eines Erzeugnisses vorausgesetzt, welcher etwa bei der Vorgabe, Strom soll aus erneuerbarer Energie produziert werden, fehlt; zu Berücksichtigung von Herstellungsbedingungen, "die in den beschafften Leistungen keine Spuren hinterlassen", demgegenüber kritisch Trüeb, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, a.a.O. [Fn. 15], S. 1026.

Produktionsbedingungen ("process and methods for their production")¹⁰⁷ im Sinne von Art. VI GPA. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat mit dem Max Havelaar-Entscheid festgestellt, dass "fair trade"-Eigenschaften für Arbeitsbedingungen von Herstellern (als Lieferanten) des Anbieters ("conditions under which the supplier acquired them from the manufacturer") als technische Spezifikationen nicht in Frage kommen¹⁰⁸. Nun kann man den Art. 42 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die geforderten Merkmale "sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion" beziehen können, von ihrem Wortlaut her so verstehen, dass diese Bestimmung auch soziale Herstellungsbedingungen mitbeschreibt und damit das GPA neu interpretiert¹⁰⁹. Dagegen spricht allerdings der Erwägungsgrund 99 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach zwar soziale Kriterien neu nicht nur als Bedingungen für die Auftragsausführung, sondern auch als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können, in Bezug auf technische Spezifikationen aber spezifisch eine direkte Charakterisierung der Ware ("such social requirements which directly characterise the product or service in question") verlangt wird¹¹⁰. Ausnahmen im Sinne zulässiger technischer Spezifikationen und in Annex VII der Richtlinie 2014/24/EU wie auch im erwähnten Erwägungsgrund 99 ausdrücklich erwähnt sind jedenfalls die behinderten-

¹⁰⁷ So etwa Gaedtker, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (im Folgenden: Politische Auftragsvergabe); weniger eindeutig Cottier/Oesch, International Trade Regulation, Bern/London 2005, S. 1044. In diesem Sinne wird denn auch in den Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 17, darauf hingewiesen, dass bei sozialen Anliegen in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden kann. Dies wäre dann anders, wenn in der Konsumentenwahrnehmung aufgrund der entsprechenden, auf die Unterschiede hinweisenden Vermarktung das entscheidende Kriterium gesehen würde (vgl. zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 75 mit Hinweis in Fn. 322). In diese Richtung weisen die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott in der Rechtssache C-368/10 vom 15. Dezember 2011 (Rdnr. 110), wenn sie festhält, dass ein Produkt, das zu unfairen Bedingungen auf den Markt kam, bei einem verantwortungsbewussten Kunden einen "bitteren Nachgeschmack" hinterlässt.

¹⁰⁸ Urteil in der Rechtssache C-368/10 vom 10. Mai 2012, a.a.O. [Fn. 29], Rdnr. 73 ff. mit dem Hinweis, dass die "fair trade"-Anforderungen als Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG in Frage kommen (vgl. zum Ganzen Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.) Handbuch des Vergaberechts, München 2014, S. 452, Rz. 70 zu § 17, und Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkungen Punkt 6 am Anfang, S. 264). Demgegenüber sind etwa nach Burgi gestützt auf die Überlegungen des EuGH und den Text der neuen Richtlinien soziale Aspekte im Ergebnis auch als technische Spezifikationen möglicherweise nicht mehr tabu (Burgi, Specifications, in: Trybus/Caranta/Edelstam (Hrsg.), EU Public Contract Law, Brüssel 2014, S. 37 ff., insb. S. 55; für das schweizerische Recht ausdrücklich aufgeschlossen, was soziale technische Spezifikationen betrifft, Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkungen Punkt 6, S. 264).

¹⁰⁹ Auch der ansonsten besonders nachhaltigkeitsfreundliche Tarabella-Bericht enthält indessen im "Explanatory Statement" in Bezug auf die technischen Spezifikationen (im Unterschied zu den Zuschlagskriterien) kein ausdrückliches Bekenntnis zum Einbezug von sozialen Herstellungsbedingungen (A7-0007/2013 vom 11. Januar 2013, S. 150 f.).

¹¹⁰ Anders etwa Semple, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford 2015, S. 108 ff.; sie zieht in Erwägung, dass auch soziale Charakteristiken der Lieferkette einbezogen werden können.

gerechten Eigenschaften einer öffentlichen Baute oder eines (beispielsweise öffentlich zugänglichen) Computers (etwa in einer Bibliothek)¹¹¹. In diesem Sinne wird auch im Erwägungsgrund 76 unter dem Schlagwort "design for all users" unter Bezugnahme auf Art. 42 der Richtlinie 2014/24/EU ausgeführt, die Auftraggeber sind nicht nur ermächtigt, sondern gehalten, technische Spezifikationen festzulegen, die das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium der Konzeption für alle Benutzer berücksichtigen¹¹². Ob damit tatsächlich eine justiziable Ausnahme zum Grundsatz geschaffen werden soll, dass der Anbieter nicht die Festlegung behindertengerechter technischer Spezifikationen verlangen kann, soweit diese über gesetzliche Mindeststandards hinausgehen, bleibt abzuwarten¹¹³.

3.2 Art. VIII GPA: Die Qualifikation der Anbieter

3.2.1 Der Eignungsbegriff des GPA

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des Auftrags in der Lage sind ("conditions essential to ensure the firm's capability to fulfil the contract")¹¹⁴. Eignungskriterien müssen einen hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand haben, welcher etwa gegeben ist, wenn von einem Architekten im Hinblick auf die Erstellung einer behindertenfreundlichen Baute der Nachweis verlangt wird, dass er bereits Pläne für entsprechende Gebäude erstellt hat. Art. VIII lit. b GPA ist demnach so zu verstehen, dass es nach dieser Bestimmung unzulässig ist, einer Anbieterin mit vergabefremder Begründung die Eignung abzusprechen¹¹⁵. Das ist

¹¹¹ Vgl. McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, S. 484, und Boyle, *Disability Issues*, in: Arrowsmith/Kunzlik (Hrsg.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, S. 301 ff., insb. S. 320 ff.

¹¹² Man denke etwa an die Bezeichnung von Eisenbahnwagen mit Blindenschrift, mit welcher den Reisenden erklärt wird, ob sie einen Wagen erster oder zweiter Klasse besteigen; vgl. zur behindertengerechten Ausstattung von SBB-Rollmaterial etwa das Urteil des BVGer A-1130/2011 vom 5. März 2012.

¹¹³ Vgl. dazu Soudry/Hettich, a.a.O. [Fn. 26], S. 77. Grundsätzlich können über das gesetzliche Minimum hinausgehende technische Spezifikationen nicht erstritten werden; vielmehr liegt deren Festlegung im Ermessen der Vergabestelle (Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, Rz. 1079; vgl. für das schweizerische Vergaberecht das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 mit Hinweisen).

¹¹⁴ Art. VIII lit. b GPA 1994 bzw. Art. VIII Abs. 1 GPA 2012; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis*, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 555 mit Fn. 1169 und Rz. 588

¹¹⁵ Zum Verhältnis zwischen Art. VIII und Art. XIII Abs. 4 lit. a GPA 1994 vgl. Gaedtker, *Politische Auftragsvergabe*, a.a.O. [Fn. 107], S. 122

jedenfalls die klare Mehrheitsmeinung in Bezug auf den Ausschluss von Firmen, welche Geschäftskontakte mit Burma/Myanmar pflegen¹¹⁶. Vergabefremde Mindestanforderungen können demnach, soweit sie sich auf den Anbieter beziehen, aber nicht dessen Eignung zum Gegenstand haben, nur in der Form von Ausschlussgründen oder besonderen "Bedingungen für die Auftragsausführung"¹¹⁷ in den Beschaffungsprozess eingeführt werden. Soweit etwa in Anhang 3 zu Art. 9 VöB unter dem Titel Eignungsnachweis in Ziffer 6 eine Erklärung betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen verlangt wird, ist darin ein Nachweis zu sehen, dass kein Ausschlussgrund vorliegt¹¹⁸. Insoweit ist auch die Erläuterung in der Botschaft zu Art. 11 BöB, wonach die in Frage stehende Bestimmung schwerwiegende Gründe nennt, welche die Anbieterin als nicht mehr zur Auftragserfüllung geeignet erscheinen lässt, so zu lesen, dass diese "Eignung" weiter zu verstehen ist als der Eignungsbegriff, wie er in Art. VIII lit. b GPA verwendet wird¹¹⁹. In diesem Sinne werden etwa im VE BöB (die Ausschlussgründe aufnehmende) Teilnahmebedingungen und (leistungsbezogene) Eignungskriterien unterschieden¹²⁰.

3.2.2 Die Zulässigkeit vergabefremder Anforderungen an die Anbieter

Der für den Fall der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB und neu nicht nur auf Bundesebene, sondern de lege ferenda auch gemäss Art. 13 Abs. 1 E-IVöB unter Einbezug internationaler Mindeststandards angedrohte Ausschluss ist auch Ausdruck der Erkenntnis, dass es unlauter sein kann, wenn ein Wettbewerber sich durch den Verstoss gegen ausserlauterkeitsrechtliche Normen einen Wettbewerbsvorteil verschafft¹²¹. Es sollen im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs gleich lange Spiesse geschaffen werden¹²². Soweit mit einem

¹¹⁶ Arrowsmith, Secondary Policies unter the GPA, a.a.O. [Fn. 100], S. 338 mit Fn. 45

¹¹⁷ Vgl. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU

¹¹⁸ Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 lit. d BöB

¹¹⁹ GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 960, S. 1188. In diesem Zusammenhang verwendete Begriffe wie "Gesetzestreue" und "Zuverlässigkeit" belegen dieses weitere Verständnis.

