

Schweizer Parlament, Bern
12.477 – Parlamentarische Initiative
Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung

Rechtsgutachten zur Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung
(Rechtsgutachten II, RG II) 2015

Auftrag des Bundesamts für Umwelt, BAFU Bern



**Universität
Zürich** UZH

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber
Telefon +41 44 634 48 84
Mail rolf.weber@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann
Telefon +41 44 634 48 65
Mail christine.kaufmann@rwi.uzh.ch

Rämistrasse 74 / 38
CH-8001 Zürich

UZH, RWI, Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber, Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann,
Rämistrasse 74 / 38, CH-8001 Zürich

Herrn Alfred W. Kammerhofer
Bundesamt für Umwelt BAFU
Abteilung Wald

CH-3003 Bern

Zürich, 11. März 2015

Änderung des Schweizer Rechts zum öffentlichen Beschaffungswesen

Sehr geehrter Herr Kammerhofer

Im Anschluss an die Revision des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesens der Welthandelsorganisation (WTO), das vom Bundesrat unterzeichnet worden ist, hat eine Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) in der Schweiz stattzufinden. In der Folge besteht auch Anpassungsbedarf auf Verordnungsebene sowie im Rahmen der kantonalen Beschaffungsrechtsregeln. Das vorliegende Gutachten soll die Frage thematisieren, ob die Berücksichtigung von umweltpolitischen Anliegen im Rahmen der laufenden BöB-Revision, insbesondere mit Bezug auf die „Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung“ sachgerecht ist bzw. in welcher Weise die gesetzgeberischen Vorschläge anzupassen wären. Dabei konzentrieren sich die Ausführungen auf die Frage, inwiefern die Schweiz den auf WTO-Ebene neu geschaffenen Spielraum für die Förderung von nachhaltig produziertem Holz nutzen kann.

Gerne unterbreiten wir Ihnen auftragsgemäss folgende Überlegungen zur dargestellten Thematik, gestützt auf die einleitende Inhaltsübersicht:



Inhaltsverzeichnis

0.	Executive Summary	4
1.	Analyse von Art. X:6 GPA als verbindliche Vorgabe bei Submissionen im Hinblick auf die Beschaffung von Rohstoffen aus der Schweiz mit besonderem Fokus auf Holz	8
1.1.	Allgemeine Ausgangslage	8
1.2.	Government Procurement Agreement (GPA) im Überblick	9
1.3.	Technische Spezifikationen im GPA	10
1.4.	Inhalt und Auslegung von Art. X:6 GPA	11
	a) „Technical Specifications“	11
	b) „To promote the conservation of natural resources or protect the environment“	12
	c) „For greater certainty“	14
	d) „In accordance with this article“	14
1.5.	Ausmass möglicher Abweichungen von reinen Wirtschaftlichkeitskriterien	15
2.	Analyse der bundesrechtlichen Regelungen im Kontext der Verwendung von Schweizer Holz bei Bauten mit öffentlicher Finanzierung	17
2.1.	Beschaffungsrecht – Überblick	17
2.2.	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)	17
	a) Geltungsbereich	17
	b) Grundsätze	18
	c) Sekundärziele	20
2.3.	Berücksichtigung von Umweltsanliegen	21
	a) Technische Spezifikationen	21
	b) Zuschlagskriterien	22
2.4.	IVöB	24
2.5.	Weitere ausgewählte Bestimmungen im Förderungsrecht	25
	a) Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)	25
	b) Kartellgesetz (KG)	25
	c) Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)	26
	d) Umweltschutzgesetz (USG)	27
	e) Waldgesetz (WaG)	28
	f) Bauproduktegesetz (BauPG)	29



g) Zwischenfazit zum weiteren Förderungsrecht in der Schweiz	30
3. Berücksichtigung von Art. X:6 GPA in der Revision von BÖB/VÖB und IVÖB	31
3.1. Ausgangslage: Grundsätzlicher Handlungsbedarf mit Blick auf die BÖB-Revision	31
3.2. Verfassungsrechtliche Einbettung und allgemeine Stossrichtung der BÖB-Revision	32
a) Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips	32
b) Regelungsbereich des VE-BÖB	33
3.3. Anpassung von Art. 1 VE-BÖB	33
3.4. Anpassung von Art. 33/34 VE-BÖB	34
a) Zuschlagskriterien nach Art. 33 VE-BÖB	34
b) Technische Spezifikationen nach Art. 34 VE-BÖB	35
c) Exkurs: Berücksichtigung des Transportwegs im Beschaffungswesen	36
3.5. Bedeutung von Art. 34 Abs. 4 VE-BÖB und Art. 3 VE-VÖB	37
3.6. Möglichkeiten einer Erweiterung des Schutzbereichs von Art. 34 Abs. 4 VE-BÖB	38
3.7. Verhältnis von Art. 33/34 VE-BÖB zu Art. 43 VE-BÖB	40
3.8. Anpassungsbedarf in der IVÖB	41
4. Vorschläge zur Ergänzung der BÖB- und der IVÖB-Revision	43
4.1. Weitere Anpassungen des BÖB	43
a) Anpassung von Art. 31 VE-BÖB (Eignungskriterien)	43
b) Anpassung von Art. 46 und 47 VE-BÖB (Kriterien für Ausschluss und Widerruf)	43
4.2. Weitere Anpassungen der VÖB	44
4.3. Weitere Anpassungen der IVÖB	44
4.4. Anpassung anderer Erlasse	45
5. Bibliographie	46



0. Executive Summary

(1) Mit dem Aktionsplan „grüne Wirtschaft“ hat der Bundesrat sein Bekenntnis zur Energie- und Ressourceneffizienz bekräftigt. Insbesondere soll auch der Kauf von umweltschonenden und energieeffizienten Produkten einen Beitrag zur Technologieförderung und zur nachhaltigen Verwendung von Ressourcen leisten. Im öffentlichen Beschaffungswesen lassen sich ökologische Aspekte durch die Wahl des Beschaffungsgegenstandes berücksichtigen (z.B. mittels der Festlegung entsprechender technischer Spezifikationen oder Zuschlagskriterien).

Das im Jahre 2012 revidierte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]) der Welthandelsorganisation (World Trade Organisation [WTO]) sieht erstmals ausdrücklich die Möglichkeit vor, bei der Gestaltung technischer Spezifikationen und Zuschlagskriterien auch ökologische Kriterien zu berücksichtigen (Art. X:6 und Art. X:9 GPA). Art. X:1 GPA stellt den allgemeinen Grundsatz auf, dass technische Spezifikationen den internationalen Handel nicht mehr als notwendig einschränken dürfen (Verhältnismässigkeitsprinzip). Weiter sollen technische Spezifikationen nach Möglichkeit leistungsorientiert, also auf funktionalen und nicht auf formell deskriptiven Kriterien basierend, definiert sein (Art. X:2(a) GPA) und sich auf international anerkannte technische Normen stützen (Art. X:2(b) GPA). Insbesondere ist die Verwendung von anerkannten Umweltgütezeichen (z.B. das FSC-Label) im Rahmen der technischen Spezifikationen zulässig, solange diese nicht als ausschliessliche, sondern lediglich als exemplarische Kriterien zur Anwendung gelangen sollen. Rein ursprungsbezogene Kriterien (z.B. „Schweizer Holz“) verstossen indessen gegen das Diskriminierungsverbot und sind unzulässig.

