

Rika Koch

Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem revidierten Vergaberecht

Während das bisherige Vergaberecht die Berücksichtigung von ökologischen Kriterien im Beschaffungswesen nur oberflächlich regelte, enthält das 2019 revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) weiterreichende Bestimmungen «ökologischen Beschaffungsrechts». Die Autorin kommentiert diese Änderungen mit Blick auf die Rahmengesetzgebung der Welthandelsorganisation (WTO). Dabei beleuchtet sie den spannungsgeladenen Hintergrund, diskutiert den Vergabekulturwandel und zeigt den neuen Spielraum des ökologischen Beschaffungswesens unter Einhaltung der internationalen Wettbewerbsregeln auf.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Vergaberecht

Zitiervorschlag: Rika Koch, Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem revidierten Vergaberecht, in: Jusletter 28. September 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Hintergrund
 - 2.1. Nationales Spannungsfeld: Primär- vs. Sekundärziele?
 - 2.2. Internationales Spannungsfeld: WTO/GPA-Diskriminierungsverbot
3. Zweckartikel (Art. 2 BöB)
 - 3.1. Neuer Nachhaltigkeitsgrundsatz
 - 3.2. Erfordernis des sachlichen Bezugs
4. Technische Spezifikationen
 - 4.1. Anforderungen an den Wettbewerb und den internationalen Handel
 - 4.2. Schutzziel: Erhaltung der natürlichen Ressourcen und Schutz der Umwelt
5. Zuschlagskriterien
 - 5.1. Marktwirtschaftliches Vergabeinstrument
 - 5.2. Nachhaltigkeit als Qualitätsmerkmal
 - 5.3. Lebenszykluskosten und externe Umweltkosten
6. Anbieterinnenbezogene Kriterien
 - 6.1. Eignungskriterien
 - 6.2. Ausschlussgründe
7. Fazit und Ausblick

1. Einleitung

[1] Mit der jüngsten Vergaberechtsrevision wird das Schweizer Beschaffungswesen einer grundlegenden Reform unterworfen. Eine weitreichende Änderung betrifft das «ökologische Beschaffungswesen»; namentlich die Berücksichtigung von ökologischen Kriterien bei der Auswahl der geeignetsten Anbieterin.

[2] Durch die ökologische Beschaffung (auch unter dem englischen Begriff «Green Public Procurement» bekannt) kann die Umweltbilanz eines Beschaffungsgeschäfts berücksichtigt und optimiert werden. Dies kann auf freiwilliger oder obligatorischer Basis geschehen: Für den Betrieb einer Mensa kann eine Vergabebehörde beispielsweise derjenigen Anbieterin, die mit lokalen und saisonalen Produkten (freiwillig) ihren CO₂-Austoss optimiert, Zusatzpunkte im Auswahlverfahren geben. Oder sie kann auf der Suche nach einer neuen Fahrzeugflotte für den öffentlichen Verkehr (obligatorisch) nur Offerten von elektrisch betriebenen Fahrzeugtypen zulassen.

[3] Während das ökologische Beschaffungswesen in unseren europäischen Nachbarländern bereits seit der Jahrtausendwende eine geläufige Umweltschutzstrategie darstellt (im EU-Raum fällt Green Public Procurement unter den programmatischen Begriff des «strategic procurement»), hatte der Umweltschutz im Beschaffungswesen der Schweiz lange einen schweren Stand. Im Gesetz bestand bis anhin eine sehr schwache Grundlage und in der Praxis wurden Umweltschutzkriterien selten berücksichtigt. Diese Skepsis ist unter anderem auch zurückzuführen auf Angst vor allfälligen Konflikten mit nationalen und internationalen Wettbewerbsgrundsätzen. Erst als die Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) im Jahr 2012 ihre Rahmengesetzgebung (Government Procurement Agreement, GPA) revidierte und Umweltschutzbedenken explizit im Gesetzestext aufnahm, schienen auch in der Schweiz entsprechende Bedenken abzuflachen.

[4] Der Bund und die Kantone haben die WTO/GPA-Revision und Ratifikation zum Anlass genommen, (erneut) eine Totalrevision des Schweizerischen Vergaberechts in Angriff zu nehmen, die 2019 endlich abgeschlossen werden konnte. In Bezug auf das ökologische Beschaffungswesen reflektiert das revidierte BöB die Regeln des WTO/GPA (siehe beispielsweise Art. 30 zu den

technischen Spezifikationen), enthält aber auch darüberhinausgehende Gesetzesbestimmungen (z.B. Art. 29 zu den Zuschlagskriterien).

[5] Der vorliegende Beitrag beleuchtet die revidierte Gesetzesgrundlage im Schweizer Vergaberecht. Der Fokus liegt auf einer rechtlichen Analyse der revidierten Artikel zum ökologischen Beschaffungswesen. Hierzu wird zunächst die Debatte um das ökologische Beschaffungswesen in ihren spannungsgeladenen Kontext eingebettet (Kapitel 2). Vor diesem Hintergrund wird in Kapitel 3 die Tragweite und Relevanz des neuen Zweckartikels des BöB diskutiert, der einen Nachhaltigkeitsgrundsatz einführt. Die Kapitel 4–6 bewegen sich auf der technischen Ebene. Die Autorin betrachtet die einzelnen Vergabeinstrumente, insbesondere mit Blick auf die gesetzlichen Neuerungen in Bezug auf das ökologische Beschaffungswesen. Im letzten Kapitel werden die zentralen Erkenntnisse zusammengefasst und der weitere Handlungsbedarf diskutiert.