¹²⁰ Art. 30 und Art. 31 VE BöB; Teilnahmebedingungen sind von den Anbieterinnen "unabhängig vom Leistungsgegenstand unterschiedslos zu erfüllen und nachzuweisen" (Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 30 zu Art. 30 VE BöB); vgl. zum Ganzen auch BGE 140 I 285 E. 5.1 mit Hinweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 582

¹²¹ Vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) vom 19. Dezember 1986; GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 960, S. 1186; Erläuternder Bericht VE 2008, a.a.O. [Fn. 1], S. 43; vgl. zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 59

¹²² Vgl. dazu etwa den Entscheid VB.2007.00540 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2008, E. 3.6; vgl. zur Bedeutung des Vorgehens bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten in diesem Zusammenhang das Urteil des BVGer B.1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3

Ausschlussgrund lediglich die Einhaltung von gesetzlichen Mindeststandards verlangt wird, wird teilweise die Auffassung vertreten, der Ausschlussgrund sei nicht vergabefremd¹²³. Das trifft nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu¹²⁴, aber klar ist jedenfalls, dass die Sanktionierung der Nichteinhaltung von gesetzlichen Mindestvorgaben im Bereich der Arbeitsbedingungen (unter schweizerischen Anbietern, für welche die gleichen Regeln gelten) aus dogmatischer Sicht weniger hohe Wellen wirft als die Berücksichtigung des Kriteriums Lehrlingsausbildung, da es gerade keine gesetzliche Pflicht gibt, Lehrlinge auszubilden. Dies vor Augen stellt sich die Frage, wie Art. VIII lit. h GPA zu interpretieren ist. Nach dieser Vorschrift steht keine Bestimmung der Buchstaben a-g (des Art. VIII GPA) dem entgegen, dass ein Anbieter zum Beispiel wegen unwahrer Erklärungen ausgeschlossen wird, sofern dies mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung vereinbar ist¹²⁵. Dasselbe gilt auch nach Art. VIII des GPA 2012, welcher z.B. im Rahmen einer nicht abschliessenden Liste ("such as") etwa die Nichtbezahlung von Steuern als Ausschlussgrund nennt¹²⁶. Aus der ratio dieser Bestimmung ergibt sich auch die Zulässigkeit des Ausschlussgrundes gemäss Art. 11 lit. d BöB, welcher die Einhaltung der Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann (Art. 8 lit. b und lit. c BöB) durchsetzen soll¹²⁷. Damit verstösst die Integration von gesetzlichen Mindeststandards in den Beschaffungsprozess nicht gegen Art. VIII GPA. In diesem Sinne sieht neu auch Art. 57 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU einen fakultativen Ausschlussgrund vor für den Fall, dass die ILO-Kernarbeitsnormen nicht eingehalten sind¹²⁸. Als Sank-

¹²³ Vgl. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen 2004, S. 95; wird der *faire* Wettbewerb als Ziel des Vergaberechts selbst definiert, spricht dies jedenfalls für die von Bultmann vertretene Auffassung.

¹²⁴ Darum handelt es sich bei der Anforderung, dass die ILO Core Labour Standards einzuhalten sind, vergaberechtsdogmatisch auch nicht um ein Eignungskriterium; vgl. dazu für das deutsche Recht das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, VII – Verg 39/13

¹²⁵ Vgl. McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, S. 485 f.

¹²⁶ Vgl. Christian Pitschas, Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA 2012), in: *Jahrbuch forum vergabe* 2013, S. 109 ff., insb. S. 120. Richtig ist, dass sich das GPA "nicht explizit mit den ILO-Kernarbeitsnormen befasst" (Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 20 zu Art. 14 Abs. 1 und 2 VE BöB).

¹²⁷ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 36 mit Hinweis; differenzierend zwischen Ausschlussgründen und der Auswahl der am besten geeigneten Unternehmen Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, Rz. 1311

¹²⁸ Vgl. dazu auch Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie und den Annex X, in welchem insbesondere die ILO-Kernarbeitsnormen aufgelistet werden. In diesem Sinne wird denn auch festgehalten, dass die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards sowohl in der Schweiz als auch in der EU "zum Acquis" gehört (Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 20 zu Art. 14 Abs. 1 und 2). Indessen steht es den Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 2014/24/EU frei, ob sie einen entsprechenden Ausschlussgrund vorsehen wollen.

tion kann nicht nur der Ausschluss oder der Widerruf des Zuschlags drohen, sondern wie etwa im Bereich der Schwarzarbeit auch die Auftrags-sperre, also der Ausschluss von künftigen Vergaben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren¹²⁹. Dabei ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten¹³⁰.

3.3 Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung

Nach Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA erteilt die Beschaffungsstelle den Zuschlag dem Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das wirtschaftlich günstigste (bzw. vorteilhafteste; "most advantageous") beurteilt wird¹³¹. Aus der kantonalen Gerichtspraxis betreffend die Lehrlingsausbildung¹³² wie auch aus dem Max Havelaar-Entscheid des EuGH betreffend "fair trade" als Zuschlagskriterium¹³³ kann der Schluss gezogen werden, dass es auch im Lichte von Art. XIII Abs. 4 GPA nicht unzulässig ist, die Angebote im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots teilweise auch anhand von vergabefremden Kriterien zu bewerten¹³⁴. Dieses Ergebnis entspricht auch der hier vertretenen Auffassung; das Erfordernis, dass keines der im Rahmen der Evaluation berücksichtigten Kriterien vergabefremd sein darf, würde der Interpretation des GPA als Mindeststandard widersprechen¹³⁵. In diesem Sinne hält auch

¹²⁹ Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) vom 17. Juni 2005

¹³⁰ Vgl. dazu etwa den Entscheid VB.2007.00540 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2008, E. 3.8; Zufferey/Dubey (Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 7) führen dazu aus, dass das im Rahmen von Art. 8 BöB auch bedeute, dass der Ausschluss, wenn er verhältnismässig ist, erfolgen müsse und entgegen der in Art. 8 BöB verwendeten "kann"-Formulierung nicht im Ermessen der Auftraggeberin liege.

¹³¹ McCrudden geht grundsätzlich davon aus, dass das vorteilhafteste nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot zu sein braucht (Buying Social Justice, Oxford 2007, S. 487).

¹³² Vgl. Kapitel II Punkt 2 S. 16 f. hiervor mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich und AGVE 2001, 342 ff, insb. E. 1c/bb/aaa S. 344 ff.

¹³³ Urteil des EuGH in der Rechtssache 368/10 vom 10. Mai 2012, a.a.O. [Fn. 29], insb. Rdnr 91; auch im neuen Richtlinienrecht nicht in Frage gestellt wird aber das Erfordernis des Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand (vgl. Rdnr. 108 des zitierten Urteils und dazu wiederum Steiner, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung (im Folgenden: Gütesiegel), in: ELR 2012, S. 130 ff., insb. S. 136); vgl. dazu und zu Art. 67 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU ausführlich das Kapitel VII/4 hiernach

¹³⁴ So (bereits vor Ergehen des Max Havelaar-Entscheids) auch Gaedtke, Politische Auftragsvergabe, a.a.O. [Fn. 107], S. 123

¹³⁵ Vgl. dazu das Kapitel IV/2 hiervor sowie Arrowsmith, Secondary Policies under the GPA, a.a.O. [Fn. 100], S. 343 f. mit dem Hinweis auf den Umstand, dass sich vergabefremde Zuschlagskriterien regelmässig weniger marktbeschränkend auswirken als andere Formen der Berücksichtigung von "secon-

Pünder fest, dass sich dies bereits aus dem Begriff des "most advantageous tender" ergebe¹³⁶. Vergleichbar führt Odendahl aus, dass die Kategorie der Zuschlagskriterien am ehesten vergabefremden Gesichtspunkten zugänglich ist¹³⁷. Es gibt damit einen gewissen Spielraum für einen "gemeinwohlorientierten" Wirtschaftlichkeitsbegriff¹³⁸. Diese Auslegung des GPA entspricht auch dem Gedanken, dass hier im Unterschied zu klassischem WTO-Recht mehr Spielräume auch in Bezug auf die Herstellungsbedingungen angenommen werden können, weil der Staat in diesem Zusammenhang die private Nachfrage (im Unterschied zu einem Importverbot) dem Markt überlässt, sich also einer Regulierung enthält, und nur, aber immerhin, die Regeln für seinen eigenen consumer choice definiert¹³⁹. Dies wiederum bedeutet, dass es keine völkerrechtliche Verpflichtung gibt, die Lehrlingsausbildung nur unter der Voraussetzung zu berücksichtigen, dass die Angebote ansonsten gleichwertig sind (vgl. dazu Art. 39 Abs. 5 VE BÖB 2008)¹⁴⁰. Dies gilt jedenfalls unter der (hypothetischen) Prämisse, dass alle GPA-Staaten ein vergleichbares Bildungssystem haben. Allerdings ist Art. XIII Abs. 4 GPA vorsichtigerweise so auszulegen, dass die Bestimmung in Bezug auf die Gewichtung der Kriterien nicht rein formaler Natur ist. Dies hat zur Folge, dass Art. XIII GPA wohl dadurch verletzt werden kann, dass das Kriterium Lehrlingsausbildung im Vergleich zum Preis zu

dary policies". So können beispielsweise "conditions for performance of contracts" in der Wirkung einem Ausschlussgrund gleichkommen. In diesem Sinne spricht die Tatsache, dass die Bedingungen für die Auftragsausführung gemäss Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU als GPA-konform gelten, aufgrund eines Grössenschlusses für die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen auch vergabefremde Zuschlagskriterien als GPA-konform zu betrachten.

¹³⁶ Pünder, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013, S. 71 ff., S. 88

¹³⁷ Odendahl, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 2004, S. 647 ff., insb. S. 651; anders etwa Kunnert, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 275. Die EU-Kommission hat sich diese Sicht der Dinge zu eigen gemacht, wenn sie im Grünbuch (noch vor Ergehen des Max Havelaar-Urteils des EuGH) schreibt, das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots scheine am besten geeignet, um auch andere politische Ziele zu verfolgen (Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, Kom [2011] 15 endg., S. 42 Frage 70).

¹³⁸ Beckmann, Sekundärzwecke, in: Kompendium des Vergaberechts, a.a.O. [Fn. 40], S. 437

¹³⁹ Insoweit ist in Bezug auf umweltfreundliche technische Spezifikationen sogar von einer lex specialis (Art. VI GPA) auszugehen (vgl. Sue Arrowsmith/Peter Kunzlik (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, S. 21 ff., sowie Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 162

¹⁴⁰ Ausdrücklich gegenteiliger Ansicht der Bundesrat in seiner Antwort vom 7. Juni 2004 auf die Motion Galladé zur Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium für öffentliche Aufträge (04.3061); dieser Auffassung nach dürften etwa die zürcherische und die aargauische Submissionsgesetzgebung im Anwendungsbereich des GPA wegen Verstosses gegen Art. XIII GPA nicht angewendet werden (so im Ergebnis schon Stöckli, Baurecht 2/2000, S. 59, Anmerkung zu den Entscheiden S17 und S18; weiterhin ablehnend Stöckli, Baurecht 2/2008, S. 97, Anmerkung zu den Entscheiden S18-S20).

stark gewichtet wird¹⁴¹; damit wäre die Rechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte zur Lehrlingsausbildung¹⁴² - ohne dass damit im vorliegenden Zusammenhang eine prozentgenaue Vorgabe gemeint wäre - insoweit auch als Auslegung von Art. XIII Abs. 4 GPA zu verstehen¹⁴³.

V. Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen, insb. der ILO-Kernarbeitsnormen, als Ausschlussgrund

1. Die Arbeitsbedingungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB

Art. 8 BÖB trägt den Titel Verfahrensgrundsätze; demgegenüber werden nach Art. 14 VE BÖB die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen separat geregelt. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB (vgl. dazu für kantonale Beschaffungen Art. 11 lit. d IVöB bzw. Art. 13 E-IVöB) vergibt die Auftraggeberin den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter, welcher die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer gewährleisten. Als Arbeitsbedingungen gelten nach Art. 7 Abs. 1 VöB die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge und, wo diese fehlen, die tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen¹⁴⁴. Gemäss Art. 6 Abs. 5 VöB sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss zur Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 BÖB Konventionalstrafen vor. Nach Art. 12 Abs. 3 des VE VöB verpflichtet die Auftraggeberin die Anbieterin vertraglich, die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen und die Bestimmungen zur Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einzuhalten sowie ihre Subunternehmerinnen vertraglich zu

¹⁴¹ Vgl. diesbezüglich zum europäischen Vergaberecht Steiner, Gütesiegel, a.a.O. [Fn. 126], S. 136; anderer Ansicht Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkung 4, S. 263 f., wobei ein Vorbehalt gemacht wird für die Frage, wie stark ökologische und soziale Kriterien zusammen gewichtet werden sollen. Die Position zur Gewichtung entspricht gedanklich der Auffassung von Beyeler, wonach fair trade- Aspekte nicht vergabefremd sind und auch als technische Spezifikationen verwendet werden können, was aber, wie aufgezeigt, wohl nicht GPA-konform wäre (vgl. dazu das Kapitel IV/3.1 hiervor). Die hier postulierte Vorsicht bei der Gewichtung bezieht sich auf Aspekte, deren Zulässigkeit als technische Spezifikationen fraglich erscheint. Darum erscheint der Schluss von 45 Prozent Gewichtung für ökologische Aspekte (vgl. dazu das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-448/01 vom 4. Dezember 2013 EVN/Wienstrom, Rdnr. 42 f.) auf 45 Prozent Gewichtung von "fair trade"-Aspekten nicht selbstverständlich.

¹⁴² Vgl. dazu Kapitel III/3

¹⁴³ Damit ist die Antwort auf die Frage, ob das in Frage stehende politische Ziel nicht mit anderen Mitteln volkswirtschaftlich effizienter zu erreichen wäre, nicht ein Auslegungsergebnis in Bezug auf Art. XIII Abs. 4 des GPA, sondern ein rechtspolitischer Entscheid des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. zum Ganzen etwa Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, a.a.o. [Fn. 48], S. 497 f.).

¹⁴⁴ Vgl. zur Balance zwischen Leistungs- und Herkunftsortsprinzip nach dem neuem BÖB-Entwurf den Erläuternden Bericht VE BÖB, a.a.O. [Fn. 37], S. 20 zu Art. 14 VE BÖB).

deren Einhaltung zu verpflichten. Zur Durchsetzung dieser Verpflichtungen sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss Konventionalstrafen vor. Im erläuternden Bericht zum VE VöB wird zudem (S. 8 zu Art. 12 Abs. 3 VE BöB) auf die Solidarhaftung des Erstunternehmers im Bauhaupt- oder Baunebengewerbe für die Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und der Arbeitsbedingungen durch seine Subunternehmerinnen gemäss Art. 5 des Entsendegesetzes hingewiesen¹⁴⁵.

2. Die Herstellung von Produkten im Ausland und die Entsendung von Arbeitnehmern

Im Ausland erbrachte Arbeitsleistungen sind vom Wortlaut der (noch) geltenden Bestimmung(Art. 8 BöB) nicht explizit erfasst. Im Rahmen der GATT-Botschaft 2 ist dazu festgehalten worden, eine Regelung, welche für die Produktion im Ausland schweizerischen Standards verlangen würde, "würde als diskriminatorisch erachtet"¹⁴⁶. Der in der Botschaft enthaltene Satz, die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen und der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots von Frau und Mann "sollten ... vor allem [im Verkehr mit] ausländischen Anbieterinnen zusätzlich vertraglich vereinbart werden"¹⁴⁷, kann einerseits so verstanden werden, dass sich Ausschlussgrund und Konventionalstrafensystem in Bezug auf in der Schweiz erbrachte Leistungen ergänzen sollen. Andererseits kann daraus die Intention gelesen werden, auch in Bezug auf die Produktion im Ausland gewisse elementare Standards zu definieren. Inzwischen gilt in Ergänzung zu Art. 8 BöB als flankierende Massnahme zu den Bilateralen das Entsendegesetz¹⁴⁸. Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes müssen die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens gewisse Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind¹⁴⁹. In diesem Zusammenhang gilt die Schweiz als Leistungsort. Sanktionen sind nicht nur denkbar

¹⁴⁵ Vgl. dazu schon Art. 25 Abs. 3 VE BöB 2008; der Schweizerische Gewerkschaftsbund will weitergehend die Subunternehmerketten gesetzlich beschränkt wissen (Vernehmlassung zum E-IVöB vom 19. Dezember 2014, S. 5 zu Art. 33 E-IVöB).

¹⁴⁶ GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 960, S. 1186

¹⁴⁷ GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 960, S. 1186 f.

¹⁴⁸ Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20)

¹⁴⁹ Vgl. zum Ganzen Wyler, *Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs*, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zürich 2008, S. 247 ff., insb. S. 259 ff.

für die Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen¹⁵⁰, sondern auch wegen falscher Angaben von Anbieterinnen gegenüber der Auftraggeberin¹⁵¹.

3. Die ILO-Kernübereinkommen als Mindestvorgabe im Bereich der Arbeitsbedingungen für im Ausland hergestellte Produkte

Es ist unstrittig, dass für die Herstellung von Waren im Ausland (z.B. Textilien aus Thailand), welche in die Schweiz geliefert werden, als Leistungsort das Produktionsland gilt. Daraus ergibt sich nach dem Erläuternden Bericht zum VE BöB 2008, dass das im Ausland geltende Recht einzuhalten ist. Unterschreitet das jeweilige Recht des Leistungsortes die Regeln der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, so war schon nach dem ausdrücklichen Wortlaut des VE BöB (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 VE BöB) und ist seit dem 1. Januar 2010 gemäss dem geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB vorgesehen, dass zumindest diese eingehalten werden müssen¹⁵². De lege ferenda sollen die ILO-Kernarbeitsnormen für Bund und Kantone als Mindeststandard bzw. deren Nichteinhaltung als Ausschlussgrund definiert werden¹⁵³. Dies setzt voraus, dass die Rechtsnatur der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation derart ist, dass eine Einhaltung derselben zumindest in allen ILO-Mitgliedstaaten, bestenfalls aber weltweit eingefordert werden kann. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass mit den ILO-Kernübereinkommen¹⁵⁴ Mindeststandards in Bezug auf die Aspekte Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen, Beseitigung der Zwangsarbeit, Abschaffung der Kinderarbeit sowie Verbot der Diskriminie-

¹⁵⁰ Dabei sind Konventionalstrafenabreden betreffend Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen im Zweifel so zu verstehen, dass nur Verstösse im Rahmen des Vertragsverhältnisses unter die Konventionalstrafe fallen (Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 4. August 2010 E. 4.6)

¹⁵¹ Vgl. dazu etwa die Urteile des Bundesgerichts 2C_315/2013 vom 18. September 2014 und des Luzerner Verwaltungsgerichts V 11 91/92 vom 16. Juni 2011 (LGVE 2011 II Nr. 3)

¹⁵² Erläuternder Bericht VE BöB 2008, a.a.O. [Fn. 1], S. 44. Gemäss § 84 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 vom 31. Jänner 2006 sind ausserdem die ILO-Abkommen Nrn. 94, 95 und 183 einzuhalten.

¹⁵³ Vgl. dazu ausführlich des Kapitel V/5 hiernach

¹⁵⁴ Bestehend aus dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, dem Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit, dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, dem Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, dem Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung sowie dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit; vgl. www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm und Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (im Folgenden: Fundamentale Arbeitsnormen), Bern 2002, S. 12 ff.

rung in Beschäftigung und Beruf statuiert werden. Von vornherein unproblematisch erscheint demnach die Aussage, dass von allen Anbietern, welche in Staaten produzieren, welche diese Kernübereinkommen ratifiziert haben, verlangt werden darf, dass sie diese Mindeststandards einhalten. Indessen sind die Mitglieder der ILO noch einen Schritt weitergegangen. Mit der Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemassnahmen¹⁵⁵ hat die ILO "den Realitäten der Globalisierung der Wirtschaft einen echten Mindestsozialsockel auf weltweiter Ebene" entgegengestellt¹⁵⁶. Im Rahmen dieser Erklärung ist einerseits Klarheit darüber geschaffen worden, welchen der über 180 Übereinkommen fundamentaler Charakter zukommt¹⁵⁷. Andererseits wird in der Erklärung darauf hingewiesen, dass alle derzeit 183 Mitgliedstaaten, auch wenn sie die betreffenden Übereinkommen nicht ratifiziert haben, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation verpflichtet sind, die Grundsätze betreffend die grundlegenden Rechte, die Gegenstand der Kernübereinkommen sind, in gutem Glauben zu fördern und zu verwirklichen¹⁵⁸. Damit sind die entsprechenden Normen mehr als nur Völkervertragsrecht. Das Verbot der Zwangsarbeit wird, obwohl immer noch Schwierigkeiten in der Durchsetzung bestehen, inzwischen aus völkerrechtlicher Sicht als *ius cogens* beschrieben¹⁵⁹. In Bezug auf das Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit zieht Brupbacher sowohl die Qualifikation als Völkergewohnheitsrecht als auch diejenige als *ius cogens* in Erwägung¹⁶⁰. Damit ist davon auszugehen, dass die Einhaltung der Kernübereinkommen jedenfalls in allen Mitgliedstaaten der ILO und zumindest in Bezug auf Zwangs- und Kinderarbeit weltweit nicht nur von den Staaten selbst, sondern auch von den dort produzierenden Anbietern verlangt werden darf. Nach dem Gesagten sind jedenfalls die rechtlichen Risiken einer standardmässigen Anforderung an die Anbieter, die ILO-Mindeststandards einzuhalten, absolut vernachlässigbar. Davon geht im Übrigen auch das EU-Vergaberecht aus, wenn in Erwä-

¹⁵⁵ BBI 2000 292; angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf, 18. Juni 1998; auf diese Erklärung wird denn auch mit Blick auf Art. 14 Abs.1 VE BöB ausdrücklich verwiesen (Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 20 zu Art. 14 Abs. 1 und 2 VE BöB).

¹⁵⁶ Hansenne, Vorstellung der in Fn. 160 genannten Erklärung auf der ILO-Homepage (vgl. Fn. 154); vgl. zu ILO-Standards als Thema der G20 unter anderem "Votum der Schweiz für soziale Mindestnormen", NZZ vom 24. Mai 2011, S. 23

¹⁵⁷ Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 154], S. 11 und S. 22. Die entsprechenden Abkommen sind als neuer *Anhang 2a* zur VöB aufgezählt (AS 2009 6169); vgl. zu Art. 7 Abs. 2 VöB bzw. Art. 14 Abs. 1 VE BöB das Kapitel V/4 f. hiernach.