Die neu geschaffene Norm von Art. X:6 GPA räumt den Vergabebehörden das Recht ein, technische Spezifikationen in Bezug auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes festzulegen. Die neue Bestimmung betont die Schutzwürdigkeit der Umwelt und widerspiegelt die allgemeine Tendenz, Nachhaltigkeits- und Umweltschutz im Rahmen öffentlicher Einkäufe vermehrt zu berücksichtigen. Bei der Auslegung der Begriffe Nachhaltigkeit und Umweltschutz sowie deren Umsetzung in der nationalen Politik räumen die Streitbeilegungsorgane der WTO den Mitgliedstaaten einen grossen Spielraum ein, stellen aber strenge Anforderungen an die Wirksamkeit und Notwendigkeit entsprechender Massnahmen. Bei der Formulierung von technischen Anforderungen ist es hinsichtlich des Diskriminierungsverbots deshalb wichtig, die angestrebte Nachhaltigkeit durch die Verwendung von Holz als erneuerbarem Energieträger sowie das anvisierte Schutzniveau mit Bezug auf die Sicherstellung der Waldbewirtschaftung transparent zu kommunizieren und dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren.

(2) Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz ist auf Grund seiner historisch gewachsenen föderalistischen Struktur ein komplexes „Flickwerk“ aus bundesrechtlichen, kantonalen und kommunalen Rechtsquellen. Neben dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und dessen Konkretisierung in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) haben die Kantone ihre GPA-Verpflichtungen autonom umgesetzt, aber durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in erheblichen Teilen „harmonisiert“. Kantonale Gesetze können indessen weiter bestehen, ebenso kennen einzelne Gemeinden eigene Regeln für öffentliche Aufträge in ihrem Hoheitsgebiet.

Im Nachgang zur GPA-Revision beschloss der Bundesrat im Jahre 2012, im Zuge des Ratifikationsverfahrens nicht nur eine Angleichung des Schweizer Rechts an die geänderte internationale Rechtslage vorzunehmen, sondern gleichzeitig auch der Fragmentierung des innerstaatlichen Rechts entgegen-



zuwirken und die Vergaberechte von Bund und Kantonen soweit als möglich einander anzunähern. Zur Diskussion stehen deshalb in diesem Gutachten nicht nur der Vorentwurf für die Anpassung des BöB, sondern auch für die Anpassung der IVöB und deren Harmonisierung mit dem BöB. Besondere Beachtung findet dabei insbesondere die Realisierung von Nachhaltigkeits- und Umweltsanliegen in Form von technischen Spezifikationen und in Form von Zuschlagskriterien. Technische Spezifikationen können neben Vorgaben bezüglich physischen Produktmerkmalen auch Nachhaltigkeitsvorgaben beinhalten, die sich auf die Produktionsbedingungen beziehen; alle Vorgaben müssen verhältnismässig sein. Auch die Zuschlagskriterien dürfen ökologische Aspekte in die Bewertungsmatrix für die Auswahl der Anbieter miteinbeziehen, solange sie sachgerecht und verhältnismässig gewichtet sind.

Mit Bezug auf weitere Förderungsgesetze des Bundes sind folgende Aspekte in Betracht zu ziehen: Verschiedene bundesrechtliche Erlasse (z.B. Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz, Gesetz über die technischen Handelshemmnisse, Umweltschutzgesetz, Waldgesetz, Bauproduktgesetz) ermöglichen Förderungsmassnahmen in Zusammenhang mit nachhaltig produziertem Holz. Der direkte Bezug der wettbewerbsrechtlichen Erlasse zur BöB-Revision ist zwar eher gering. Relevant ist indessen, dass technische Spezifikationen sich nicht als grenzüberschreitende Handelshemmnisse auswirken dürfen. Die Vorgaben des Umweltschutz- und des Waldgesetzes, welche die Förderung von nachhaltig produziertem Holz beabsichtigen, eignen sich hingegen als Grundlage für die Unterstützung der Nachhaltigkeitsziele im Beschaffungsrecht.

(3) Wie erwähnt beinhaltet das revidierte GPA eine beachtliche Zahl von Änderungen grösserer und kleinerer Natur, welche der Schweizer Gesetzgeber im Zusammenhang mit dessen Ratifikation in das nationale Recht, und zwar auf der Ebene des Bundes und der Kantone, zu überführen hat. Die Herausforderung hierbei besteht darin, den neuen Spielraum für Nachhaltigkeitskriterien zur Förderung von umweltverträglichen Produkten, insbesondere auch von nachhaltig produziertem Holz, zu nutzen, ohne dabei protektionistischen Partikularinteressen die Türen zu öffnen und die beschaffungsrechtlichen Grundsätze des Diskriminierungsverbots zu gefährden.

Diejenigen Regulierungsvorschläge, die sich nicht der Thematik der Umsetzung von GPA-Nachhaltigkeitsprinzipien in das schweizerische Recht zuordnen lassen, sind nicht Gegenstand des Gutachtens (z.B. Geltungsbereich, allgemeine Grundsätze, Information über das Beschaffungswesen, Teilnahmebedingungen an Ausschreibungen, Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, Fristen und Verhandlungen, freihändige Vergabe, elektronische Auktionen, rechtliche Anfechtungsmöglichkeiten bzw. Beschwerden). Im Vordergrund steht vielmehr die Beurteilung der angestrebten Nachhaltigkeitsziele, der Regelungen zu den technischen Spezifikationen, der Qualifikation der Anbietenden sowie der Zuschlagserteilung. In diesem Rahmen lassen sich folgende Beurteilungen abgeben:

Anpassung von Art. 1 VE-BöB: Mit der Verwendung des Wortes „Nachhaltigkeit“ im Text von Art. 1 Abs. 1 lit. a VE-BöB beabsichtigt der Bund eine Formulierung, die weit ausfällt; diese Vorgehensweise erscheint als sachgerecht und verdient Zustimmung. Die Anliegen im Kontext der Verwendung von Holz lassen sich im Rahmen der gewählten Formulierung verwirklichen.

Anpassung von Art. 33/34 VE-BöB: Art. 33 VE-BöB zu den Zuschlagskriterien ist zwar im Vergleich zu dem heute geltenden Art. 21 BöB nicht völlig neu, verändert aber doch den Inhalt in nicht unwesentlicher Weise, indem auch nicht-preisliche Elemente eine Bedeutung zu spielen vermögen. Art. 34 VE-BöB ist hingegen eine gestützt auf die GPA-Revision neu formulierte Norm zu den technischen Spezifikationen. Von besonderer Bedeutung ist die Anordnung von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB, die festhält,

dass der Auftraggeber technische Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen und des Umweltschutzes vorsehen kann. Zwar handelt es sich um eine „Kann-Vorschrift“, d.h. eine Pflicht, technische Spezifikationen, welche der Nachhaltigkeit dienen, in die Ausschreibung aufzunehmen, besteht nicht, doch ist die Umschreibung des relevanten Nachhaltigkeitsbereichs recht umfassend, indem sowohl natürliche Ressourcen (wie Holz) als auch der Umweltschutz angesprochen sind.

Der Wortlaut der Bestimmungen von Art. 33/34 VE-BöB, insbesondere Art. 34 Abs. 4 VE-BöB, enthält eine klare Erweiterung der Möglichkeit von öffentlichen Auftraggebern, Nachhaltigkeitskriterien in ein Ausschreibungsverfahren aufzunehmen. Weil Holz eine natürliche Ressource ist, die bei Bauaufträgen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem zu beschaffenden Produkt steht, ermöglichen es die geplanten Bestimmungen bei der Anwendung auf Holz, Anforderungen an die Nachhaltigkeit der Produktion (z.B. Holzschlag) zu stellen und damit Schweizer Holz¹, das diese Kriterien erfüllt, zu fördern. Reine Ursprungskriterien sind vom neuen Nachhaltigkeitskriterium jedoch nicht gedeckt. Sowohl aus der Sicht des GPA wie auch aus der Sicht der vorgeschlagenen Gesetzesrevision in der Schweiz sind somit keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Stossrichtung der unterbreiteten Vorschläge anzubringen.

Art. 3 VE-VöB: Art. 3 VE-VöB konkretisiert als Verordnungsbestimmung den Begriff der Nachhaltigkeit im Sinne von Art. 1 VE-BöB: Die Umschreibung ist indessen recht kurz. Hingegen findet sich im Entwurf keine Verordnungsbestimmung, welche die vorerwähnte Norm von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB spezifisch präzisieren würde. Aus diesem Grunde liesse sich erwägen, den Wortlaut von Art. 3 VE-VöB dergestalt zu ergänzen, dass ein direkter Bezug zur Nachhaltigkeitsanordnung von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB hergestellt wird.