2. Hintergrund

2.1. Nationales Spannungsfeld: Primär- vs. Sekundärziele?

[6] Das Schweizer Vergaberecht beruht seit seinem Inkrafttreten in den 90er Jahren auf Nichtdiskriminierungs- und Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen.¹ Im Mittelpunkt stehen dabei traditionell der Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbieterinnen und die Evaluation des günstigsten Angebots beim Beschaffungsprozess. Dies ist auf den wichtigen Grundgedanken zurückzuführen, dass öffentliche Gelder wirtschaftlich eingesetzt werden sollen, um den Steuerzahlerinnen einen maximalen «Return on Investment» einzubringen. Dazu kommt, dass der Staat als Nachfrager auf dem freien Markt, an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV) gebunden ist:² Er soll bei Beschaffungsgeschäften den fairen Wettbewerb zwischen den Marktkonkurrenten (bzw. den in Frage kommenden Anbieterinnen) garantieren und nicht mit der Privatwirtschaft in Konkurrenz treten. Um dies zu gewährleisten, sind die Vergabebehörden an die Grundsätze des Schweizer Vergaberechts zum fairen Wettbewerb, zur Transparenz und zur Wirtschaftlichkeit gebunden.

[7] Die lange vorwiegende Skepsis gegenüber dem ökologischen öffentlichen Beschaffungswesen ist vor diesem Hintergrund zu sehen: So wurden Umweltschutzbedenken oft als «vergabefremd» abgetan und als «Sekundärziele» den sog. «Primärzielen» des Beschaffungswesens, namentlich Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb, untergeordnet.³

[8] Obwohl der Bundesrat die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien in der «Strategie Nachhaltige Entwicklung» bereits 1997 als effektive Umweltschutzmassnahme identifizierte und als Zielvorgabe definierte,⁴ dauerte es fast 20 Jahre bis ein Umdenken stattfand. Während die

¹ Für eine kurze Übersicht über diese Grundsätze siehe HANS-RUDOLF TRÜEB, Beschaffungsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1019 ff. (Zit. TRÜEB 2015), N. 25.14–N. 25.18.

² Siehe auch HANS-RUDOLF TRÜEB, Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)/Art. 1, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, S. 229 ff., N. 1.

³ Siehe Beispielsweise MARC STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), 2006 (zit. STEINER 2006), S. 96 ff., TRÜEB 2015 (Fn. 2), N. 25.19 f. spricht im Zusammenhang von sog. Sekundärzielen von «gut gemeinten aber protektionistischen Praktiken».

⁴ Bericht des Bundesrats vom 9. April 1997 zur nachhaltigen Entwicklung in der Schweiz; Strategie, BBl 1997 III 1045, 1051.

EU eine Vorreiterrolle einnahm und das ökologische Beschaffungswesen bereits 2004 im Gesetz verankerte, war es in der Schweiz erst 2019 mit der Vergaberechtsrevision so weit. Zwar zeigen die parlamentarischen Debatten im Vorfeld der Revision, wie tief der Widerstand gegen das ökologische Beschaffungswesen hierzulande verankert ist – einige ParlamentarierInnen sprachen immer noch von «vergabefremd» und von «Überladung und Zweckentfremdung» des Vergaberechts.⁵ Eine Mehrheit der GesetzgeberInnen aber sprach sich für die ökologische Beschaffung aus und wies darauf hin, dass diese sich nicht nur aus ökologischen, sondern längerfristig auch aus ökonomischen Gründen auszahle und im internationalen Kontext gesamthaft zur Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz beitrage.⁶

2.2. Internationales Spannungsfeld: WTO/GPA-Diskriminierungsverbot

[9] Dieses Spannungsverhältnis wird durch die internationale Dimension noch weiter verstärkt: Denn auch im völkerrechtlichen Kontext ist die Schweiz als Mitglied des WTO/GPA an Gleichbehandlungsgebote gebunden.⁷ Das WTO/GPA und seine Durchsetzungsakte im Schweizer Recht sind die primäre Rechtsquelle des Schweizer Beschaffungswesens.

[10] Der in Art. IV GPA verankerte Grundsatz des Diskriminierungsverbotes besagt, dass GPA-Staaten (und deren Vergabebehörden) Anbieterinnen, Produkte und Dienstleistungen aus anderen Vertragsstaaten gleich behandeln müssen, wie nationale Anbieterinnen, Produkte und Dienstleistungen («national treatment principle»). Zudem untersagt das Diskriminierungsverbot auch, Anbieterinnen/Produkte/Dienstleistungen aus einem GPA-Staat im Vergleich zu anderen Vertragsstaaten bevorzugt zu behandeln («most favoured nation principle») und lokale Anbieterinnen, die Produkte aus anderen GPA-Staaten anbieten oder zu einem ausländischen Konzern (aus einem anderen GPA-Staat) gehören, zu diskriminieren.⁸ Zum Grundsatzartikel hinzu kommen spezifische verfahrensrechtliche und formelle Vorschriften wie Transparenzgebote, Vorgaben in Bezug auf Fristen oder die Sprache der Ausschreibung sowie Umschreibungsgebote.⁹

[11] Ein Grund, wieso die Schweizer GesetzgeberInnen und Vergabebehörden dem ökologischen Beschaffungswesen lange skeptisch gegenüberstanden war die grosse Rechtsunsicherheit in Bezug auf deren Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht und die Angst vor einer allfälligen Klage vor der WTO Streitschlichtungsbehörde.¹⁰ So standen Umweltschutzkriterien oft im Generalverdacht des Protektionismus. Tatsächlich könnten ökologische Beschaffungskriterien dafür missbraucht werden, lokalen Anbieterinnen einen Vorteil zu bieten. So ist es von aussen her schwer ersichtlich, ob die eingangs beispielhaft genannte Mensa-Anbieterin den Zuschlag erhält, weil der Vergabe-

⁵ Siehe beispielsweise Votum von FDP-Nationalrätin Daniela Schneeberger in der Nationalratsdebatte zur Revision des BöB vom 13. Juni 2018, aufrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43590> (zuletzt aufgerufen am 13. September 2020).

⁶ Siehe beispielsweise Votum von BDP-Nationalrat Martin Landolt in derselben Nationalratsdebatte (Fn. 5).

⁷ Das GPA gehört zu den plurilateralen Abkommen der WTO. Im Gegensatz zu den multilateralen Abkommen, die den Grossteil des WTO Gesetzeskörpers ausmachen, bleibt es den WTO-Mitgliedstaaten überlassen, sich durch freiwillige Unterzeichnung den Abkommensregeln zu unterwerfen.

⁸ Mit diesem Element des Inländerdiskriminierungsverbotes geht das GPA weiter als das allgemeine WTO-Recht.