¹⁵⁸ Addo, Core Labour Standards and International Trade, Berlin/Heidelberg 2015, S. 105 ff.; vgl. dazu die Antwort des Bundesrates vom 5. September 2001 auf die als Postulat überwiesene Motion 01.3362 Christian Grobet vom 21. Juni 2001 betreffend Clean Clothes Campaign.

¹⁵⁹ Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 154], S. 14; vgl. zur Möglichkeit einer diesbezüglichen "state practice" im Sinne von Völkergewohnheitsrecht Addo, a.a.O. [Fn. 158], S. 117

¹⁶⁰ Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 154], S. 16

gungsgrund 33 zur Richtlinie 2004/18/EG gesagt wird, als Bedingung sei etwa die Vorgabe möglich, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der ILO seien auch dann im Wesentlichen einzuhalten, wenn diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind¹⁶¹. Das gilt nun erst recht für den diesbezüglich einschlägigen fakultativen Ausschlussgrund gemäss Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

4. Die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund nach dem geltenden Beschaffungsrecht des Bundes

Die Tatsache, dass die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen verlangt werden kann, bedeutet aber nicht automatisch, dass den Anbietern auch der Ausschluss oder der Widerruf des Zuschlags für den Fall der Nichteinhaltung angedroht werden muss oder kann¹⁶². Hierzu bedarf es vielmehr einer gesetzlichen Grundlage. Diese ist für die Arbeitsbedingungen (im Unterschied etwa zur Umweltschutzgesetzgebung auf Bundesebene *de lege lata*¹⁶³) mit Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB gegeben. Mit dem Entsendegesetz ist dieselbe Zielsetzung auch in Bezug auf einen grösseren Zusammenhang nochmals betont worden. Damit lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung im Sinne objektiv-zeitgemässer Auslegung auch die Androhung des Ausschlusses für den Fall der Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen auf Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Art. 11 lit. d BöB stützen. Denn die ILO-Mindeststandards dienen dem mit Art. 8 BöB verfolgten Zweck. Es soll im Sinne einer gesamtheitlichen Sicht auf die Folgen der Globalisierung durch die Statuierung eines Ausschlussgrundes verhindert werden, dass gewisse Anbieter durch die Nichteinhaltung von Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen Wettbewerbsvorteile erlangen und der Staat sich diesen Umstand zunutze macht. Würde sich der Bund anders verhalten, würde er im Ergebnis seine als Mitglied der ILO eingegangenen Verpflichtungen in Frage stellen¹⁶⁴. Zudem soll der sich aus

¹⁶¹ Vgl. zum entsprechenden Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2004/17/EG Arrowsmith/Maund, CSR in the utilities sector, in: Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, a.a.O. [Fn. 111], S. 436 ff., insb. S. 448

¹⁶² Vgl. dazu etwa Ziekow, Faires Beschaffungswesen, a.a.O. [Fn. 4], S. 15 f. und S. 28; zur Grundrechtsqualität der ILO-Kernübereinkommen und sich daraus allenfalls ergebenden legitimen öffentlichen Interessen zur Beschränkung anderer Grundrechte vgl. Ziekow, a.a.O. [Fn. 4], S. 28

¹⁶³ Vgl. dazu Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 59, sowie die Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 5. *De lege ferenda* war in Art. 25 Abs. 1 lit. d VE BöB ein entsprechender Ausschlussgrund vorgesehen; dies gilt aber weder für den VE BöB noch für den E-IVöB (dazu kritisch Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 154 f.).

¹⁶⁴ Vgl. zur besonders aktiven Rolle der Schweiz im Rahmen der ILO die Antwort des Bundesrates vom 5. September 2001 auf die als Postulat überwiesene Motion 01.3362 Christian Grobet vom 21. Juni 2001 betreffend Clean Clothes Campaign

den unterschiedlichen Arbeitsbedingungen ergebende Wettbewerbsvorteil eines in Thailand produzierenden Unternehmens dem Ziel der Norm entsprechend nicht grösser sein als die Differenz zwischen den schweizerischen und den in den ILO-Kernübereinkommen gewährleisteten Standards¹⁶⁵. In diesem Sinne setzt die Berücksichtigung der ILO-Kernübereinkommen als absolut elementarer Mindeststandards im Rahmen des Vergaberechts zwar eine gesetzliche Grundlage voraus. Indessen genügt es in Bezug auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm, dass die Arbeitsbedingungen in Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB geregelt werden; einer expliziten Nennung der ILO-Kernübereinkommen im Beschaffungsgesetz selbst bedarf es nicht¹⁶⁶. Davon ausgehend hat der Bundesrat am 18. November 2009 im Sinne einer faktisch vorgezogenen Teilrevision des BöB Art. 7 Abs. 2 VöB verabschiedet¹⁶⁷. Nach dieser Bestimmung hat die Anbieterin zumindest die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen zu gewährleisten, wenn die Leistung im Ausland erbracht wird¹⁶⁸.

Auch im Rahmen der Umsetzung stellen sich noch rechtliche Fragen: Während der EuGH im Rahmen der Vergaberechtskonformitätsprüfung von Zuschlagskriterien formuliert hat, es dürfen nur solche statuiert werden, welche einer Überprüfung und Bewertung zugänglich sind¹⁶⁹, können Min-

¹⁶⁵ Dasselbe Argument ist auch auf die am Produktionsort geltenden Gesetze betreffend Arbeitsbedingungen anwendbar. Deshalb geht der Erläuternde Bericht VE BöB 2008, a.a.O. [Fn. 1], S. 44, davon aus, dass auch diese Bestimmungen nicht nur einzuhalten sind, sondern bei Nichteinhaltung de lege ferenda auch ein Ausschluss erfolgen kann (vgl. in diesem Sinne bereits die Antwort des Bundesrates vom 28. September 2007 zur Motion 07.3540 Vreni Müller-Hemmi/Evi Allemann vom 22. Juni 2007). Zur vergleichbaren Konstellation in Bezug auf die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung am Produktionsort Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 61 f.

¹⁶⁶ Die Gegenmeinung liesse sich damit begründen, dass auch die ILO-Mindeststandards als vergaberechtlicher Ausschlussgrund politisch nicht unumstritten sind (vgl. dazu etwa die Behandlung der Motion 06.3850 Evi Allemann betreffend IAO-Kernübereinkommen im öffentlichen Beschaffungswesen vom 20. Dezember 2006 oder die Diskussion im Zürcher Kantonsrat vom 20. August 2009 zur Motion Julia Gerber et alii betreffend Berücksichtigung der IAO-Kernübereinkommen vom 2. April 2007). Mit Blick auf dieses Argument betont der Bundesrat im Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB (a.a.O. [Fn. 22], S. 7 zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB), die entsprechende Neuerung habe in der Vernehmlassung zum VE BöB 2008 einhellige Zustimmung gefunden. Die Aufnahme weitgehend unbestritten gebliebener Bestimmungen, welche "zur Klärung gewisser Sachverhalte beitragen", auch wenn sie sich nicht oder nur indirekt konjunkturfördernd auswirken, entspricht denn auch der erklärten Strategie des Verordnungsgebers in Bezug auf die ganze Verordnungsänderung (Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB, S. 4).

¹⁶⁷ Zur Frage der Normierungsstufe führt die Regierung im Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB (S. 7 zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB) aus, es wäre wünschbar, diese Bestimmung im Rahmen der geplanten Revision BöB auf Gesetzesstufe anzuheben; vgl. zum Ganzen Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 152 f.

¹⁶⁸ Daneben sind auch die gesetzlichen Mindeststandards im Produktionsland einzuhalten, was mit "zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen" zum Ausdruck gebracht wird; nicht gesagt wird, ob die Nichteinhaltung derselben ebenfalls zum Ausschluss des Anbieters führt.

¹⁶⁹ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 47 mit Hinweisen; zum selben Problem in Bezug auf die Umschreibung des Auftragsgegenstands vgl. etwa Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. (Hrsg.), Buy IT fair, Leitfaden zur Beschaffung von Computern nach sozialen und ökologischen Kriterien (im Folgenden: Buy IT fair), Berlin 2009, S. 23

deststandards als Ausschlussgründe wohl politisch, aber nicht rechtlich mit der Begründung in Frage gestellt werden, der Vollzug und die Kontrolle gestalteten sich schwierig¹⁷⁰. Die Art des zu fordernden Nachweises hat indessen mit dem faktischen Funktionieren der Kontrolle zu tun¹⁷¹. Jedenfalls muss, wenn bestimmte Zertifikate als Nachweis für hinreichend erklärt werden, auch der anderweitige Nachweis zulässig sein¹⁷². Der vorgesehene Ausschluss für den Fall der Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen ist den Anbietern im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu machen¹⁷³. Ausserdem ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten¹⁷⁴. Beyeler empfiehlt den Vergabestellen, die Nichteinhaltung der ILO-Übereinkommen ausserdem als vertraglichen Auflösungsgrund zu stipulieren¹⁷⁵. Aus juristischer Sicht nicht problematisch ist der Umstand, dass die Vergabestelle, indem sie etwa Audits in Bangladesch veranlasst, auf die Herstellungsbedingungen im Ausland Einfluss nimmt, weil sie das (im Unterschied etwa zu einem Importverbot) nicht hoheitlich tut im Sinne der extraterritorialen Regulierung von Produktion oder Handel, sondern in ihrer Rolle als Konsumentin¹⁷⁶.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b VöB sollen Subunternehmer und Lieferanten, denen die Anbieter Aufträge weitergeben, durch diese vertraglich verpflichtet werden, die Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB einzuhalten. Inspiriert durch diese Bestimmung sehen die Empfehlungen der Beschaffungskommission vor, Subunternehmer und Lieferanten auch in Bezug auf die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen miteinzubeziehen¹⁷⁷, wobei die Kontrolle aus verwaltungsökonomischen Gründen auf wichtige Dritte beschränkt werden soll, welche einen wesentlichen Teil des Auftrags

¹⁷⁰ Vgl. etwa zur Durchführung von Audits die Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], insb. S. 16 f.

¹⁷¹ Vgl. dazu unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit der entsprechenden Anforderungen an die Unternehmen etwa Ziekow, Faires Beschaffungswesen, a.a.O. [Fn. 4], S. 29

¹⁷² Vgl. etwa Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 169], S. 25

¹⁷³ Vgl. Ziekow, Faires Beschaffungswesen, a.a.O. [Fn. 4], S. 25 f., sowie die Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 11; zur Unbestimmtheit des Begriffs Arbeitsbedingungen in diesem Zusammenhang vgl. etwa Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 169], S. 21

¹⁷⁴ So kann beispielsweise nicht die Beschaffung von Natursteinen aus Indien generell ausgeschlossen werden mit der Begründung, dort seien mehrere Verstösse gegen die ILO-Kernübereinkommen nachgewiesen worden.