Erweiterung des Schutzbereichs von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB: Weil Holz zweifelsfrei eine natürlich Ressource ist, bedarf es keiner erweiterten Umschreibung des Schutzbereichs. Auch ist es im Hinblick auf die Kompatibilität mit dem WTO-Recht problematisch, geographische Kriterien in den Wortlaut einzufügen. Hingegen wäre denkbar, aus einer breiteren gesetzgeberischen Optik, die sich nicht nur am konkreten Beispiel von Schweizer Holz orientiert, die technischen Spezifikationen mit Blick auf Nachhaltigkeitskriterien zu erweitern.

Verhältnis von Art. 33/34 VE-BöB zu Art. 43 VE-BöB: Bereits unter heutigem Recht ist unzweifelhaft, dass der Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ nicht allein auf den Preis bzw. monetäre Aspekte abzielt, sondern auch Faktoren wie die Qualität des Leistungsgegenstandes, die Ressourcen- und Energieeffizienz sowie die Förderung von Innovationen eine Rolle spielen können. Selbst wenn die Formulierung „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ auf den ersten Blick stark ökonomieorientiert zu sein scheint, ist die Berücksichtigung weiterer Ziele, insbesondere die Beachtung von Sekundärzielen, wie beispielsweise Umweltkriterien, durchaus möglich. Insbesondere schränkt der Wortlaut von Art. 43 VE-BöB den Kriterienkatalog für den Zuschlag und die technischen Spezifikationen gemäss Art. 33/34 VE-BöB nicht ein.

Von Bedeutung sind aber das Transparenz-, das Verhältnismässigkeits- und das Gleichbehandlungsgebot: Bei einer Vielzahl von Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber deren Gewichtung als normativen Teil einer Bewertungsmatrix offenzulegen; deshalb ist die gesamte Bewertungsmatrix inkl. Punk-

¹ Der Begriff „Schweizer Holz“, wie er in diesem Gutachten verwendet wird, umfasst Holz, das in Schweizer Wäldern geschlagen und in der Schweizer Forstwirtschaft verarbeitet wurde.



teskalen schon zu Beginn des Verfahrens zu publizieren. Umweltkriterien sind zudem verhältnismässig entsprechend ihrer Bedeutung für das Beschaffungsgeschäft zu gewichten. Diese prozessualen Voraussetzungen erscheinen als sachgerecht und schränken die Möglichkeiten, die Verwendung von nachhaltig produziertem Holz zu verlangen, nicht ein.

Anpassungsbedarf in der IVöB: Mit Blick auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen und den Umweltschutz ist festzustellen, dass der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen der IVöB regelmässig mit dem Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmungen des BöB übereinstimmt. Angesichts der Deckungsgleichheit der Formulierungen, etwa zu den technischen Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen, gelten dieselben Überlegungen, die zuvor mit Bezug auf das BöB geäussert worden sind.

(4) Für weitere Anpassungen sind folgende Bestimmungen in Betracht zu ziehen: Mit Bezug auf Art. 31 VE-BöB wäre es unter dem Aspekt der Rechtssicherheit wünschbar, die Zulässigkeit einer Berücksichtigung der ökologischen Mehreignung (fachlich und betreffend Erfahrung) ausdrücklich im Gesetz festzuhalten.

Mit Blick auf die Kriterien für den Ausschluss und den Widerruf (Art. 46 und Art. 47 VE-BöB) wäre es insbesondere in Bezug auf die Beschaffung von Holz und Holzprodukten sinnvoll, die Einhaltung umweltschutzrechtlicher Bestimmungen ausdrücklich zu regeln und damit eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage zu schaffen.



1. Analyse von Art. X:6 GPA als verbindliche Vorgabe bei Submissionen im Hinblick auf die Beschaffung von Rohstoffen aus der Schweiz mit besonderem Fokus auf Holz

1.1. Allgemeine Ausgangslage

Mit der Verabschiedung der „Energiestrategie 2050“ und dem Aktionsplan „grüne Wirtschaft“ hat der Bundesrat sein Bekenntnis zur Energie- und Ressourceneffizienz bekräftigt. Die „Wirtschaft“, welche terminologisch auch die öffentliche Hand umfasst², wird hierbei in die Pflicht genommen, die Knappheit der (nicht-erneuerbaren) Ressourcen zu berücksichtigen, diese entsprechend zu schonen und vermehrt erneuerbare Ressourcen zu nutzen. Für die öffentliche Hand ist dies insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens relevant: Den Kaufgeschäften der öffentlichen Hand kommt mit einem Anteil von 10 Prozent am Bruttoinlandprodukt eine bedeutende volkswirtschaftliche Rolle zu.

Diese „Hebelwirkung“ sollen Bund, Kantone und Gemeinden künftig gezielt für die Umwelt einsetzen, indem sie durch den Kauf von besonders umweltschonenden und energieeffizienten Produkten die entsprechenden Technologien fördern und den Markt stärken³. Die Zielsetzung ist auch im Kontext der Waldpolitik des Bundes relevant: Der klimaneutrale Rohstoff Holz soll als Substitutionsgut für emissionsreiche Stoffe sowie als erneuerbarer Energieträger zum Umweltschutz beitragen. Zu diesem Zweck ist die Verwendung von Schweizer Holz (unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts) gemäss parlamentarischem Auftrag auch im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens zu steigern⁴.

Die erste und wichtigste Möglichkeit, ökologische Aspekte zu berücksichtigen, liegt in der Wahl des Beschaffungsgegenstandes⁵: Durch die Festlegung von sogenannten technischen Spezifikationen kann die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand konkretisieren und gewisse Anforderungen an dessen Produkteigenschaften oder Produktionsmethoden stellen. Diesbezüglich räumt das im Jahre 2012 revidierte Übereinkommen der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) erstmals ausdrücklich die Möglichkeit ein, bei der Gestaltung technischer Spezifikationen auch ökologische Kriterien zu berücksichtigen (Art. X:6 GPA).

Die Schweiz hat das revidierte GPA am 30. März 2012 unterzeichnet. Vor der Ratifikation soll das innerstaatliche Recht dem neuen Abkommen angepasst werden. Zu diesem Zweck wird das Schweizer Beschaffungsrecht auf Gesetzes- und Verordnungsebene einer umfassenden Revision unterzogen; gleichzeitig stellt die Angleichung der Gesetzgebungen von Bund und Kantonen ein besonderes Anliegen dar.

² Botschaft vom 12. Februar 2014 zur Volksinitiative „Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Umweltschutzgesetzes), BBl 2014 1822 Ziff. 1.2.

³ BBl 2014 1861.

⁴ BAFU 2014, S. 14.

⁵ Steiner 2006, S. 109.

1.2 Government Procurement Agreement (GPA) im Überblick

Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) beinhaltet den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu den Beschaffungsmärkten anderer Staaten, legt prozessuale Rahmenbedingungen im Beschaffungsprozess fest und stellt Mindestanforderungen für den Rechtsschutz auf.

Als plurilaterales Abkommen ist das GPA nicht für alle WTO-Mitglieder verbindlich⁶; diejenigen Staaten, welche das GPA nicht ratifiziert haben, sind bei öffentlichen Einkäufen von den WTO-Grundsätzen der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung ausgenommen (Art. III:8 des General Agreement on Tariffs and Trade [GATT] und Art. XIII:1 des General Agreement on Trade in Services [GATS]). Die Schweiz ist als einer der Erstunterzeichnerstaaten des GPA 1994 seit 1996 gegenüber anderen Mitgliedern an das Übereinkommen gebunden; entsprechend hat sie das innerstaatliche Recht dem GPA als der wichtigsten Rechtsgrundlage des öffentlichen Beschaffungswesens angepasst.