⁹ Siehe zum Beispiel zu den Fristen Art. XI GPA oder für die inhaltliche Pflicht zur Umschreibung das «or-equivalent»-Gebot in Art. X(3) GPA.

¹⁰ ROLF H. WEBER/VALÉRIE MENOUD, «Development Promotion as a Secondary Policy in Public Procurement? An Answer in the Light of the Digital Solidarity Clause», in: Public Procurement Law Review, 2009, S. 184 ff., S. 185; STEINER 2006 (Fn. 3), S. 26.

behörde lokale Produkte am Herzen liegen, oder weil die Anbieterin ortsansässig ist und gute Kontakte zum lokalen Gewerbe pflegt. So kann es auf den ersten Blick unklar erscheinen, ob eine Honorierung lokaler Lebensmittel ein legitimes Kriterium im Evaluationsprozess darstellt oder ob sie als Schlechterbehandlung ausländischer Anbieterinnen zu ahnden ist.

[12] Während sich das WTO/GPA zu solchen Fragen lange ausschwig und keine entsprechende Gesetzesbestimmungen beinhaltete, ist seit der Gesetzesrevision von 2012 explizit verankert, dass Umweltschutzkriterien möglich und mit dem WTO/GPA vereinbar sind, solange sie verhältnismässig sind und den internationalen Wettbewerb nicht unnötig einschränken («unnecessary obstacle to international trade»)¹¹. Auch ein Blick auf die Vergabegesetze, die Praxis und die Rechtsprechung in der EU (ebenfalls ein GPA Vertragsstaat) verdeutlichen, dass eine Vereinbarung von ökologischer Beschaffung mit dem WTO/GPA grundsätzlich möglich ist, solange dessen wettbewerbsrechtliche Schranken eingehalten werden.¹²

3. Zweckartikel (Art. 2 BöB)

3.1. Neuer Nachhaltigkeitsgrundsatz

[13] Welches Gewicht das revidierte Vergaberecht den ökologischen Kriterien bemisst lässt sich am besten am neuen Zweckartikel ablesen: Während das alte BöB als Zweck des Vergaberechts die «klassischen» Grundsätze wie Transparenz, Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und Gleichbehandlung angab (Art. 1 BöB 1994), nennt der neue Zweckartikel an erster Stelle den «wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel». Die vormals als Primärziele wahrgenommenen Grundsätze (Transparenz, Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit) nennt der revidierte Zweckartikel erst nachfolgend (Art. 2 lit. b und lit. c BöB).

[14] Auch wenn der Zweckartikel keine direkte normative Wirkung entfaltet und von der Aufzählungsreihenfolge nicht auf eine Gewichtung der verschiedenen Grundsätze geschlossen werden kann,¹³ so kommt ihm doch eine starke Signalwirkung zu. Bundesrat UELI MAURER bezeichnete die Nachhaltigkeit denn auch als «Hauptstossrichtung der Revision» und «roten Faden des Gesetzes», den es bei der Auslegung des Vergaberechts immer zu beachten gelte.¹⁴ Vor allem zeigt Art. 2 BöB deutlich, dass sich Nachhaltigkeits- und Wirtschaftlichkeitsziele nicht gegenseitig ausschliessen (sondern vielmehr überschneiden)¹⁵ und dass von einer Aufteilung in primäre und sekundäre Beschaffungsziele (und eine Zuteilung der ökologischen Nachhaltigkeit in letztere Kategorie) keineswegs die Rede sein kann. Die Verankerung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes unsterntreicht auch, dass für die Evaluation des besten Angebots eine holistische Betrachtung

¹¹ Siehe insbes. Art. X:6 und Art. X:9 GPA. Die Verhältnismässigkeit von Umweltschutzkriterien bemisst sich anhand der weiteren Vorgaben des GPA und anhand der allgemeinen WTO-Rechtsprechung.

¹² Ausführlicher dazu siehe RIKA KOCH, Green Public Procurement under WTO Law, Experience of the EU and Prospects for Switzerland, Heidelberg 2020, S. 111 ff.

¹³ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 (zit. BöB-Botschaft 2017), 1884.

¹⁴ Siehe Votum von Bundesrat Ueli Maurer in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018 (Fn. 5), BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1884.

¹⁵ MARC STEINER, Kurzaufsatz zur Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB von 21. Juni 2019, in Baurecht (BR) 2020, S. 8 ff. (zit. Steiner 2020), S. 9.

notwendig ist, die sich an mehr als nur am Preis zu orientieren hat. Ökologische Nachhaltigkeit ist somit als Qualitätsmerkmal eines Produktes oder einer Dienstleistung im Gesetz verankert.

[15] Es erstaunt nicht, dass eine so symbolträchtige Änderung wie die Aufnahme der Nachhaltigkeit in ihren drei Dimensionen¹⁶ im Vorfeld viel zu reden gab.¹⁷ Doch trotz vereinzeltm Widerstand unter den altbekannten Stichworten «vergabefremd» und «Zweckentfremdung»¹⁸ wurde der neue Zweckartikel, insbesondere der Miteinbezug der ökologischen Dimension, von Politik und Praxis im Vernehmlassungsprozess und in den parlamentarischen Debatten vorwiegend als längst überfällige Neuerung begrüsst.¹⁹ Dabei stammte der Zuspruch keineswegs nur von linksgrüner Seite. Auch bürgerliche Politiker wiesen auf die Nachhaltigkeit als Qualitätsmerkmal und als möglicher Wettbewerbsvorteil schweizerischer Anbieterinnen hin.²⁰

3.2. Erfordernis des sachlichen Bezugs

[16] Zwei wichtige Präzisierungen zum neuen Nachhaltigkeitsgrundsatz enthält die Bundesratsbotschaft zum revidierten BöB:²¹ Sie besagt einerseits, dass der Nachhaltigkeitsbegriff, im Einklang mit der Nachhaltigkeitsstrategie des Bundes, breit auszulegen sei.²² Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung der WTO Streitschlichtungsbehörde, die den Begriff der natürlichen Ressourcen (der auch im revidierten BöB in den Artikeln 12 und 30 wiedergegeben wird) immer wieder breit ausgelegt hat.²³ Auch bekennt sich der Bundesrat in der Botschaft klar zu seiner Vorbildfunktion als Nachfrager auf dem Markt, insbesondere in Bezug auf den Umweltschutz.²⁴