¹⁷⁵ Baurecht 2010, S. 106 mit dem Hinweis, eine entsprechende Anpassung von Art. 6 Abs. 1 VöB sei offenbar vergessen worden. Vgl. zur vorgesehenen Absicherung durch Konventionalstrafen und der Möglichkeit der Vertragsauflösung die Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 14 f., insb. zum Punkt "Formulierung der AGB"

¹⁷⁶ Vgl. Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 153; so im Ergebnis auch aus strafrechtlicher Sicht das Kurzgutachten Hans Vest vom 25. Mai 2011: Es geht der Sache nach nicht um hoheitliches, sondern um "rechtsgeschäftliches Handeln staatlicher Institutionen".

¹⁷⁷ Vgl. dazu etwa die Weisungen betreffend die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen im öffentlichen Beschaffungswesen des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements Graubünden vom 22. April 2010 mit entsprechender Anpassung des Selbstdeklarationsblattes

erfüllen¹⁷⁸. Die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen durch wichtige Dritte kann nach dem Konzept der Empfehlungen auch Sanktionen gegenüber der Hauptanbieterin nach sich ziehen¹⁷⁹.

5. Die ILO-Kernarbeitsnormen *de lege ferenda* und "living wages"¹⁸⁰

Im Rahmen der laufenden Vergaberechtsreform wird einerseits auf Bundesebene die Regelung des Art. 7 Abs. 2 VöB auf Gesetzesstufe verankert (Art. 14 Abs. 1 VE BöB)¹⁸¹. Andererseits wird auch das (inter)kantonale Vergaberecht entsprechend harmonisiert (Art. 13 Abs. 1 E-IVöB), wobei ausdrücklich betont wird, dass die Anbieterinnen ihre Subunternehmerinnen ebenfalls verpflichten müssen, diese Anforderungen einzuhalten¹⁸². Die ILO-Kernarbeitsnormen werden jeweils in separaten Anhängen aufgelistet, auf welche verwiesen wird¹⁸³. In gleicher Weise ist im neuen EU-Richtlinienrecht ein fakultativer Ausschlussgrund für den Fall der Nichteinhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen geschaffen worden¹⁸⁴. Dabei geht es nicht nur um eine "Globalisierung mit menschlichem Antlitz". Vielmehr soll den Vergabestellen auch ganz pragmatisch im Sinne von Reputationsrisikomanagement ein Instrumentarium in die Hand gegeben werden, um die schlimmsten Reputationsschäden zu vermeiden. Werden diese Bestimmungen Gesetz, stellt sich die Frage nach der hinreichenden Rechtsgrundlage jedenfalls insoweit auch für das interkantonale Recht nicht mehr¹⁸⁵. Diese ausdrückliche Regelung lässt aber auch den Umkehrschluss zu, dass mangels gesetzlicher Grundlage auch *de lege ferenda* kein Aus-

¹⁷⁸ Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 10, wobei dort als wichtiger Dritter auch bezeichnet wird, wer in einem besonders risikofälligen Bereich tätig ist.

¹⁷⁹ Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 14 f.

¹⁸⁰ Das Thema "living wages" ist wissenschaftlich nicht in gleicher Weise durchdrungen wie die übrigen im vorliegenden Arbeitspapier erörterten Aspekte. Demnach sind die nachfolgenden Ausführungen mit besonderer Vorsicht zu genießen. Weitergehende Überlegungen würden den Rahmen eines Arbeitspapiers auch unweigerlich sprengen. Der Entwurf IVöB sieht keine gesetzliche Grundlage für die Berücksichtigung von "living wages" vor; vgl. zu sozialen Zuschlagskriterien nach den Materialien das Kapitel I/2.2 hiervor in fine.

¹⁸¹ Im Erläuternden Bericht VE BöB wird dazu festgehalten, dass die Einhaltung minimaler Arbeits- und Sozialstandards aufgrund von Missständen in Produktionsbetrieben in den vergangenen Jahren Beachtung gefunden hat (a.a.O. [Fn. 38], S. 20 zu Art. 14 Abs. 1 und 2 BöB; vgl. zum politischen Kontext etwa die Motion 12.3693 [Pardini] vom 12. September 2012 "Beschaffung von Armasuisse. Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen").

¹⁸² Diesbezüglich wird vom Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass es bereits heute der Praxis vieler Kantone entspricht, die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen zu verlangen (Erläuternder Bericht E-IVöB, a.a.O. [Fn. 37], S. 21. f. zu Art. 13 Abs. 1 und 2 E-IVöB).

¹⁸³ Anhang 4 zum VE BöB (zu Art. 14 Abs. 1 VE BöB) bzw. Anhang 3 zum E-IVöB

¹⁸⁴ Art. 57 Abs. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. ausführlich und insbesondere zur GPA-Konformität das Kapitel IV/3.2.2 hiervor).

¹⁸⁵ Vgl. zum geltenden Recht (Art. 7 Abs. 2 VöB) das Kapitel V/4 hiervor

schluss von Anbieterinnen möglich ist, soweit weitergehende "Zusatzanforderungen für menschenwürdige Arbeitsbedingungen" in Frage stehen. Dies gilt einerseits für "gewöhnliche" ILO-Abkommen, soweit der Staat, in welchem produziert wird, diese nicht ratifiziert hat. Dasselbe trifft andererseits zu für die sogenannten "living wages". Auszugehen ist insoweit von der Tatsache, dass einige Staaten ihre Mindestlöhne mit Blick auf den globalen Wettbewerb so tief ansetzen, dass sie mit Blick auf das reale Existenzminimum – ohne dass hier behauptet werden soll, dass es dafür eine griffige Definition gibt – als nicht anreichend angesehen werden können. Dadurch ergeben sich wiederum Reputationsrisiken für die Vergabestelle¹⁸⁶. Demnach entsteht ein Anreiz, im Rahmen der Vergabe von öffentlich Aufträgen für bestimmte Produktionsländer (beschränkt auf den öffentlichen Einkauf und bestimmte risikoreiche Sektoren wie etwa die Textilproduktion) einen dem "realen Existenzminimum" eher entsprechenden Mindestlohn vorzugeben oder für den gesetzlichen Mindestlohn übersteigende Lohnzahlungen Bewertungsvorteile vorzusehen¹⁸⁷. Damit stellt sich wiederum die Frage der Rechtskonformität entsprechender Erfordernisse, insbesondere mit Blick auf das GPA¹⁸⁸. Je höher die verlangten Standards sind, desto eher geraten sie in den Geruch protektionistischer Zielsetzung¹⁸⁹. In diesem Sinne sollte mit dem geltenden Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB eine Regelung getroffen werden, welcher auch nicht der Anschein "diskriminatorisch[er]" Natur anhaftet¹⁹⁰. Offensichtlich unzulässig wäre mit Blick auf das GPA naheliegenderweise die Vorgabe schweizerischer Mindestlöhne für die Produktion in GPA-Mitgliedstaaten. Im gleichen Sinne hat der EuGH mit Urteil vom 18. September 2014 aus EU-vergaberechtlicher Sicht eine Ausschreibungsbedingung beanstandet, nach welcher der Bieter erklären musste, von seinen Subunternehmern zu verlangen, sich zur Einhaltung des deutschen Mindestlohns zu verpflichten, obwohl die in Frage stehende Dienstleistung durch einen Subunternehmer in Polen

¹⁸⁶ Dies gilt beispielsweise für die Textilproduktion in Mazedonien.

¹⁸⁷ Sollen direkte Vorgaben gemacht werden, kommen entweder ein entsprechender Ausschlussgrund oder eine Vertragsbedingung (vergleichbar einer solchen im Sinne von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU). Alternativ wäre auch ein Konzept denkbar, wonach die Bezahlung von "living wages" im Rahmen eines sozialen Zuschlagskriteriums als Bewertungsvorteil gemäss Art. 21 Abs. 1 BÖB zu berücksichtigt werden (vgl. dazu mutatis mutandis den in BGE 140 I 285 zu beurteilenden Sachverhalt; Bewertungsvorteile bei höherem Lohn für Reinigungspersonal). Gegen den Ausschlussgrund spricht möglicherweise der Umstand, dass es sich bei "living wages" nicht um im Produktionsland geltende gesetzliche Mindeststandards handelt.

¹⁸⁸ Vgl. dazu Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 169], S. 14. Hier werden andere zusätzliche ILO-Konventionen aufgezählt als in § 84 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 (vgl. Fn. 152 hiavor).

¹⁸⁹ Vgl. zu Standards im Bereich der Arbeitnehmerrechte etwa Christoph Eisenring, Amerikas neuer Protektionismus, NZZ vom 13. April 2010, S. 27

¹⁹⁰ GATT-Botschaft 2, a.a.O. [Fn. 6], S. 1186

erbracht werden sollte¹⁹¹. Bevor rechtliche Schritte eingeleitet wurden, hatte der Anbieter die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass dem deutschen Mindestlohn entsprechende Gehälter mit Blick auf die Lebensverhältnisse in Polen dort nicht üblich seien. Diese Feststellung ist aber nicht das Ende der Debatte. Denn im Unterschied zu einem generellen Importverbot für Textilien ohne "living wage"-Garantie, welches auch private Konsumenten betrifft, lässt sich argumentieren, dass das GPA einen weiteren Spielraum offen lässt für den öffentlichen consumer choice in Bezug auf "living wage"-Vorgaben; das gilt ohnehin gegenüber Nicht-GPA-Mitgliedstaaten. Dabei ist jedenfalls zu verlangen, dass entsprechende "living wage"-Anforderungen nur massvoll unter Berücksichtigung der tatsächlichen Lebensverhältnisse vom gesetzlichen Mindestlohn bzw. branchenüblichen Gehältern abweichen. In vergleichbarer Weise hat der EuGH in Bezug auf das EU-Vergaberecht eine Art Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen¹⁹². Das Ziel einer angemessenen Bezahlung sei zwar legitim. Indessen müsse dem Produktionsland die Möglichkeit belassen werden, aus den Lohnniveauunterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, und ausserdem müsse eine allfällige Lohnvorgabe jedenfalls einen Bezug zum im Produktionsland festzustellenden Lebenshaltungskosten haben.¹⁹³

VI. Gleichstellungsstandards im Rahmen des Beschaffungsrechts

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c BöB (vgl. dazu für kantonale Vergaben Art. 11 lit. f IVöB) vergibt die Auftraggeberin den Auftrag nur an Anbieter, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten¹⁹⁴. Auch dieser Verfahrensgrundsatz ist bei Nichteinhaltung zugleich ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 11 lit. d BöB. In ihrer Vernehmlassung zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁹⁵ weist die Eidg. Kommission für Frauenfragen auf die

¹⁹¹ Urteil in der Rechtssache C-549/13 Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund vom 18. September 2014, insb. Rz. 36; vgl. dazu etwa Caranta, CMLR 2015, S. 391 ff., insb. S. 401

¹⁹² Zu grosse Lohnunterschiede (ausgelöst durch Auftraggebervorgaben) in der gleichen Branche sind auch aus ökonomischer und praktischer Sicht nicht unproblematisch. Das anerkennt etwa Semple; sie wirft indessen mit dieser Begründung die Frage auf, ob nicht über den zu vergebenden Auftrag hinaus Vorgaben möglich sein sollten. Dadurch würde allerdings das für alte wie auch das neue EU-Vergaberecht gleichermaßen prägende Erfordernis des "link to the subject-matter of the contract" (vgl. dazu ausführlich das Kapitel VII/4 hiernach) aufgegeben (Semple, Practical Guide, a.a.O. [Fn. 108], S. 200 f.).