In der Schweiz, in Armenien und Korea ist die Ratifikation des revidierten GPA 2012 noch ausstehend, für alle anderen Mitgliedstaaten des GPA 1994 ist es im April resp. für niederländisch Aruba am 4. Juli 2014 in Kraft getreten.⁷ Eine umfassende Analyse der Umsetzung des GPA 2012 in diesen Ländern liegt noch nicht vor; dieses Gutachten betrachtet die Umsetzung des revidierten GPA inschweizerische Submissionswesen in Bezug auf Nachhaltigkeitskriterien somit ohne Rechtsvergleiche mit ausländischen Vollzugsgesetzgebungen.

Nebst der Ausweitung des sektoriellen Geltungsbereichs des Übereinkommens erreicht die Revision des GPA von 2012 eine Verschlinkung und Modernisierung der Verfahrensregeln, indem sie beispielsweise die elektronische Auktion einführt und den Auftraggebern mehr Flexibilität in der Wahl des Verfahrens einräumt. Auf materieller Ebene beinhaltet das revidierte GPA einen geänderten Grundsatzkatalog und schliesst nun unter anderem Regeln zur Korruptionsbekämpfung und zum Umweltschutz ein. Der erweiterte Geltungsbereich des revidierten Übereinkommens ist insofern zu relativieren, als auch das revidierte GPA am Konzept der sog. Positivlisten festhält: Die Staaten halten im Anhang 1 des revidierten GPA fest, in welchem Umfang sie ihre öffentlichen Beschaffungsmärkte öffnen.

Im Rahmen dieses Gutachtens wird nicht umfassend auf die generellen Bestimmungen eingegangen. Die folgenden Ausführungen fokussieren vielmehr auf diejenigen Normen, welche im Kontext der Verwendung von Schweizer Holz relevant sein könnten (und setzen diese in den allgemeinen Kontext der GPA-Grundsätze). Insoweit gehört die Modifikation der Bestimmungen in Art. X GPA, insbesondere die ausdrückliche Erwähnung von Umweltanliegen, zu den bedeutenden Innovationen der

⁶ Mitgliedstaaten des GPA 1994 sind [Stand 6. März 2015]: Armenien, Aruba (Niederlande), die 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Hong Kong (China), Island, Israel, Japan, Kanada, Liechtenstein, Norwegen, die Schweiz, Singapur, Südkorea, Taiwan (chinesisch Taipei) und die Vereinigten Staaten von Amerika. Zudem wurden die Beitrittsgesuche von Montenegro und Neuseeland angenommen; diese Staaten werden dem GPA nach Durchlaufen der innerstaatlichen Prozesse beitreten.

⁷ http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm [Stand 20.01.2015]



GPA-Revision von 2012: Der neue Art. X GPA räumt den Vergabebehörden mehr Flexibilität bei der Definition von Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen ein und trägt entscheidend dazu bei, Rechtslücken zu füllen und die Transparenz im Vergabeverfahren zu verbessern.

Allgemein bleibt zu beachten, dass das WTO-Recht durch ein striktes Diskriminierungsverbot geprägt ist: Aus dem Diskriminierungsverbot ergibt sich mit Bezug auf Schweizer Holz, dass technische Spezifikationen nicht zum Nachteil ausländischer Anbieter ausgestaltet werden dürfen, um den Anbieterkreis und somit den Wettbewerb nicht übermässig zu beschränken.⁸ Unzulässig sind demnach sowohl direkte Diskriminierungen (*de iure* Diskriminierungen wie z.B. geographische Ursprungserfordernisse) als auch indirekte Diskriminierungen⁹, also Anforderungen, die *de facto* nur von lokalen Anbietern erfüllt werden können (z.B. Spracherfordernisse oder die Abstellung auf den Transportweg, wenn dies nicht sachlich geboten ist). Eine Anordnung, welche die Verwendung einer bestimmten Holzqualität verlangt, die in der Realität nur von Schweizer Holz erfüllt werden kann, wäre eine *de facto* Diskriminierung¹⁰. Hingegen sind rein faktische Nachteile für ausländische Anbieter, zum Beispiel aufgrund der Distanz, hinzunehmen¹¹.

Im Sinne einer allgemeinen Vorbemerkung ist noch festzuhalten, dass das WTO-Recht bzw. das GPA „nur“ Diskriminierungen zwischen Angehörigen einzelner Mitgliedstaaten ausschliesst, nicht aber die sog. Inländerdiskriminierungen; d.h. die Schweiz darf gemäss GPA an sich Schweizer Unternehmen schlechter behandeln als ausländische. Zudem bleibt zu beachten, dass viele vermeintliche Nachteile rechtlich betrachtet ohnehin keine Diskriminierung darstellen; so sind die Staaten gestützt auf das Souveränitätsprinzip z.B. völlig frei, die Höhe von Steuern, Sozialabgaben und Gebühren festzulegen. Falls ein ausländischer Staat auf die Einkassierung von Steuern bzw. Sozialabgaben verzichten sollte, wäre einzig denkbar, das Argument der WTO-rechtswidrigen Subventionierung vorzubringen: So gelten gemäss Art. 1.1(a)(1) des WTO Subventionsabkommens auch Steuervergünstigungen und andere Fiskalanreize („government revenue forgone“) als Subventionen und sind somit unter WTO-Recht anfechtbar.

1.3 Technische Spezifikationen im GPA

Als „technische Spezifikationen“ werden die Detailanforderungen an die Eigenschaften des zu beschaffenden Produkts bezeichnet (Art. I lit. u GPA). Durch die Definition von technischen Spezifikationen können die Beschaffungsbehörden die gewünschten Produkteigenschaften gleich am Anfang des Beschaffungsprozesses festlegen und potenziellen Anbietern in der Ausschreibung frühestmöglich kommunizieren. Dabei steht ihnen inhaltlich ein recht grosser Ermessensspielraum zu; das GPA selbst legt lediglich fest, dass technische Spezifikationen nicht diskriminierend sowie verhältnismässig auszugestalten sind und im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Somit stellen technische Spezifikationen die einfachste und transparenteste Möglichkeit für die Berücksichtigung von Umwelthanliegen dar.

⁸ Vgl. nachfolgend 1.3 und 1.4 sowie 3.4 und 3.5.

⁹ Kaufmann und Weber, Rechtsgutachten 2013, S. 6-7.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Hauser 2001, S. 1409.

Art. X:1 GPA legt den allgemeinen Grundsatz fest, dass technische Spezifikationen den internationalen Handel nicht mehr als notwendig einschränken dürfen. Dieser Grundsatz der Verhältnismässigkeit basiert auf dem im Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen)¹² enthaltenen „necessity-test“, der besagt, dass technische Vorschriften nicht handelshemmender als zur Erreichung eines legitimen Ziels notwendig sein dürfen. Weiter sollen technische Spezifikationen nach Möglichkeit leistungsorientiert, also auf funktionalen und nicht auf formell deskriptiven Kriterien basierend, definiert sein (Art. X:2(a) GPA) und sich auf internationale Normen stützen (Art. X:2(b) GPA).

Sog. „Sekundärziele“, also Ziele, welche die Vergabebehörde sekundär zum Hauptziel ebenfalls erreichen will (z.B. Sozialziele oder Umweltschutzziele), können in den technischen Spezifikationen berücksichtigt werden, wenn sie verhältnismässig sind, d.h. wenn die Interessenabwägung ergibt, dass die Spezifikation zur Erreichung des Ziels geeignet und notwendig (im Sinne des mildesten Mittels) ist. Diese Interessenabwägung lässt naturgemäss einen gewissen Spielraum in Bezug auf die Frage, inwieweit das geschaffene Handelshemmnis notwendig ist¹³.

Technische Spezifikationen sind zudem an das allgemeine Transparenzgebot des GPA¹⁴ gebunden und müssen in den Vergabeunterlagen ausführlich beschrieben werden (Art. X:7 GPA).