[17] Andererseits präzisiert die Botschaft aber, dass für die nachhaltige Beschaffung auch Grenzen gelten: So müssen ökologischen Kriterien bei einer öffentlichen Beschaffung immer in einem «sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt» stehen, respektive sich «auf dessen erwünschte Wirkung bei der Nutzung» beziehen.²⁵ Die Botschaft enthält kein Beispiel, das präzisieren würde, ab wann ein solcher sachlicher Bezug gegeben ist. Deshalb ist anzunehmen, dass

¹⁶ Als die drei Dimensionen der Nachhaltigkeit gelten gemeinhin die Umwelt, die Wirtschaft und die Gesellschaft. Die «volkswirtschaftliche Nachhaltigkeit» in Art. 2 BöB muten somit exotisch an und widerspiegelt den Versuch, den Bogen zwischen protektionistischen politischen Strömungen und dem WTO-Recht zu schlagen.

¹⁷ So bestätigt auch Bundesrat Ueli Maurer in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018 (Fn. 5): « [die] Kommission hat sehr lange und sehr gründlich insbesondere über den Zweckartikel dieses Gesetzes diskutiert».

¹⁸ Votum von FDP Nationalrätin Daniela Schneeberger in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018 (Fn. 5); Siehe Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV) vom 23. November 2016 (zit. Vernehmlassungsbericht), S. 11.

¹⁹ Siehe div. Stellungnahmen im Vernehmlassungsbericht (Fn. 17).

²⁰ Siehe beispielsweise Votum von BDP-Nationalrat Martin Landolt in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018 (Fn. 5).

²¹ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1851.

²² Ibid., 1885.

²³ Siehe beispielsweise Appellate Body Reports, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, adopted 22 February 2012 (China – Raw Materials), para. 3.55; United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimps), para. 128.

²⁴ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1885.

²⁵ Ibid.

die Frage nach dem sachlichen Bezug mit der zunehmenden Verbreitung des ökologischen Beschaffungswesens vermehrt von den Gerichten entschieden wird.

[18] Als Orientierungshilfe bei der Auslegung des Kriteriums des sachlichen Bezugs dienen könnte das europäische Beschaffungsrecht: Die EU-Vergaberechtsrichtlinie hatte das sog. «link to the subject-matter»-Kriterium (in der Literatur unter seiner Abkürzung LtSM-Kriterium bekannt)²⁶, das von der Rechtsprechung im wegweisenden Concordia-Bus-Urteil entwickelt worden war,²⁷ bereits 2004 in das Gesetz überführt. Demgemäss müssen sich in der EU ökologische Kriterien «in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die gemäss dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen» (siehe z.B. Art. 67(3) Richtlinie 2014/24/EU in Bezug auf die Zuschlagskriterien). Diese weitgehende Formulierung präzisiert Art. 67 RL 2014/24/EU minimal dahingehend, dass auch ein Bezug «zu dem spezifischen Prozess der Herstellung» oder «auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium» legitim sind, auch «wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken».

[19] Dies nimmt auch die BöB-Botschaft für den Schweizer Kontext auf: Der Gesetzgeber weist darauf hin, dass sich ökologische Kriterien auch auf die Produktion beziehen können, solange diese einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist (selbst wenn dies nicht direkt im Endprodukt sichtbar wird). Als Beispiel nennt die Botschaft hier Tierprodukte aus artgerechter Haltung oder Holz aus nachhaltiger Holzwirtschaft.²⁸ Das heisst, dass eine Vergabebehörde im oben genannten Mensa-Beispiel durchaus fordern könnte, dass diese nur tierische Produkte aus artgerechter Haltung anbieten darf.²⁹

4. Technische Spezifikationen

[20] Als technische Spezifikationen gelten «die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren», aber auch «die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung» des Beschaffungsgegenstandes (Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. I(u) GPA). Mittels der technischen Spezifikation legt eine Vergabebehörde diejenigen Kriterien fest, die der Beschaffungsgegenstand zwingend erfüllen muss. Offerten, die diese als Mindeststandard zu verstehende Kriterien nicht einhalten, werden im Beschaffungsprozess nicht berücksichtigt und vom Wettbewerb ausgeschlossen.

²⁶ Siehe beispielsweise ABBY SEMPLE, The link to the subject matter: A glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?, in: Beate Sjäffjell/Anja Wiesbrock (Hrsg.), Sustainable Public Procurement under EU law: New Perspectives on the State as Stakeholder, Cambridge 2016, S. 50–S. 74.

²⁷ Rechtssache C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab gegen Helsingin kaupunki und HKL-Bussilikenne vom 17. September 2002, ECLI:EU:C:2002:495.

²⁸ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1885.

²⁹ Das ist insofern bemerkenswert, als die Frage nach den Prozess- und Produktionsmethoden (auch unter der Abkürzung PPM bekannt) im allgemeinen WTO-Recht kontrovers diskutiert wird und die Berücksichtigung von Kriterien wie artgerechte Tierhaltung (bzw. ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen WTO-Recht) stark umstritten ist.

4.1. Anforderungen an den Wettbewerb und den internationalen Handel

[21] Der zwingende binäre Charakter macht die technischen Spezifikationen zu einem strikten Vergabeinstrument, deren Ausgestaltung einen potenziell grossen Einfluss auf die Wettbewerbschancen einer Anbieterin haben.³⁰ Somit sind die Vergabebehörden bei der Festlegung und Formulierung der technischen Spezifikationen an gesetzliche Wettbewerbsvorgaben gebunden.