¹⁹³ Urteil in der Rechtssache C-549/13, a.a.O. [Fn.191], Rz. 34

¹⁹⁴ Aufgrund der Schutzrichtung der ILO-Konvention Nr. 100 (und wohl auch Nr. 111) gibt es hier eine Überschneidung zu den Arbeitsbedingungen. Insoweit dient auch Art. 8 Abs. 1 lit. c BöB als gesetzliche Grundlage für die Einhaltung der Kernarbeitsübereinkommen als Ausschlussgrund.

¹⁹⁵ Frauenfragen 2.2008, S. 142 f.

Bedeutung von Konventionalstrafen zur Durchsetzung der Lohngleichheit hin. Sie bedauert ausserdem, dass nicht geklärt wird, wie die Informationen betreffend Unternehmen gehandhabt werden, die die Lohngleichheit oder andere gesetzliche Anforderungen nicht einhalten¹⁹⁶. Dadurch werde ein einheitliches Vorgehen des Bundes oder der Kantone gegenüber fehlbaren Unternehmen verhindert¹⁹⁷. Schliesslich sei das entscheidende Problem der Vollzug¹⁹⁸. Dabei wird von der Prämisse ausgegangen, dass die Vergabestellen faktisch – ausser bei entsprechenden Hinweisen von aussen, welche im Falle, dass Öffentlichkeit geschaffen wird, zu Reputationsrisiken führen können – weder Anreiz verspüren noch über Ablaufplanung, Ressourcen und Know-how verfügen, um die Lohngleichheitsfrage zu prüfen. Die Eidg. Kommission für Frauenfragen hat deshalb vorgeschlagen, dass auf Bundesebene das Eidg. Gleichstellungsbüro als zuständige Kontrollinstanz eingesetzt und mit den notwendigen Ressourcen ausgestattet wird¹⁹⁹. Gemäss Art. 31 Abs. 1 Org-VöB²⁰⁰ berät das EBG die zentralen Beschaffungsstellen und Bedarfsstellen nach Bedarf bei Fragen zur Lohngleichheit zwischen Mann und Frau²⁰¹. Art. 14 Abs. 3 VE BöB, wonach die Anbieterin die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen nachzuweisen hat, ist so zu verstehen, dass dies auch für die lohnmassige Gleichbehandlung von Frau und Mann gilt; die Kontrolle kann durch die Auftraggeberin erfolgen oder einer spezialgesetzlichen Behörde bzw. einer anderen geeigneten Instanz, also insbesondere den Gleichstellungsbüros, übertragen werden²⁰². Je ernsthafter die entsprechenden Bemühungen sind, desto mehr wird mit Blick auf die Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch die Lohngleichheit im öffentlichen Sektor

¹⁹⁶ Vgl. dazu Erläuternder Bericht VE BöB 2008, a.a.O. [Fn. 3], S. 45

¹⁹⁷ Vgl. dazu Art. 13 Abs. 3 BGSA (vgl. Fn. 128)

¹⁹⁸ Vgl. zum vom Büro BASS entwickelten Instrumentarium für einen Lohngleichheitscheck Marianne Geisser und Sajeela R. Schmid, Aufträge der öffentlichen Hand verlangen Lohngleichheit, in: Die Volkswirtschaft, 1. September 2005

¹⁹⁹ Frauenfragen 2.2008, S. 142 f.; vgl. zur Häufigkeit der Stichproben die Antwort auf die Frage 13.5606 (Isabelle Moret) vom 4. Dezember 2013, wonach das EBG von 30'000 Unternehmen, die pro Jahr einen Auftrag erhalten, drei stichprobeweise überprüft. Am 1. Mai 2013 hat der Bundesrat eine Erhöhung der Mittel für die Bekämpfung der Lohndiskriminierung beschlossen (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00548/00560/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 18. Mai 2015; vgl. auch Ziele des Bundesrates 2015, Band II, EDI, Ziel 8 [<http://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen/00290/00928/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 18. Mai 2015]).

²⁰⁰ Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung vom 24. Oktober 2012 (SR 172.056.12)

²⁰¹ Vgl. zum Ganzen den infras-Bericht "Evaluation der Kontrollen im Beschaffungswesen" vom 15. August 2011 (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00194/00205/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 1. Mai 2015).

²⁰² Art. 12 Abs. 4 VE VöB; Erläuternder Bericht VE BöB, a.a.O. [Fn. 38], S. 20 zu Art. 14 Abs. 3 VE BöB; vgl. zum Ganzen auch die Motion 14.4307 (Isabelle Moret) vom 12. Dezember 2014 "Anbieter im öffentlichen Beschaffungswesen. Einhaltung der Lohngleichheit nachweisen."

selbst zum Thema²⁰³. Die Berücksichtigung der Verbesserung der Beschäftigungs- und Aufstiegschancen von Frauen über den Mindeststandard hinaus als Offertbewertungsargument vergleichbar der Lehrlingsausbildung wird hierzulande kaum diskutiert.

VII. Vergabefremde Aspekte de lege lata und de lege ferenda / Berücksichtigung von sozialen Kriterien, insb. "Fair-Trade"-Standards, im Rahmen der Offertbewertung

1. Die Ausgangslage

Weder der Bund noch die Kantone kennen derzeit eine etwa mit Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU (bzw. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG) vergleichbare Norm, welche die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte im Sinne von "Bedingungen für die Auftragsausführung" regeln würde. Demnach ist zu prüfen, ob das anzuwendende Recht ein vergabefremdes Kriterium kennt, welches "Fair-Trade"-Standards abdeckt und neben den klassischen Zuschlagskriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf. Zufferey und Dubey fordern de lege ferenda, dass sich die Schweizer Vergabegesetze zu den vergabefremden Kriterien, soweit solche berücksichtigt werden sollen, mit mehr Präzision äussern, als dies derzeit der Fall ist; dies betreffe insbesondere die IVöB²⁰⁴. Dieser Gedanke ist indessen auch für die laufende Revision des Beschaffungsrechts massgebend. Aufgrund der rechtspolitischen Bedeutung der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte müsste im Sinne der Bestimmtheit der Regelung klar erkennbar sein, welche vergabefremden Aspekte vorgesehen werden sollen²⁰⁵.

²⁰³ Pressemitteilung vom 19. Januar 2015 "Nationales Treffen zur Förderung der Lohngleichheit im öffentlichen Sektor" (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00646/00648/index.html?lang=de>, zuletzt besucht am 3. Mai 2015)

²⁰⁴ Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 18

²⁰⁵ Steiner, Sekundärziele, a.a.O. [Fn. 54], S. 386. Darum ist nach der hier vertretenen Auffassung bei der Verwendung einer Generalklausel für vergabefremde Aspekte Vorsicht walten zu lassen. Eine solche müsste zumindest im Rahmen der Materialien hinreichend konkretisiert werden (vgl. dazu wohl weniger einschränkend Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 19). Als Beispiel vgl. etwa § 19 Abs. 6 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 vom 31. Jänner 2006. Nach dieser Bestimmung kann im Vergabefahren auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Massnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden.

2. Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach dem geltenden Vergaberecht des Bundes

Das Bundesgericht hält fest, dass nach seiner Rechtsprechung die Berücksichtigung sozialer oder ökologischer Kriterien auch ohne direkten Leistungsbezug ("qui n'on pas de lien direct avec les prestations objets du marché en cause") nicht ausgeschlossen ist, vorausgesetzt diese beruhen auf einer *gesetzlichen Grundlage* ("*disposition légale*")²⁰⁶. Nach geltendem Beschaffungsrecht des Bundes ist demnach die Besserbewertung von sogenannten "Fair-Trade"-Produkten im Rahmen des Zuschlags (vergleichbar mit der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung) ebensowenig zulässig wie entsprechende "Bedingungen für die Auftragsausführung" ausserhalb der Dogmatik von Art. 21 BöB²⁰⁷. Der von Januar 2010 bis März 2015 geltende Art. 27 Abs. 3 VöB hat zwar vorgesehen²⁰⁸, dass bei gleichwertigen Angeboten schweizerischer Anbieterinnen im Sinne eines "Züngleins an der Waage"²⁰⁹ berücksichtigt wird, inwieweit diese "Ausbildungsplätze"²¹⁰ anbieten. Dies bedeutet e contrario, dass aus der Sicht des Bundesrates vergabefremde Kriterien wie etwa das Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" bzw. "Ausbildungsplätze" gerade nicht gewollt ist²¹¹.

²⁰⁶ BGE 140 I 285 E. 7.1 (Hervorhebung durch das Bundesgericht) mit Hinweis auf Poltier, *Droit des marchés publics*, Bern 2014, S. 204 ff.

²⁰⁷ Vgl. dazu Kapitel II Punkt 2 S. 16 f. hiervor; anders wohl Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkung 4, S. 263 f.. Schon im Rahmen der auf dem VE BöB 2008 basierenden Vernehmlassungsverfahrens zur Totalrevision BöB haben einige Vernehmlassungsteilnehmer gewünscht, dass im neuen BöB nebst der inzwischen in geltendes Recht überführten Lehrlingsausbildung folgende Kriterien explizit genannt werden: Emissionen auf den Transportwegen, nachhaltige Entwicklung, soziale Nachhaltigkeit bzw. Sozialverträglichkeit (Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 18. November 2009, S. 24 zu Art. 32 VE BöB). Derzeit sind aufgrund des Max Havelaar-Urteils des EuGH soziale Zuschlagskriterien ein Thema, aber auch "living wages" (vgl. dazu das Kapitel V/5 hiervor).

²⁰⁸ Vgl. dazu auch Art. 39 Abs. 5 VE BöB

²⁰⁹ Nachhaltigkeitsempfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes, ursprüngliche Fassung 2010, S. 14

²¹⁰ Unter dem Gesichtspunkt Ausbildungsplätze können gemäss dem Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, a.a.O. [Fn. 22], S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB, auch Praktikanten- und Doktorandenplätze berücksichtigt werden.