1.4 Inhalt und Auslegung von Art. X:6 GPA

Die Berücksichtigung von Umweltanliegen im Rahmen der technischen Spezifikationen ist, wie erwähnt, eine der Innovationen, welche die Revision 2012 mit sich brachte. Die neu geschaffene Norm von Art. X:6 GPA räumt den Vergabebehörden ausdrücklich das Recht ein, technische Spezifikationen in Bezug auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes festzulegen. Der neue Wortlaut betont die Schutzwürdigkeit der Umwelt und widerspiegelt die allgemeine Tendenz, Umweltanliegen im Rahmen öffentlicher Einkäufe vermehrt zu berücksichtigen. Weil diese neue Ermächtigung noch nie Gegenstand der Rechtsprechung war, ist ihre genaue Bedeutung und Reichweite noch unklar. Vorerst muss die Interpretation dieser neuen GPA-Norm daher gemäss der Wiener Vertragskonvention (VRK) ausgehend vom Wortlaut erfolgen; die allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsregel in Art. 31 VRK besagt im Kern, dass ein Vertrag (und dazu gehören auch die WTO-Übereinkommen¹⁵) gemäss seiner gewöhnlichen Bedeutung, in seinem Kontext sowie im Hinblick auf sein Ziel und seinen Zweck auszulegen ist.

a) „Technical Specifications“

Unter die Legaldefinition in Art. I lit. u GPA fallen alle Anforderungen an die Eigenschaften der zu beschaffenden Produkte oder Dienstleistungen hinsichtlich Qualität, Leistung, Sicherheit oder Produktionsprozesse und -methoden. Auch Vorgaben bezüglich „Terminologie, Symbole, Verpackung,

¹² Art. 2.2 TBT-Übereinkommen

¹³ Steiner 2006, S. 30.

¹⁴ Vgl. zum Beispiel Präambel des GPA und Art. IV:4 GPA.

¹⁵ Appellate Body Report, United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2/AB/R), 29 April 1996, S. 17 ff.

Beschriftung oder Labelling der Produkte oder Dienstleistungen“ gelten als technische Spezifikationen.

Dass die Definition auch herstellungsspezifische Anforderungen (*process and production methods, PPM*) umfasst, die im Endprodukt nicht sichtbar sind, ist insofern bemerkenswert, als diese im allgemeinen WTO-Recht mit Ausnahme des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT) nicht erwähnt werden. Die Streitbeilegungsorgane stellten bislang bei der Beurteilung der „Gleichheit“ von Produkten auf die physischen Eigenschaften der Endprodukte und die Konsumentenpräferenzen ab¹⁶ und liessen Produktionsmethoden nur zurückhaltend als Kriterien zu¹⁷. Dass eine differenzierte Behandlung an sich gleicher Endprodukte im Rahmen der technischen Spezifikationen gestützt auf umweltbezogene Produktionsmethoden nun unter dem revidierten GPA nicht per se als diskriminierend gilt, könnte den Vergabebehörden zusätzlichen Spielraum einräumen. Wie gross dieser Spielraum genau ist, ergibt sich aber auch aus dem revidierten GPA nicht, so dass eine Klärung durch die Streitbeilegungsorgane der WTO unabdingbar sein wird¹⁸.

Mit Bezug auf Schweizer Holz steht es den Behörden somit grundsätzlich frei, Anforderungen u.a. an die Qualität von Holzprodukten zu stellen. Inwieweit auch Produktions- bzw. Abholzungsmethoden, die sich nicht in den physischen Eigenschaften des Endproduktes niederschlagen, als Qualitätskriterien zulässig sind, lässt sich zur Zeit trotz verschiedener positiver Signale aus der Praxis des Appellate Body nicht abschliessend beantworten. Fest steht, dass solche Mindestanforderungen an die Holzqualität von den Anbietern zwingend zu beachten wären; Anbieter, die Holz in minderer Qualität oder aus minderwertiger Produktion offerieren würden, wären im Beschaffungsprozess nicht zu berücksichtigen.

b) „To promote the conservation of natural resources or protect the environment“

Technische Spezifikationen dürfen nicht willkürlich definiert werden, sondern müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem zu beschaffenden Produkt stehen. Dass sich hierbei aber auch sekundäre Ziele wie der Umweltschutz berücksichtigen lassen, ist seit längerem anerkannt und ist neu im GPA auch ausdrücklich verankert: Gemäss Art. X:6 GPA ist die „Förderung der Erhaltung der natürlichen Ressourcen und der Schutz der Umwelt“ ein legitimes Sekundärziel.

Diesen Abkommenstext haben die WTO-Streitschlichtungsbehörden mehrmals im Kontext des ähnlichen Wortlauts der Ausnahmeklausel in Art. XX lit. g GATT ausgelegt. Der Geltungsbereich der GATT-Norm ist indessen enger gefasst, weil sie nur Massnahmen in Zusammenhang mit der Erhaltung von *erschöpfbaren* natürlichen Ressourcen abdeckt, während das GPA sich auf alle natürlichen Ressourcen bezieht.

¹⁶ Appellate Body Report, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos (WT/DS135/AB/R) 12 March 2001, para. 110-115; Panizzon/Arnold/Cottier, S. 199-247, 219-222.

¹⁷ Appellate Body Report, United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS58/AB/R), 12 October 1998, para. 141-144.

¹⁸ So auch Arrowsmith 2011, S. 323.

Den Wortlaut „Erhaltung der natürlichen Ressourcen“ (*conservation of natural resources*) interpretierte die WTO-Streitschlichtungsbehörde als „*the act of preserving [keeping from harm, injury; taking care of] and maintaining the existing state of something, in this case natural resources*“¹⁹. Als natürliche Ressourcen gelten gemäss WTO-Recht sowohl Tiere als auch nicht-tierische Rohstoffe wie Pflanzen oder Mineralien²⁰. Bei der Interpretation des Begriffs Umweltschutz und dessen Umsetzung in der nationalen Politik räumen die Streitbeilegungsorgane den Mitgliedstaaten einen grossen Spielraum ein, stellen aber strenge Anforderungen an die Wirksamkeit und Notwendigkeit entsprechender Massnahmen.

In den bislang entschiedenen Fällen befassten sich die Streitbeilegungsorgane denn auch primär mit der Frage, wie weit die zum Schutz der natürlichen Ressourcen erlassenen Massnahmen gehen dürfen: Ein Panel der WTO führte diesbezüglich aus, dass die Staaten an sich Massnahmen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen grundsätzlich souverän erlassen können, aber an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden seien und somit die wirtschaftsfreundlichste aller möglichen Massnahmen zu wählen hätten²¹.

Zudem impliziert der Wortlaut in Art. X:6 GPA (*to promote*) als weiteres Kriterium, dass ein direkter Zusammenhang zwischen der technischen Spezifikation und dem Schutzziel bestehen muss („Nexus“ bzw. Kausalität); die Anforderungen in den technischen Spezifikationen haben demzufolge primär den Umweltschutz oder die Erhaltung der natürlichen Ressourcen zu fördern.

Diese Anforderung entspricht der neueren Praxis der WTO-Streitbeilegungsorgane zu Art. III:4 GATT, der den Grundsatz der Inländerbehandlung umschreibt, und zu Art. XX GATT, der Rechtfertigungsgründe beinhaltet. Demnach ist eine angefochtene handelsrelevante Umweltschutzmassnahme zum einen daraufhin zu prüfen, ob sie tatsächlich geeignet ist, das anvisierte Umweltschutzziel zu erreichen, zum andern ist eine Interessenabwägung zwischen der Umweltrelevanz und der protektionistischen Wirkung der Massnahme vorzunehmen²². Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Kriterium der Notwendigkeit der Massnahme zu. Je nach Schutzziel können unterschiedlich einschneidende Massnahmen notwendig sein. Bei der Formulierung von technischen Anforderungen bezüglich Holz ist es deshalb wichtig, die umweltpolitische Motivation (Holz als klimaneutraler Rohstoff und erneuerbarer Energieträger) und das angestrebte Schutzniveau (Substitution emissionsreicher Stoffe; Sicherstellung der (Schutz-)Waldbewirtschaftung) transparent zu kommunizieren.