[22] Ausschlaggebend ist hierbei der Kriterienkatalog in Art. X GPA: Er verlangt als Grundsatz, dass sich technische Spezifikationen nicht als «unnötige Handelshemmnisse» auswirken dürfen (unnecessary obstacles to international trade; Art. X:1 GPA). Um dies zu gewährleisten, sollen technische Spezifikationen in Bezug auf die Funktionalität (und nicht auf das Design) eines Beschaffungsgegenstandes formuliert werden und haben sich an internationalen Normen zu orientieren (Art. X:2 GPA). Auch erlaubt das GPA das Aufführen einer bestimmten Marke nur ausnahmsweise und auch dann nur unter der Bedingung, dass «gleichwertige Angebote» ebenfalls zum Wettbewerb zugelassen werden (Art. X:3 GPA). Art. 30 BöB nimmt diese Anforderung im Ansatz auf: Technische Spezifikationen haben sich soweit möglich und angemessen auf internationale Normen zu stützen (Art. 30 Abs. 1 BöB) und dürfen nur dann bestimmte Marken o.ä. enthalten, wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen mit dem Zusatz «oder gleichwertig» gekennzeichnet wird (Art. 30 Abs. 2 BöB).

[23] So darf eine Vergabebehörde beispielsweise nicht fordern, ein Gebäude aus einheimischem Holz zu bauen. Sie kann aber für die Holzelemente eines Bauprojekts durchaus eine Holzzertifizierung fordern, die deren Nachhaltigkeit bescheinigt.³¹ Auch die Forderung nach einer spezifischen Marke für Polizeiautos, wie es die Basler Polizei mit ihrer Ausschreibung für Teslas getan hat, ist mit dem GPA nicht vereinbar, sondern wäre höchstens dann denkbar, wenn gleichwertige Fahrzeugtypen explizit auch angeboten werden dürfen.

4.2. Schutzziel: Erhaltung der natürlichen Ressourcen und Schutz der Umwelt

[24] Die hohen Anforderungen an die technischen Spezifikationen in Bezug auf den Wettbewerb erklärt auch die Skepsis, im Rahmen dieses Vergabeinstruments auf ökologische Kriterien einzugehen. Würde eine Vergabebehörde beispielsweise aus Gründen des Umweltschutzes den Transportweg eines Anbieters berücksichtigen, bzw. eine Obergrenze in Bezug auf den CO₂-Ausstoss bei der Lieferung des Beschaffungsgutes setzen, könnte dies eine indirekte Diskriminierung darstellen und als protektionistische Beschaffungspraktik dem GPA zuwiderlaufen.

[25] Daraus ein generelles Verbot für sog. «grüne» Spezifikationen abzuleiten ist jedoch eine übereilte Schlussfolgerung. Während das WTO-Recht sich dazu lange ausschwig und die Vergabebehörden seiner Mitgliedstaaten im Dunkeln tappen liess, ist die diesbezügliche Rechtslage unter dem revidierten GPA 2012 klar. Art. X:6 GPA räumt den Vergabebehörden ein explizites Recht

³⁰ STEINER 2006 (Fn. 3), S. 30.

³¹ Im Detail siehe CHRISTINE KAUFMANN/ROLF H. WEBER, Rechtsgutachten zur Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung, 2015, erstellt im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), S. 22. In der Praxis scheinen sich Umweltlabels auf Bundesebene zu etablieren, siehe Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Reporting Set Beschaffungscontrolling 2019, Bundesverwaltung, S. 21.

ein, sich im Rahmen der technischen Spezifikationen auf Umweltschutzkriterien und Kriterien zum Schutz der natürlichen Ressourcen zu beziehen.³²

[26] Das revidierte Schweizer Vergaberecht nimmt diesen Wortlaut auf. So lautet Art. 30 Abs. 4 BöB neu:

Die Auftraggeberin kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.

[27] Wie bereits erwähnt hat die WTO Streitschlichtungsbehörde diesen Wortlaut grosszügig ausgelegt. Als «natürliche Ressourcen» im Sinne des WTO-Rechts gelten nicht nur lebendige Organismen wie Tiere, sondern auch Bodensstoffe wie Mineralien, Luft und Atmosphäre sowie das weitergehende Konzept der Biodiversität als Ganzes.³³ Auch der Wortlaut «zur Erhaltung» kann breit ausgelegt werden und umfasst alle Massnahmen, die sich für den Umweltschutz eignen.³⁴

[28] Somit ist eine Schweizer Vergabebehörde grundsätzlich befugt, technische Spezifikationen, die sich im weiten Sinn auf den Umweltschutz beziehen, in die Ausschreibung aufzunehmen. Voraussetzung hierfür ist natürlich immer, dass diese den restlichen gesetzlichen Anforderungen an technische Spezifikationen gerecht werden (gem. Art. X GPA i.V.m. Art. 30 BöB, siehe oben 4.1).

5. Zuschlagskriterien

[29] Während die technischen Spezifikationen bestimmen, ob eine Offerte überhaupt im Beschaffungswettbewerb zugelassen wird oder nicht, dienen die Zuschlagskriterien der Evaluation des vorteilhaftesten Angebots gem. Art. 41 BöB. Im Rahmen der Zuschlagskriterien legt die Vergabebehörde wünschenswerte Charakteristiken des Beschaffungsobjekts fest. Angebote, welche die jeweiligen Zuschlagskriterien erfüllen können, erhalten eine im Voraus bestimmte Anzahl Punkte, wobei am Schluss das Angebot mit der höchsten Punktzahl den Zuschlag erhält.

5.1. Marktwirtschaftliches Vergabeinstrument

[30] Im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen, die zwingend einzuhaltende «Schwarz-Weiss»-Kriterien sind, sind die Zuschlagskriterien fakultativ und können je nach Relevanz für das Beschaffungsobjekt gewichtet werden. Dies macht sie zu einem geeigneten Instrument zur Durchsetzung des ökologischen Beschaffungswesens. Statt mit Zwang funktionieren Zuschlagskriterien auf der Basis von Nachfrage und Angebot und stellen somit ein marktwirtschaftliches Instrument dar, das den Wettbewerb nicht unnötig einschränkt. So erhält eine Anbieterin, deren

³² Der Wortlaut von Art. X:6 GPA lautet: «For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment.».