²¹¹ Dazu der Erläuternde Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, a.a.O. [Fn. 22], S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB: "Die Berücksichtigung der Anzahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze eignet sich hingegen weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, da ansonsten leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien vermischt würden. Eine solche Vermischung würde den Wettbewerb einschränken und sich verzerrend auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auswirken." So wörtlich auch der Erläuternde Bericht VE BöB 2008, a.a.O. [Fn. 1], S. 55 zu Art. 39 Abs. 5 VE BöB. Lutz (Art. 32 und 39 f. VE-BöB: Zuschlagskriterien und ihre Auswertung, in: Baurecht 2008, S. 194) kritisiert die Norm als nicht "überzeugende Lösung". Dies bedeute de facto nichts anderes als die Einführung eines neuen Zuschlagskriteriums. Wenn schon, wäre – so Lutz – der Weg über die ausdrückliche Nennung als Kriterium mit einer maximalen Gewichtung gradliniger. Vgl. zum Ganzen auch Fn. 157 hiernach. Diese Diskussion ist durch die ausdrückliche Nennung in Art. 21 Abs. 1 BöB in der Fassung vom 26. September 2014 erledigt. In diesem Sinne haben schon im Rahmen des VE BöB 2008 verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer gefordert, die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung schon

Daran ändert auch die Verankerung des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" in Art. 27 Abs. 2 VöB nach der hier vertretenen Auffassung nichts. Mag diese Verordnungsänderung als Bekenntnis der Regierung zur nachhaltigen Beschaffung rechtspolitisch erwünscht sein, so ist die Tragweite derselben aus rechtsdogmatischer Sicht mit einer gewissen Vorsicht zu beurteilen. Entsprechend wird denn in den Erläuterungen zwar einerseits im Sinne einer strategischen Erklärung kundgetan, dass der Bundesrat eine nachhaltige Beschaffungspraxis fördert²¹². Andererseits wird zum Kriterium "Nachhaltigkeit" im Ergebnis trotz des Hinweises auf wünschenswerte hohe wirtschaftliche, soziale und ökologische Anforderungen etwas verklausuliert festgehalten, dass damit rechtlich nichts ermöglicht wird, was nicht bisher schon möglich war²¹³. Wäre dies gewollt, müsste das Beschaffungsgesetz selbst geändert werden²¹⁴. De lege lata sind Kriterien wie "Kosten" (inkl. Lebenswegkosten) und "Umweltverträglichkeit" massgebend für die Frage, was auf Verordnungsebene unter "Nachhaltigkeit" zu verstehen ist²¹⁵. Die Tatsache, dass die Zuschlagskriterien in Art. 21 Abs. 2 BöB nicht abschliessend aufgezählt werden, ist nur relevant in Bezug auf nicht vergabefremde Kriterien, die keiner formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen²¹⁶.

bei "annähernd gleichwertigen Angeboten" zuzulassen (Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB), Zusammenstellung der Stellungnahmen vom 5. August 2009, S. 209 f.).

²¹² Der Sache nach handelt es sich um eine eher programmatische Aussage, wie sie typischerweise in einem Zweckartikel zu finden ist (vgl. dazu nun die Nachhaltigkeitszielsetzung des VE BöB und des E-IVöB und dazu wiederum ausführlich das Kapitel II/2 hiervor).

²¹³ Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, a.a.O. [Fn. 22], S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 VöB. Davon wird auch im Rahmen der Nachhaltigkeitsempfehlungen, a.a.O. [Fn. 20], S. 17, ausgegangen, wenn dort festgehalten wird, bei sozialen Anliegen könne in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden.

²¹⁴ Entsprechend hat die Vernehmlassung zum VE BöB denn auch ergeben, dass die Berücksichtigung sozialer Aspekte – auch wenn dabei das Thema Fair-Trade kaum spezifisch beleuchtet worden ist – nicht nur im Bereich der Arbeitsbedingungen sehr kontrovers ist. Auch die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Sinne von Art. 27 Abs. 3 VöB bzw. Art. 39 Abs. 5 VE BöB bei gleichwertigen Angeboten ist mit dem Argument kritisiert worden, diese Neuerung führe zur Berücksichtigung von vergabefremden sozialpolitischen Anliegen, die keinen Bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nehmen (Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 18. November 2009, S. 6).

²¹⁵ Deshalb denn auch kritisch zur legislativen Qualität der Änderung und zum Nutzen des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" Beyeler, Die revidierte VöB - ein Kurzkomentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff., insb. S. 111

²¹⁶ Anders wohl Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkung 4 in fine, S. 264

3. Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach geltendem interkantonalem bzw. kantonalem Vergaberecht

In Bezug auf das interkantonale Recht ist interessant, dass in Art. 23 der revidierten VRöB nicht mehr die "Umweltverträglichkeit", sondern die "Nachhaltigkeit" als Zuschlagskriterium genannt wird²¹⁷. Das deutet möglicherweise eine Ausweitung der Perspektive auch in Richtung der sozialen Aspekte an. Indessen genügt die VRöB – insoweit ist die Lage in gewisser Weise vergleichbar mit dem geltenden Beschaffungsrecht des Bundes – als kantonale gesetzliche Grundlage nicht. Wer soziale Aspekte im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigen will, muss eine Rechtsgrundlage dafür in der IVöB oder im kantonalen Recht selbst nachweisen bzw. schaffen. Dies ist beispielsweise in § 33 der Zürcher Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 geschehen. Demnach ist durch Auslegung zu ermitteln, welches Nachhaltigkeitsverständnis dieser Bestimmung zugrunde liegt²¹⁸. Dazu heisst es im Antrag des Regierungsrates vom 23. Juli 2003, die Definition habe sich dabei am übergeordneten Recht und insbesondere an den sich aus Art. 73 der Bundesverfassung ergebenden Begriffen zu orientieren. Diese Bestimmung ist in ihrer Zielsetzung stark "ökologielastig", womit der ökologische Aspekt – insbesondere gegenüber den sozialen Gesichtspunkten – mehr in den Vordergrund tritt als etwa im Rahmen von Art. 2 BV, dem "Zweckartikel" der Eidgenossenschaft, der in Absatz 2 im Sinne eines umfassenden Nachhaltigkeitsbegriffs auch die soziale Dimension einschliesst²¹⁹. In den internationalen Handelsbeziehungen verfolgt die Eidgenossenschaft das Ziel der Integration von Umwelt- und elementaren Sozialstandards²²⁰. Dies auch im Wissen darum, dass soziale Mindeststandards Voraussetzung sind, um die Durchsetzung der Umweltstandards zu ermöglichen. Das trifft indessen etwa auf die viel höheren Standards im Inland nicht zu, was wiederum bedeutet, dass der Begriff Nachhaltigkeit nach Zürcher Submissionsrecht aufgrund der Materialien von vornherein keine gesetzliche Grundlage abgibt für die Betterbewertung von Unter-

²¹⁷ Vgl. dazu etwa Ganz, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG aktuell 1/2003, S. 5 ff.

²¹⁸ Vgl. zur juristischen Zeitgeschichte der Nachhaltigkeit Klippel/Otto, Nachhaltigkeit und Begriffsgeschichte, in: Wolfgang Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 39 ff.

²¹⁹ Ehrenzeller, in: St. Galler BV-Kommentar, a.a.O. [Fn. 48], Rn. 20 zu Art. 2 BV, und Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, a.a.O. [Fn. 19], S. 703 f. Vgl. zum Ganzen das Kapitel I/2.2 in fine

²²⁰ Art. 101 BV ist in diesem Sinne auch zu Art. 54 Abs. 2 BV in Bezug zu setzen. Vgl. dazu auch das Kapitel zum Thema Nachhaltigkeit im Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen 2009 vom 13. Januar 2010 (BBI 2010 479, insb. S. 493 ff.); vgl. dazu auch den Abschnitt "Nachhaltigkeit, Rohstoffe und Klimapolitik" im Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2014 vom 15. Januar 2015, S. 74 ff.

nehmen, welche im Bereich der Gleichstellung vorbildlich sind^{220a}. Entsprechend wird das Kriterium Lehrlingsausbildung separat genannt. Idealerweise sollten indessen die Gesetzgebungsmaterialien in Bezug auf derart rechtspolitische Fragen wie diejenige nach dem massgebenden Nachhaltigkeitsverständnis ergiebiger sein.

4. Soziale Gesichtspunkte und insbesondere "Fair-Trade"-Aspekte de lege ferenda

De lege ferenda ist je nach der gewählten Form der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte auch die GPA-Konformität sozialer Gesichtspunkte differenziert zu beurteilen. Spielraum bietet insbesondere die Kategorie der Zuschlagskriterien²²¹. Indessen wird auch im Rahmen von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU grundsätzlich ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand verlangt²²². An diesem Erfordernis hat auch das Europäische Parlament entgegen abweichenden NGO-Postulaten ausdrücklich festgehalten²²³. Darin spiegelt sich die Erkenntnis, dass "Unternehmererziehungsprogramme" nicht ins Vergaberecht gehören²²⁴. Wer zum Beispiel "Fair-Trade"-Produkte nur bei Unternehmen einkaufen will, deren ganze Angebotspalette ausschliesslich aus "Fair-Trade"-Produkten besteht²²⁵, will zu viel politische Steuerung gemessen an der primären Zielsetzung des Beschaffungsrechts²²⁶. Demgegenüber ist es

^{220a} Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00055 vom 20. Juli 2012 E. 5

²²¹ Vgl. dazu das Kapitel IV/3.3 hiervor

²²² Erwägungsgrund 97 zur Richtlinie 2014/24/EU; Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, Rz. 1314; vgl. § 97 Abs. 4 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung des am 19. Dezember 2008 beschlossenen Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Bundesgesetzblatt 2009 I S. 790 ff.). Dieser Zusammenhang ist weiter zu verstehen als der klassische und engere Leistungsbezug, wie er nach europäischem Recht für Zuschlagskriterien vorausgesetzt wird. Die Vergabestelle "kann ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen, auch wenn sich das Unternehmen ansonsten am Markt anders verhält" (BT-Drucksache 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16, betreffend § 97 Abs. 4 GWB).