Für die Schweiz stellt sich mit Bezug auf Holz in diesem Zusammenhang etwa die Frage, ob die Anforderung, dass das verwendete Holz unabhängig von seiner geographischen Herkunft ohne Kahlbewirtschaftung geerntet wurde, unter die zulässigen Massnahmen zum Schutz der natürlichen Ressourcen subsumiert werden kann. Ein solches Erfordernis ist unproblematisch, weil die Nutzung und

¹⁹ Panel Reports, China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (WT/D5394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R), 5 July 2011, as modified by Appellate Body Report, para. 7.372.

²⁰ Appellate Body Report (Fn 17), US – Shrimps, para. 131.

²¹ Panel Reports (Fn 19), China – Raw Materials, para. 7.381.

²² Der sog. SATP (“so as to afford protection”)-Test; Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres (WT/DS332/AB/R), para. 143. Ausführlich dazu Panizzon/Arnold/Cottier 2010, S. 226-231.

Bewirtschaftung der Schweizer Wälder in die Regelungskompetenz der Schweiz fällt. Aus der Rechtsprechung des Appellate Body zu Art. XX:g GATT lässt sich ableiten, dass sich der Schutz der natürlichen Ressourcen auch auf Massnahmen mit extraterritorialer Wirkung, wie sie das Erfordernis der Holzernte ohne Kahlbewirtschaftung im Ausland darstellt, bezieht²³. Offen ist hingegen derzeit, wie die Streitbeilegungsorgane der WTO den Zusammenhang zwischen der technischen Spezifikation „Holzernte ohne Kahlbewirtschaftung“ und den von der Schweiz damit verfolgten Umweltschutzinteressen, insbes. den Schutz der Biodiversität, beurteilen würden. Angesichts des breiten internationalen Konsenses über die Notwendigkeit, die Biodiversität zu schützen, wie er etwa im Übereinkommen über die biologische Vielfalt zum Ausdruck kommt²⁴, scheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass ein WTO-Streitbeilegungsorgan eine technische Spezifikation „Holzernte ohne Kahlbewirtschaftung“ als umweltpolitisch motivierte Massnahme zum Schutz der Biodiversität akzeptieren könnte²⁵.

c) „For greater certainty“

Art. X:6 GPA wird durch die Worte „for greater certainty“ eingeleitet. Die Bedeutung dieser (für das WTO-Recht ansonsten unüblichen) Einleitungsklausel ist in der Lehre umstritten²⁶. Einigkeit besteht immerhin darüber, dass mit dieser Klausel zumindest die Bedeutung von Umweltaspekten unterstrichen wird und Mitgliedstaaten grundsätzlich die Möglichkeit erhalten, Umwelanliegen im Beschaffungswesen zu berücksichtigen. Damit ist entsprechend den Entwicklungen in der Rechtsprechung geklärt, dass der Einbezug von Umwelanliegen in Form technischer Spezifikationen zulässig ist und aus Gründen der Transparenz sogar erwünscht sein dürfte. Weiterhin sind jedoch viele Fragen insbesondere zur Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen umweltpolitisch motivierten Massnahmen offen. Betrachtet man Art. X:6 GPA im Kontext, insbesondere im Zusammenhang mit den neuen Bestimmungen zur Evaluation in Art. X:9 GPA und dem möglichen Ausschluss bei Verstössen gegen Umweltrecht gemäss Art. VIII:4 GPA, scheint es durchaus denkbar, dass die Streitbeilegungsorgane den Einbezug von Umwelanliegen in die technischen Anforderungen gemäss Art. X:6 GPA in Zukunft breiter interpretieren werden²⁷.

d) „In accordance with this article“

Die Ausgestaltung von technischen Spezifikationen in Zusammenhang mit Umwelanliegen dürfen gemäss dem Wortlaut in Art. X:6 GPA nur in Übereinstimmung mit den weiteren Vorgaben in Art. X GPA („in accordance with this article“) erfolgen. Technische Spezifikationen i.S. von Art. X:6 GPA

²³ Appellate Body Report US – Shrimp (Fn 17), para. 121; vgl. auch Cottier/Holzer/Liechti-McKee/Naef, S. 452 und Geraets, Dylan, Natens Bregt, „The WTO Consistency of the European Union Timber Regulation“, in: *Journal of World Trade* 48, no. 2 (2014), S. 433-456.

²⁴ Übereinkommen über die Biologische Vielfalt vom 5. Juni 1992, SR 0.451.43.

²⁵ Zurückhaltend Cottier/Holzer/Liechti-McKee/Naef, S. 453.

²⁶ Vgl. für verschiedene Interpretationen Arrowsmith 2011, S. 323 und Reich 2009, S. 1012.

²⁷ Arrowsmith 2011, S. 323.

sind also verhältnismässig (Abs. 1), leistungsorientiert (Abs. 2 und 4), transparent (Abs. 3) und unvoreingenommen (Abs.4) auszugestalten.

1.5 Ausmass möglicher Abweichungen von reinen Wirtschaftlichkeitskriterien

Obwohl im Abkommenstext nicht ausdrücklich erwähnt, schliesst das GPA die Berücksichtigung von sogenannten Sekundärzielen nicht generell aus. Als solche Sekundärziele gelten nicht-wirtschaftlich motivierte Beschaffungsziele, beispielsweise soziale oder umweltpolitisch motivierte Anliegen²⁸. Ihnen liegt der Gedanke zugrunde, dass den Staaten als mit Steuergeldern finanzierten, besonders finanzkräftigen Marktakteuren die Verantwortung obliegt, bei öffentlichen Einkäufen zusätzliche Ziele im öffentlichen Interesse anzustreben und so eine „Vorbildfunktion“ einzunehmen. Während bisweilen Sekundärziele auch „vergabefremde Ziele“ genannt werden, herrscht heute sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre die Auffassung vor, dass sich ökologische und ökonomische Ziele nicht gegenseitig ausschliessen²⁹; von vergabefremden Kriterien kann im Zusammenhang mit Umwelthanliegen grundsätzlich nicht mehr die Rede sein.

Die Annahme, dass Sekundärziele (bis zu einem gewissen Grad) unter dem GPA zulässig sind, erhärtet nicht nur die weltweit gängige Praxis, sondern auch der Abkommenstext in Bezug auf das Zuschlagsverfahren. Denn selbst wenn dem Kerngedanken des internationalen öffentlichen Beschaffungswesens traditionell wettbewerbsrechtliche Ziele zugrunde liegen und das GPA in erster Linie zur Liberalisierung der Beschaffungsmärkte ausgehandelt wurde³⁰, sind es nicht nur rein ökonomische Überlegungen, die das Zuschlagsverfahren bestimmen: So sieht das GPA vor, dass derjenige Anbieter den Zuschlag im Beschaffungsverfahren erhält, der entweder das wirtschaftlich günstigste Angebot („most advantageous tender“, Art. XV:5 lit. a GPA) oder in Fällen, in denen der Preis das einzige Kriterium ist, dasjenige mit dem niedrigsten Preis („lowest price“, Art. XV:5 lit. b GPA) eingereicht hat. Dabei spezifiziert das GPA nicht, in welchen Fällen der Preis als einziges Kriterium gelten kann, sondern überlässt diese Beurteilung den Mitgliedstaaten.