³³ Appellate Body und Panel Reports, *US – Shrimp*, para. 128, *US – Gasoline*, para 6.36, (Fn. 22); CHRISTINE KAUFMANN/ROLF H. WEBER, «Carbon-related Border Tax Adjustment: Mitigating Climate Change or Restricting International Trade?», in: *World Trade Review* 10(04), 2011, 497 ff., S. 512.

³⁴ KOCH 2020 (Fn. 12), S. 78 f.

Offerte mit einer hohen ökologischen Effektivität überzeugt, zwar nicht automatisch den Zuschlag, sondern «nur» Zusatzpunkte und somit einen Wettbewerbsvorteil. Umgekehrt werden als unökologisch einzustufende Angebote nicht per se ausgeschlossen, sondern haben eine reelle Chance, den Zuschlag zu gewinnen (solange sie in anderen Bereichen überzeugen und Punkte sammeln können).

5.2. Nachhaltigkeit als Qualitätsmerkmal

[31] Bereits das bisherige Vergaberecht sah in Art. 21 Abs. 1 BöB vor, dass der Zuschlag an das «wirtschaftlich günstigste Angebot» geht (das wiederum anhand von Qualitätskriterien ermittelt wird) und wies auf Verordnungsebene auf die Nachhaltigkeit hin. Somit implizierte bereits das Gesetz, dass nicht das rein preislich gesehen günstigste Angebot, sondern das qualitativ beste Angebot den Zuschlag erhält.³⁵ Das Schweizer Beschaffungswesen wird in der Theorie zumindest nicht erst seit der Revision grundsätzlich von einem Qualitäts- und nicht einem reinen Preiswettbewerb geprägt.³⁶ Nichtsdestotrotz steht in der Praxis oft das Kriterium des (Anschaffungs-) Preises im Vordergrund und lässt entsprechend weniger Raum für Umweltschutzkriterien.

[32] Mit der Revision wurde dem Umstand, dass die Zuschlagskriterien das wohl wirksamste Mittel für die Berücksichtigung von Umweltanliegen sind – eine Parlamentarierin nannte die Zuschlagskriterien «das Filetstück» für die Implementierung der nachhaltigen Beschaffung³⁷ – besser Rechnung getragen. Während das alte Vergaberecht lediglich darauf hinwies, dass die Zuschlagskriterien der Evaluation des «wirtschaftlich günstigsten Angebots» dienen und u.a. die «Umweltverträglichkeit» und die «Nachhaltigkeit» berücksichtigen können (Art. 21 BöB i.V.m. Art. 27 VöB), geht Art. 29 BöB einen Schritt weiter. Er lautet neu wie folgt:

Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, (...), neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit (...)

[33] Diese (nicht abschliessende) Aufzählung zeigt, dass der Vergabehörde grundsätzlich ein grosses Ermessen bei der Wahl ihrer Zuschlagskriterien zukommt. Das Kriterium «Nachhaltigkeit» ist neu auch auf Gesetzesstufe verankert. Dabei ist hervorzuheben, dass dieser Begriff in der Gesamtheit seiner drei Dimensionen zu verstehen ist und auch das vorgängig separat aufgelistete Kriterium der «Umweltverträglichkeit» umfasst.³⁸ So kann eine Vergabebehörde im Rahmen der Zuschlagskriterien für eine besonders umweltverträgliche Lösung, die beispielsweise eine geringe Boden-/Luftbelastung aufweist oder zur Schonung der Biodiversität beiträgt, Zusatzpunkte vergeben.³⁹

³⁵ Siehe auch CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Anbieter, Offerten, Kriterien, in: Baurecht (BR) 2020(1), S. 32 ff. (zit. SCHNEIDER HEUSI 2020), S. 33 f; STEINER 2020 (Fn. 15), S. 10.

³⁶ STEINER 2020 (Fn. 15), S. 10.

³⁷ Votum von SP-Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo, in der Nationalratsdebatte vom 13. Juni 2018 (Fn. 5).

³⁸ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1943.

³⁹ Ibid.

5.3. Lebenszykluskosten und externe Umweltkosten

[34] Grosses ökologisches Potenzial hat auch das neu im Gesetz aufgeführte Zuschlagskriterium der «Lebenszykluskosten»; ein Konzept das «Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten» umfasst.⁴⁰

[35] Ökologische Produkte oder Dienstleistungen zeichnen sich oftmals durch einen höheren Anschaffungspreis aus und kommen typischerweise mit höheren Produktionskosten oder mit einem hohen Technologiestandard. Wird im Beschaffungswettbewerb allein oder mehrheitlich auf das Kriterium des Preises abgestellt, wirkt sich das vor diesem Hintergrund als grosser Wettbewerbsnachteil für umweltschonende Beschaffungslösungen aus. Anders sieht es aus, wenn stattdessen die Lebenszykluskosten berücksichtigt und als entscheidendes Zuschlagskriterium gewertet werden: Über die ganze Lebensspanne gerechnet amortisieren sich die höheren Anschaffungskosten von ökologischen Produkten oder Dienstleistungen oft wieder, sei es durch bessere Qualität bzw. eine längere Lebensdauer, durch einen hohen Innovationsgehalt oder durch tiefe Entsorgungskosten. Somit macht die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten nicht nur aus ökologischer, sondern auch aus ökonomischer Sicht Sinn.⁴¹

[36] Noch klarer manifestiert sich der mit dem Kriterium der Lebenszykluskosten verbundene Vorteil für umweltschonende Produkte, Bauten oder Dienstleistungen, wenn in diesem Rahmen zusätzlich auch die externen Umweltkosten einkalkuliert werden, also die Kosten einer mit dem Beschaffungsprojekt verbundenen negativen Umweltbilanz.⁴² Während das EU Vergaberecht diese Option im Gesetz aufnimmt und an bestimmte Bedingungen knüpft (Objektivität, Transparenz, Wettbewerbsneutralität der Berechnungsmethode; Art. 68 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU), enthält das revidierte BöB keine analoge Bestimmung. Die bundesrätliche Botschaft verbietet die Berücksichtigung der Umweltkosten nicht generell, setzt dafür aber eine harmonisierte und breit abgestützte Bewertungsmethode durch ein zuständiges Organ voraus, ohne dieses klar zu definieren.⁴³

[37] Aufgrund der rechtlichen und methodischen Unsicherheiten, die mit den Kriterien der Umweltkosten und dem Kriterium der Lebenszykluskosten allgemein verbunden sind, ist zu befürchten dass dieses ökologisch (und ökonomisch) eigentlich effektive Instrument zumindest in der nahen Zukunft sein Potenzial noch nicht entfalten kann.⁴⁴ Diesbezüglich bleibt zu hoffen, dass die Forschung und Praxis der EU, wo die Berechnung der Lebenszykluskosten geläufiger und im Gesetz verankert ist, als Orientierungshilfe dienen kann.