²²³ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2011 zu der Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (ABl. C 131 E vom 8. Mai 2013, S. 25 ff.), Rz. 18, vgl. zum Ganzen Steiner, Sekundärzwecke, a.a.O. [Fn. 54], S. 5)

²²⁴ Beyeler, Kaffee, a.a.O. [Fn. 3], Anmerkung 7 S. 264

²²⁵ Abgewandeltes Schulbeispiel nach einer Äusserung von Sue Arrowsmith, die eine Klausel als unzulässig bezeichnet hat, wonach Anbieter keine Anteile an Unternehmen aus der Tabakindustrie halten sollen; im gleichen Sinne für das europäische Vergaberecht das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-368/10 vom 10. Mai 2012, a.a.O. [Fn. 29], Rdnr. 108; vgl. zu den vergleichbaren Schranken für die ökologische Vergabe Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 3], S. 47 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH

²²⁶ Rechtsdogmatisch setzen insoweit das Wirtschaftsverfassungsrecht und die Grundsätze des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 19) der Statuierung von vergabefremden Kriterien unabhängig von der Frage nach der gesetzlichen Grundlage gewisse Grenzen. Der deutsche Gesetzgeber geht indessen bei Lehrlingsausbildung, Quotierung von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung sowie der generellen Beschäftigung von

nach der hier vertretenen Auffassung gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage^{226a} ohne Weiteres denkbar, dass bei der Beschaffung von marktgängigen Fruchtsäften, deren Fruchtanteil aus Entwicklungsländern importiert wird, derjenige Anbieter mit einem Bewertungsvorteil (allerdings mit moderater Gewichtung²²⁷) belohnt wird, der "Fair-Trade"-Bedingungen einhält²²⁸. Das gilt aus rechtsvergleichender Sicht erst recht nach Ergehen des Max Havelaar-Urteils des EuGH vom 10. Mai 2012 und mit Blick auf Art. 67 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU, wonach zu den Zuschlagskriterien namentlich "soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften" gehören können²²⁹. In diesem Sinne hält etwa Poltier fest, dass die Lösung des Gerichtshofs auf das schweizerische Recht übertragbar ist ("devrait pouvoir être transposé en droit suisse")²³⁰. Auch Clerc äussert sich dahingehend, dass aus ihrer Sicht ein totales Verbot ("une interdiction *per se* absolue") sozialer (oder ökologischer) Kriterien nicht gerechtfertigt sei²³¹. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots als Leitlinie (im Gegensatz zur "blossen" Frage nach dem tiefsten Preis) unter nicht abschliessender Aufzählung der Zuschlagskriterien, wie sie § 33 der Zürcher Submissionsverordnung wie auch Art. 21 BöB vorsehen, der Vergabestelle Spielräume öffnet²³². Wenn im Rahmen der ökologischen Beschaffung die Berück-

Langzeitarbeitslosen davon aus, dass diese gestützt auf Bundes- oder Landesgesetz unter Wahrung der Verhältnismässigkeit als Bedingungen für die Auftragsausführung formuliert werden dürfen (BT-Drucksache 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16 f., betreffend § 97 Abs. 4 GWB; nach dem Max Havelaar-Urteil und der Richtlinienreform klingt der Kabinettsbeschluss "Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts" vom 7. Januar 2015 besonders nachhaltigkeitsfreundlich).

^{226a} BGE 140 I 285 E. 7.1

²²⁷ Vgl. dazu die Kapitel III/3 und IV/3.3 hiervor

²²⁸ Vgl. dazu rechtspolitikvergleichend etwa den Bericht des EP-Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen vom 10. Mai 2010, mit welchem dem EP unter anderem beantragt wird, seine bereits früher ergangene Aufforderung an die Kommission, die Anwendung von sozialen Kriterien zum Beispiel durch die Ausarbeitung konstruktiver Leitlinien für die Beschaffung nach den Grundsätzen des fairen Handels zu fördern (a.a.O., S. 13), zu erneuern. Das EP hat den Bericht am 18. Mai 2010 angenommen; die entsprechende Entschliessung trägt die Dokumentennummer P7_TA(2010)0173. Diese Stossrichtung hat das EP mit Entschliessung vom 25. Oktober 2011 bekräftigt (vgl. Fn 223 hiervor).

²²⁹ Vgl. zum politischen Kontext etwa die Frage 14.5148 (Tiana Angelina Moser) vom 12. März 2014. Dazu Bundesrätin Widmer-Schlumpf am 17. März 2014 im Nationalrat: "Die Vernehmlassung zum Entwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen wird [...] eröffnet. In diesem Rahmen wird sich dann auch die Gelegenheit bieten zu prüfen, ob die neuen Richtlinien der EU Anlass zu einer Anpassung des Entwurfes geben."

²³⁰ Poltier, *Droit des marchés publics*, Bern 2014, S. 208

²³¹ Clerc, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Droit de la concurrence*, 2. Auflage Basel 2013, Rz. 131 zu Art. 5 LMI (BGBM) mit Hinweis auf die früher anders lautende Rechtsauffassung des Sekretariats der Wettbewerbskommission; gegenüber sozialen Kriterien a fortiori mit Sicherheit ablehnend Trüb, der schon gegenüber den mehrheitlich weit akzeptierteren ökologischen Aspekten Vorbehalte anbringt (Trüb, *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, a.a.O. [Fn. 15], S. 1026)

²³² BGE 138 I 143 E. 4.2 ("Public Voting"); das Verwaltungsgericht Zürich hatte demgegenüber das Kriterium "Public Voting" als sachfremd abgelehnt. Vgl. zum am Qualitätswettbewerb orientierten Begriff

sichtigung von Aspekten zulässig ist, welche sich nicht für die Vergabestelle direkt, sondern global positiv auf die Umwelt auswirken²³³, spricht dies dafür, dass auch "fair trade"-Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden können. Dabei ist selbstverständlich darauf zu achten, dass transparent gemacht wird, welche Anforderungen zu erfüllen sind, um den Bewertungsvorteil zu erhalten²³⁴. Bei der Verwendung von Labels ist ausserdem ein gleichwertiger Nachweis zuzulassen. Als SchlussThese kann in diesem Sinne folgender Satz gelten: Wenn die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung – jedenfalls unter der (hypothetischen) Annahme, dass alle GPA-Mitgliedstaaten ein vergleichbares Bildungssystem haben – bei hinreichender gesetzlicher Grundlage GPA-konform ist, was nach der hier vertretenen Ansicht zutrifft²³⁵, dann gilt das unter denselben Bedingungen auch für die Belohnung eines Anbieters für die Erfüllung von sozialen Aspekten, unter anderem "Fair-Trade"-Anforderungen, im Rahmen der Offertbewertung.

VIII. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich einerseits, dass die Nachhaltigkeit de lege ferenda als Teil des Wirtschaftlichkeitszwecks definiert wird und damit künftig zu den Zielen des Vergaberechts gehören soll. Dem steht namentlich angesichts des Konzepts, die Nachhaltigkeit als Teil der Wirtschaftlichkeit zu sehen, nichts entgegen, da auftretenden Zielkonflikten nach bewährter Methodik Rechnung getragen werden kann²³⁶. Was soziale Mindeststandards betrifft, sind die Beschaffungsstellen des Bundes bereits gestützt auf das geltende Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB betreffend Arbeitsbedingungen in Verbindung mit dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB) befugt, die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund zu definieren²³⁷. De lege ferenda soll dieser Mindeststandard im Sinne einer Harmonisierung gestützt auf Art. 13 Abs. 1 E-IVöB auch für die Kantone gelten. Neu wird auf Bundes- wie auch auf kantonaler Ebene vorgegeben, was bisher bereits aufgrund der Empfehlungen die ausgegebene Losung war, nämlich dass die Anbieter ihre Subunternehmer

des wirtschaftlich günstigsten Angebots als Voraussetzung der nachhaltigen Beschaffung ausführlich Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, a.a.O. [Fn. 3], S. 165 ff.

²³³ BGE 140 I 285 E. 7.2 mit Hinweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O. [Fn. 73], Rz. 839 S. 373

²³⁴ Vgl. etwa kritisch zur fehlenden juristischen Präzision des Begriffs "fair trade" die Stellungnahme des Bundesrates vom 31. Oktober 2012 zur Motion 12.3693 (Pardini) vom 12. September 2012

²³⁵ Vgl. Kapitel IV/4.3

²³⁶ Vgl. Kapitel II/2

²³⁷ Siehe Kapitel V/4

verpflichten müssen, diese Anforderungen ebenfalls einzuhalten²³⁸. Für das bisher nur in einigen Kantonen verankerte Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung", gegen welches sich die Bundesverwaltung lange gewehrt hat, ist nun – in Kraft per 1. April 2015 – durch eine Neuformulierung von Art. 21 Abs. 1 BöB eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen worden²³⁹; auch die IVöB wird im Sinne einer Harmonisierung in Art. 31 Abs. 2 E-IVöB entsprechend angepasst. In Bezug auf andere soziale Kriterien, namentlich "fair trade"-Aspekte, führt auch das seit dem 1. Januar 2010 für den Bund auf Verordnungsstufe vorgesehene Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" nach der hier vertretenen Auffassung *de lege lata* nicht dazu, dass soziale Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots mit Bewertungsvorteilen belohnt werden dürfen²⁴⁰. Demgegenüber steht *de lege ferenda* der Logik des Max Havelaar-Urteils bzw. dem neuen EU-Richtlinienrecht entsprechend der Berücksichtigung von "fair trade"-Aspekten als Zuschlagskriterium nichts entgegen²⁴¹.

Nach dem Gesagten hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts folgende Optionen: Erstens den expliziten Verzicht auf die Integration sozialer Kriterien²⁴², soweit diese über die ILO-Kernarbeitsnormen (und die Lehrlingsausbildung) hinausgehen²⁴³. Zweitens der Empfehlung von Zufferey und Dubey folgend²⁴⁴ die Übernahme der Lösung des früheren EU-Vergaberechts gemäss der Richtlinie 2004/18/EG (Berücksichtigung von vergabefremden Aspekten im Sinne von Ausführungsbedingungen, aber nicht im Rahmen der Zuschlagskriterien)²⁴⁵ oder drittens die Integration vergabefremder Aspekte im Sinne der Rechtsprechung des EuGH bzw. der Richtlinie 2014/24/EU als Zuschlagskriterium (unter Verzicht auf oder unter Berücksichtigung von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU in Kombination mit Ausführungsbedingungen²⁴⁶). Wird die letzte Variante gewählt, ist ein "Swiss finish" erwägenswert vergleichbar der

²³⁸ Art. 14 Abs. 1 VE letzter Satz BöB, wörtlich identisch mit Art. 13 Abs. 1 letzter Satz E-IVöB; vgl. zum Ganzen das Kapitel V/5 hiervor

²³⁹ Vgl. zum Ganzen das Kapitel III/2

²⁴⁰ Vgl. zum neuen Art. 27 Abs. 2 VöB das Kapitel VII/2

²⁴¹ Vgl. dazu das Kapitel VII/4

²⁴² Das Konzept der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien nur bei ansonsten gleichwertigen Angeboten ist aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte (Art. 27 Abs. 3 VöB in der Fassung vom 18. November 2009 betreffend die Lehrlingsausbildung, inzwischen ausser Kraft) politisch wohl nicht mehr kommunizierbar.

²⁴³ Das ist eher die Stossrichtung des E-IVöB, wobei der VE BöB gegenüber sozialen Aspekten wohl etwas offener ist (vgl. Kapitel I/2.2 hiervor *in fine*).

²⁴⁴ Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 14], S. 21

²⁴⁵ Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG

²⁴⁶ Das kann für "living wages" interessant sein (vgl. Kapitel V/5 hiervor), soweit diese nicht als Ausschlussgrund oder Zuschlagskriterium ausgestaltet werden sollen.

Rechtsprechung zur Lehrlingsausbildung, indem der Gewichtung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien durch den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewisse Grenzen gesetzt sind²⁴⁷.

²⁴⁷ Kapitel VII/4; siehe zur GPA-Konformität dieses Vorgehens insbesondere Kapitel IV/3.3