Massgeblich für die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind die von den Behörden vorgängig in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien („evaluation criteria“, Art. X:7 lit. c und e GPA). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich – im Gegensatz zu den absoluten, zwingend zu erfüllenden Anforderungen in den technischen Spezifikationen – um relative, im Einzelfall zu gewichtende Kriterien des zu beschaffenden Produkts (vgl. hernach Ziff. 2.3). Bei der Wahl der anwendbaren Zuschlagskriterien steht den Vergabebehörden (wie bei den technischen Spezifikationen) ein grosser Spielraum zu. Die einzigen Vorgaben des GPA sind, dass diese Kriterien sich an das Diskriminierungsverbot (Art. IV:2 GPA) zu halten haben, also weder eine *de jure* noch eine *de facto* Diskriminierung zur Folge haben, und transparent im Voraus bekannt gegeben werden müssen (Art. X:7 lit. c GPA). Während das GPA 1994 keine materiellen Angaben zu den Zuschlagskriterien enthielt, erlaubt das revidierte GPA 2012 ausdrücklich, bei der Beurteilung des „most advantageous

²⁸ Weber und Menoud 2009, S.188.

²⁹ Panel Reports, China – Raw Materials (Fn 19), para. 7.381, Steiner 2006, S. 19.

³⁰ Steiner 2010, S. 12.



tender“ neben finanziellen Faktoren auch Anliegen an Qualität, technische Innovation, Umwelteigenschaften oder Lieferbedingungen zu berücksichtigen (Art. X:9 GPA).

Daraus folgt, dass in die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, entgegen der möglicherweise irreführenden deutschen Terminologie, nicht nur finanziell messbare Vorteile einfließen sollen; das revidierte GPA konkretisiert im Gegenteil, dass der Preis nur eines der massgebenden Kriterien ist. Diese Annahme wird weiter verstärkt durch den Erwägungsgrund 3 der revidierten Präambel, welcher die Bedeutung der effektiven und effizienten Verwendung öffentlicher Gelder („efficient and effective management of public resources“) festhält. Auch wenn dieses Element eher im Zusammenhang mit dem im revidierten GPA neu festgelegten Ziel der Korruptionsbekämpfung zu lesen ist, deuten die Zeichen gesamthaft doch auf eine Gewichtsverlagerung weg von rein monetären Überlegungen zum sog. „best value for money“-Prinzip hin³¹. Von einem Paradigmenwechsel zu sprechen, würde indessen zu weit gehen, weil das GPA als internationale Regulierung des Vergaberechts lediglich einen Mindeststandard für Mitgliedstaaten darstellt.

³¹ Anderson und Arrowsmith 2011, S. 25.



2. Analyse der bundesrechtlichen Regelungen im Kontext der Verwendung von Schweizer Holz bei Bauten mit öffentlicher Finanzierung

2.1. Beschaffungsrecht – Überblick

Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz ist aufgrund seiner historisch gewachsenen föderalistischen Struktur ein komplexes „Flickwerk“³² aus bundesrechtlichen, kantonalen und kommunalen Rechtsquellen, die in unterschiedlichem Umfang an das GPA gebunden sind. Seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1996 bildet das GPA das Fundament des Schweizer Beschaffungsrechts. Die innerstaatliche Umsetzung auf Bundesebene erfolgt durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und wird durch die Verordnung über das öffentlichen Beschaffungswesen (VöB) konkretisiert. Weil die Kantone ihre GPA-Verpflichtungen autonom umsetzen, existieren auf kantonaler Ebene 26 verschiedene Gesetzgebungen, die in den Grundzügen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) zusammengehalten werden. Bisweilen kennen sogar die Gemeinden eigene Regeln für öffentliche Aufträge auf ihrem Hoheitsgebiet. Somit ist im schweizerischen Beschaffungsrecht eine Vielzahl an möglicherweise anwendbaren Rechtsgrundlagen zu beachten und die Rechtsanwendung gestaltet sich entsprechend schwierig.

Obwohl die Komplexität des schweizerischen Vergaberechts seit langem Grund zur Kritik bot, scheiterten bisherige Revisionsversuche an politischem Widerstand. Erst die GPA-Revision brachte den Stein erneut ins Rollen: So beschloss der Bundesrat im Jahre 2012, im Zuge des Ratifikationsprozesses nicht nur eine Angleichung des Schweizer Rechts an die geänderte internationale Rechtslage vorzunehmen, sondern gleichzeitig auch der Fragmentierung des innerstaatlichen Rechts entgegenzuwirken und das Vergaberecht von Bund und Kantonen so weit als möglich zu harmonisieren.

2.2. Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

a) Geltungsbereich

Das BöB findet Anwendung auf diejenigen Aufträge der Bundesverwaltung³³, deren Wert die Schwellenwerte der Schweiz (in Annex 1 des GPA) übersteigen. Vom Geltungsbereich des GPA ausgenommen sind die in Art. 3 BöB aufgelisteten Beschaffungsgeschäfte. Im Gegensatz zu den Beschaffungsgeschäften im Rahmen von Agrar- und Ernährungshilfeprogrammen³⁴ hat die Schweiz in Anhang 1 keine analoge Ausnahme für Beschaffungen im Rahmen von Umweltförderprogrammen festgelegt. Die Beschaffung von Holzprodukten fällt also in den Geltungsbereich des GPA und des BöB und ist an deren Vorgaben gebunden. Will die Schweiz einen neuen Ausnahmetatbestand vom Geltungsbereich des GPA formulieren, so hätte sie dies im Konsens mit den weiteren GPA-Mitgliedstaaten nach Massgabe von Art. XIX Abs. 1 GPA zu verhandeln und in Anhang 1 GPA Annex 5 („General Notes“) der Schweiz aufzuführen.

³² Oesch 2010, S. 5.

³³ Die in den subjektiven Geltungsbereich des BöB fallenden öffentlichen Auftraggeber sind in Art. 2 BöB abschliessend aufgeführt.

³⁴ Vgl. GPA Anhang 1 Annex 5 Ziff. 5 der Schweiz: „Le présent accord n'est pas applicable aux marchés de produits agricoles passés en application de programmes de soutien à l'agriculture ou de programmes d'aide alimentaire.“

b) Grundsätze

Die im Zweckartikel festgelegten Ziele des Bundesgesetzes sind die Transparenz, die Stärkung des Wettbewerbs, die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sowie die Gleichbehandlung aller Anbieter (Art. 1 BÖB). Somit widerspiegelt das Bundesgesetz die Grundsätze des GPA, geht aber weiter als letzteres, indem es Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit als Prinzipien *sui generis* aufführt und ihnen somit besonderes Gewicht zuteilwerden lässt.

i) Transparenzgebot

Die Transparenz gilt als Dreh- und Angelpunkt des modernen Beschaffungswesens und als Grundbedingung für einen funktionierenden Wettbewerb³⁵. Der Transparenzgrundsatz schlägt sich im Vergabeverfahren insbesondere in den verschiedenen Bekanntgabepflichten der Vergabebehörde nieder: Öffentliche Ausschreibungen haben unter der Publikation der relevanten Kriterien zu erfolgen, damit die Anbieter ihre Offerte entsprechend ausgestalten können und der Wettbewerb nicht durch die Unterschlagung von Informationen verzerrt wird. So sind die Anforderungen durch technische Spezifikationen vorgängig in den Vergabeunterlagen hinreichend klar und ausführlich umschrieben zu publizieren (Art. 12 Abs. 1 BÖB i.V.m. Art. 16a Abs. 1 VöB). Dasselbe gilt für die Zuschlagskriterien (Art. 21 Abs.2 BÖB i.V.m. Art. 27 VöB), wobei hier nebst der konkreten Umschreibung zudem die Reihenfolge, die Gewichtung und die Berechnungsmatrix der einzelnen Kriterien bekannt zu geben ist³⁶. Auch die anschliessende Auswertung der Offerten ist gemäss dem Transparenzgebot in einem sog. Evaluationsbericht zu dokumentieren und soll somit (ebenfalls für Dritte) nachvollziehbar sein³⁷. Das Fehlen eines Evaluationsberichts ist als formeller Mangel und als Verletzung des Transparenzgebots zu werten³⁸. Schliesslich hat die Vergabebehörde den unterlegenen Anbietern zu kommunizieren, an wen der Zuschlag ergangen ist und dies auf Anfrage auch zu begründen (Art. 23 BÖB i.V.m. Art. 28 VöB).