6. Anbieterinnenbezogene Kriterien

[38] Schliesslich kann die Vergabebehörde den Umweltschutz auch im Rahmen der Eignungs- und der Ausschlusskriterien berücksichtigen. Diese Kriterien sind anbieterinnenbezogene Krite-

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 327–S. 358, S. 331.

⁴² Dazu ausführlich MARC STEINER, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement? in: European Procurement & Public Private Partnership Law Review 8(1), 2013, S. 73 ff. (zit. STEINER 2013), S. 76 f.

⁴³ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1943.

⁴⁴ Siehe auch STEINER 2013 (Fn. 42), S. 76; SCHNEIDER HEUSI 2020 (Fn. 35) S. 33.

rien: Sie beziehen sich nicht auf den Beschaffungsgegenstand (im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen und den Zuschlagskriterien). Vielmehr legen sie die Eigenschaften fest, die eine Firma zwingend zu erfüllen hat, um beim Beschaffungswettbewerb mitzumachen (Eignungskriterien), bzw. die Gründe, die zwingend zu einem Ausschluss der Firma vom Beschaffungswettbewerb führen (Ausschlussgründe).⁴⁵

6.1. Eignungskriterien

[39] Die Eignungskriterien sind neu in Art. 27 BöB geregelt. Diese Bestimmung besagt, dass sich die Eignungskriterien insbesondere auf die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische oder organisatorische Leistungsfähigkeit so wie die Erfahrung der potenziellen Anbieterin beziehen sollen. Nachhaltigkeits- oder Umweltschutzkriterien sind im Gesetzestext nicht explizit aufgeführt. Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass die Auflistung in Art. 27 BöB nicht abschliessend ist und Raum für weitere Kriterien lässt.

[40] Dies wird auch an anderer Stelle im Gesetz verdeutlicht: So besagt der im 3. Kapitel zu den «allgemeinen Grundsätzen» angesiedelte Art. 12 BöB, dass jede Anbieterin die Schweizer Umweltgesetzgebung einzuhalten hat. Wird die Leistung im Ausland erbracht, so gelten die auf Verordnungsebene aufgelisteten internationalen Umweltabkommen als Mindeststandard (siehe Anhang 2 VöB).

[41] Über den Mindeststandard der Einhaltung der Umweltgesetzgebung hinausgehende ökologische Eignungskriterien wären grundsätzlich denkbar, allerdings müssten diese gem. Art. 27 Abs. 1 BöB «objektiv erforderlich und überprüfbar» sein. Auch wenn diese Einschränkung angesichts des zwingenden und potenziell wettbewerbseinschränkenden Charakters der Eignungskriterien geboten ist, ist sie doch schwer fassbar. Die Frage, ob ein ökologisch motiviertes Eignungskriterium «objektiv erforderlich» ist, wird im Einzelfall für eine Vergabebehörde schwierig einzuschätzen sein. Denkbar scheint es mit Blick in die EU-Gesetzgebung beispielsweise, in einem Bauprojekt mit hohen umwelttechnischen Anforderungen eine entsprechende Weiterbildung oder Vertrautheit mit den entsprechenden Umweltmanagementsystemen zu fordern (siehe Art. 62 Richtlinie 2014/24/EU).

6.2. Ausschlussgründe

[42] Die Ausschlussgründe sind in Art. 44 des revidierten BöB geregelt. Im Vergleich zur Regelung im bisherigen Vergaberecht fällt auf, dass die (exemplarische) Auflistung der möglichen Ausschlussgründe neu nicht nur die klassischen Gründe wie delinquentes Verhalten, Steuerver säumnisse oder Konkurs beinhaltet, sondern auch die Missachtung der Umweltgesetzgebung als Ausschlussgrund aufführt (Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB). Dieser Zusatz war ursprünglich im Gesetzestext nicht vorgesehen und wurde erst auf entsprechende Anregung im Vernehmlassungsprozess ergänzt.⁴⁶ Während die explizite Auflistung dieses möglichen Ausschlussgrundes, der sich ja bereits aus dem entsprechenden Eignungskriterium *e contrario* ergibt, aus strukturellen Gründen

⁴⁵ BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1939.

⁴⁶ Vernehmlassungsbericht (Fn. 17), S. 56.

und aus Gründen der Rechtssicherheit geboten ist, so erstaunt höchstens die fakultative «kann»-Formulierung der Bestimmung.⁴⁷

[43] Der Ausschluss einer Anbieterin ist das letzte Mittel und kommt einer starken Sanktion gleich. Somit ist an die Ausschlussgründe ein hoher Anspruch in Bezug auf die Verhältnismässigkeit zu stellen. Weitere ökologisch motivierte Ausschlussgründe, die über die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung hinausgehen, könnten im Einzelfall zwar denkbar sein – dies allerdings nur wenn der Umweltschutz ein zentraler Bestandteil des Beschaffungsgegenstandes ist. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Ausschlussgründe kein geeignetes Instrument für das ökologische Beschaffungswesen sind.

7. Fazit und Ausblick

[44] Die Vergaberechtsrevision markiert das Ende einer lang und kontrovers geführten Grundsatzdebatte um die Rechtmässigkeit von Umweltschutzbedenken im Beschaffungsrecht. Neu ist das ökologische Beschaffungswesen im Schweizer Vergaberecht fest verankert: Einerseits durch den neuen Nachhaltigkeitsgrundsatz, der dem Gesetz den roten (und in diesem Sinne auch grünen) Faden vorgibt. Andererseits auf technischer Ebene in den revidierten Bestimmungen zu den einzelnen Vergaberechtsinstrumenten. In diesem Sinne ist der «Paradigmenwechsel»⁴⁸ in der Vergabekultur – weg von einem einseitigen Verständnis hin zum Verständnis des Beschaffungswesens als strategisches Politikinstrument – der sich im langen Revisionsprozess immer deutlicher abgezeichnet hat, abgeschlossen.

[45] Heute hat sich auch in der Schweiz die Ansicht durchgesetzt, dass das Beschaffungswesen nicht ein einziges Hauptziel verfolgt, sondern breit abgestützt werden muss und von mehreren Grundsätzen geleitet werden kann. Die Terminologie von «Primär-» und «Sekundärzielen» ist nicht mehr sachgemäss, da sie eine Hierarchie zwischen den verschiedenen Zielen suggeriert, die es so nicht gibt. Viel mehr gilt es, die verschiedenen Ziele des Vergaberechts gegeneinander abzuwägen und sie in ein dem Einzelfall angepasstes Gleichgewicht zu bringen.

[46] Dieser Balanceakt umfasst auch den gezielten Einsatz der verschiedenen Vergabeinstrumente. Die anbieterinnenbezogenen Kriterien scheinen sich für die ökologische Beschaffung wenig zu eignen, da das Gesetz wenig Spielraum bietet für über die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung hinausgehende ökologische Kriterien. Zudem wird eine Einhaltung, insbesondere was die internationalen Umweltschutzabkommen anbelangt, in der Praxis schwierig kontrollierbar zu sein.

[47] Anders sieht es bei den technischen Spezifikationen und den Zuschlagskriterien aus: Hier hat das revidierte Vergaberecht die grundsätzliche Legitimität der ökologischen Kriterien gesetzlich verankert und zeigt ihre wettbewerbsrechtlichen Grenzen auf. Dies ist nicht nur aus ökologischer Perspektive sondern auch in Hinblick auf die Rechtssicherheit als positive Entwicklung zu werten. Diesbezüglich sind die Zuschlagskriterien als das am wenigsten wettbewerbseinschränkende Vergabeinstrument am besten zur Berücksichtigung von Umweltanliegen geeignet. Bei den strikteren technischen Spezifikationen ist grössere Vorsicht geboten. Je nach Beschaffungsgeschäft

⁴⁷ Zur diesbezüglichen Erläuterungen des Bundesrates siehe BöB-Botschaft 2017 (Fn. 13), 1963.

⁴⁸ Der Begriff des Paradigmenwechsels wurde geprägt durch MARC STEINER in diversen Beiträgen zum Thema ökologisches Beschaffungswesen, erstmals in STEINER 2006 (Fn. 3).

kann es durchaus geboten sein, ökologische technische Spezifikation einzubauen. Dies setzt aber voraus, dass die WTO/GPA-Nichtdiskriminierungsregeln eingehalten werden. Für die genauen Grenzen der ökologischen technischen Spezifikationen ist nach wie vor ein Blick ins GPA notwendig, da der revidierte Art. 30 BöB diese nur in groben Zügen wiedergibt. Dies ist insofern schade, als das Völkerrecht als Rahmengesetzgebung konzipiert ist, die es den Vertragsstaaten überlässt, weitergehende Regelungen zur Klärung zu formulieren. Somit ist es als verpasste Chance zu werten, dass die Vergaberechtsvision keine klareren, auf die Schweiz abgestimmte Forderungen an die Formulierung von Umweltkriterien stellt.

[48] Auch an anderer Stelle wirft die neue gesetzliche Verankerung des ökologischen Beschaffungswesens Fragezeichen auf. Insbesondere beim neu eingeführten Kriterium der Lebenszykluskosten stellt sich die Frage, wie diese zu berechnen sind. Eine ungleiche Anwendung dieses Kriteriums wird wohl in naher Zukunft zu Verunsicherungen führen. Vor diesem Hintergrund wird es nötig sein, eine einheitliche Methodik zur Berechnung der Lebenszyklus- und Umweltkosten zu erarbeiten.

[49] Allgemein lässt sich feststellen, dass das Vergaberecht immer höhere Anforderungen stellt. Auch wenn die mit der Revision einhergehende Harmonisierung des Schweizer Vergaberechts diesbezüglich Abhilfe geschaffen hat, so sind weitere Vereinheitlichungsschritte auf praktischer Ebene notwendig (zum Beispiel die flächendeckende Ausarbeitung von ökologischen Produkte- oder Dienstleistungskriterien). Auch Professionalisierungs-, Koordinierungs- und Sensibilisierungskampagnen auf allen föderalen Ebenen können helfen, das Potenzial des ökologischen Beschaffungswesens auszuschöpfen und die TeilnehmerInnen im Beschaffungsmarkt zu schulen.⁴⁹ Strukturelle Abhilfe schaffen könnten auch vermehrte gemeinsame Plattformen zum Austausch bei vergaberechtlichen Fragen oder zentrale Beratungsstellen für Beschaffungsgeschäfte, wie sie beispielsweise die EU auf Unionsebene für Ihre Mitgliedstaaten geschaffen hat.⁵⁰

Dr. RIKA KOCH ist «Research und Teaching Fellow» am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht der Universität Zürich und Juristin beim Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie. Im vorliegenden Beitrag äussert sie ihre persönliche Meinung.

Die Autorin bedankt sich bei Frau RA Dr. Ulrike I. Heinrich für vieles, insbesondere für die Durchsicht dieses Beitrags. Besonderer Dank gebührt Herrn Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter, für die Pionierarbeit auf dem Gebiet des ökologischen Beschaffungsrechts und für seine wertvollen Inputs und kritischen Anmerkungen zum vorliegenden Beitrag.

⁴⁹ STEINER 2013 (Fn. 3), S. 78, schlägt diesbezüglich zum Beispiel Zusammenschlüsse im Sinne von Beschaffungsgemeinschaften auf lokaler Ebenen vor.

⁵⁰ Siehe Mitteilung der Kommission vom 3. Oktober 2017, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, COM/2017/572 final, S. 8.