Das Transparenzgebot ist direkt anwendbar³⁹. Unterlegene Anbieter, die aufgrund eines intransparenten Vergabeverfahrens benachteiligt wurden, sind berechtigt, diesbezüglich Beschwerde zu erheben. Nebst der fehlenden Dokumentation ist insbesondere die falsche oder nachträglich veränderte Gewichtung der Zuschlagskriterien häufiger Beschwerdegrund⁴⁰.

ii) Wettbewerb (Art. 1 Abs. 1 lit.b BÖB)

Die Stärkung des Wettbewerbs zwischen Anbietern ist im Bundesgesetz (im Gegensatz zum GPA) als genereller Grundsatz ausdrücklich verankert und mit normativer Wirkung ausgestattet⁴¹. Der Grundsatz des Wettbewerbs ist eine Konkretisierung der verfassungsmässigen Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV und bedingt die Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns sowie die Gewährleistung des unverfälschten Zutritts zum Beschaffungsmarkt. Wie bereits die bundesrätlichen Botschaft be-

³⁵ Botschaft des Bundesrates zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) vom 19. September 1994, BBl 1994 IV 1176.

³⁶ Urteil des BVGer B-4717/2010 vom 15. März 2011.

³⁷ Vgl. Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) BRK 2004-014 (VPB 69.79), E. 3a/cc und BRK 2001-003 (VPB 65.94).

³⁸ BRK 2004-014 (VPB 69.79), E. 3a/cc.

³⁹ Trüb 2011, Art. 1 BÖB, Rz. 6.

⁴⁰ BRK 1999-006 (VBP 64.30), E.3c; BRK 2003-032 (VBP 68.120), E. 3a.

⁴¹ Trüb 2011, Art. 1 BÖB, Rz 9.



tont, hängt der Grundsatz des Wettbewerbs eng mit den anderen Grundsätzen zusammen⁴²: Intransparenzen können einem Konkurrenten einen Informationsvorsprung und somit einen Wettbewerbsvorteil einräumen und sich diskriminierend auswirken. Zudem ist Wettbewerb eine notwendige Bedingung für Wirtschaftlichkeit.

In der Rechtsprechung hat der Grundsatz des Wettbewerbs vor allem im Zusammenhang mit der zeitlichen Dauer von Beschaffungsverträgen an Bedeutung gewonnen: So befand die Rekurskommission des Bundes (BRK), dass langfristige Verträge dem Zuschlagsempfänger eine Vorzugstellung einräumen und sich wettbewerbsverzerrend auswirken⁴³.

iii) Wirtschaftlichkeit (Art. 1. Abs. 1 lit. c BÖB)

Auch die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel ist ein Ziel des BÖB. Das GPA bekennt sich in der revidierten Präambel zwar zur Wichtigkeit des effizienten Einsatzes von öffentlichen Mitteln, anerkennt die Wirtschaftlichkeit aber nicht als eigenständigen Grundsatz.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Schweizer Beschaffungsrecht konkretisiert sich im Vergabeverfahren insbesondere im Vorfeld der Ausschreibung: So besagt Art. 21 Abs. 1 BÖB, dass der Zuschlag dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ erteilt wird. Die Zuschlagskriterien, anhand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot evaluiert wird, können unter anderem Kriterien wie Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert etc. sein (Art. 21 Abs. 1 BÖB).

Diese nicht abschliessende Aufzählung bringt deutlich zum Ausdruck, dass der Preis nur eines und keinesfalls das einzige der Auswahlkriterien ist. Lediglich bei weitgehend standardisierten Produkten kann der Preis das einzige Kriterium sein (Art. 21. Abs. 3 BÖB). Ist der Preis entgegen diesen Vorgaben das einzige Kriterium, so lässt sich das Auswahlverfahren der Behörde durch die unterlegenen Anbieter vor Gericht anfechten. Wie die Rechtsprechung klarstellte, ist das Kriterium Preis allerdings auch nicht zu vernachlässigen, weil es sich dabei um ein unerlässliches Zuschlagskriterium handelt, welches weder weggelassen noch zu wenig gewichtet werden darf⁴⁴. Eine zu niedrige Gewichtung des Preises verletzt demnach den Grundsatz des wirtschaftlich günstigsten Angebots genauso wie eine zu hohe Gewichtung.

Den Vergabebehörden kommt bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, bzw. bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ein grosses Ermessen zu. Überschreitet die Vergabebehörde ihr Ermessen durch die Verletzung der Grundsätze des Beschaffungsrechts – beispielsweise durch die fehlende oder falsche Publikation der Zuschlagskriterien oder deren unsachlichen Gewichtung – können unterlegene Anbieter dagegen Beschwerde erheben⁴⁵.

Bemerkenswert ist, dass das BÖB seit jeher die Umweltverträglichkeit als mögliches Zuschlagskriterium vorsieht. So hielt der Bundesrat bereits bei der Verabschiedung des BÖB fest, dass die Beachtung von Umweltaspekten nicht mit der Wirtschaftlichkeit im Widerspruch stehen muss und dass z.B.

⁴² BBI 1994 IV 1176.

⁴³ BRK 2000-007 (VPB 65.41), E.3.a.ii.

⁴⁴ BRK 2005-25 (VPB 70.74), E. 3/bb.

⁴⁵ BRK 2005-25 (VPB 70.74); BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011.



Lebensdauer, Energieverbrauch oder Entsorgung eines Gutes höhere Preise rechtfertigen können⁴⁶. Das GPA hat dieses Kriterium erst mit der Revision 2012 in Art. X:9 GPA eingeführt.

iv) Diskriminierungsverbot (Art. 1 Abs. 2 BÖB)

Das Gleichbehandlungsgebot im BÖB besagt, dass alle Anbieter gleich zu behandeln sind. Auch dieses Gebot ist auf allen Verfahrensstufen zu beachten. Bei der Ausschreibung müssen allen Anbietern die gleichen Fristen zur Einreichung der Offerte gewährt und die gleichen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Technische Spezifikationen sowie die Eignungs- und Zuschlagskriterien sind auf nicht diskriminierende Art und Weise auszuwählen⁴⁷. Im Auswahlverfahren selbst ist allen Anbietern die gleiche Möglichkeit zur Verbesserung ihrer Offerte einzuräumen und die Angebote sind „nach rechtsgleichen Kriterien in einem rechtsförmigen Verfahren zu bewerten“⁴⁸. Schliesslich ist allen unterlegenen Anbietern Zugang zum Rechtsweg zu gewähren.

Das Gleichheitsgebot des Bundesgesetzes widerspiegelt grundsätzlich das Diskriminierungsverbot des WTO-Rechts. Das BÖB bezweckt also die Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern (was in Art. 4 BÖB weiter zum Ausdruck kommt), geht aber insofern weiter als das GPA, als es zusätzlich die Gleichbehandlung aller Anbieter, also auch der Inländer untereinander, verlangt⁴⁹.

c) Sekundärziele

Auch wenn die Vergabebehörde, wie wohl jeder Konsument, in erster Linie ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis anstrebt, können Vergabebehörden ihre Einkaufsmacht auch für die Erreichung weiterer Ziele nutzen, die nicht direkt mit dem Hauptzweck des Beschaffungsgeschäfts zusammenhängen⁵⁰. Solche Sekundärziele sind meist sozial-, umwelt- oder lokalpolitisch motiviert; können also beispielsweise zu einer Bevorzugung von umweltkompatiblen Beschaffungsobjekten oder Anbietern, die bestimmte Sozialstandards berücksichtigen, führen. Die Verwendung von Sekundärzielen ist im Bundesgesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber implizit, insbesondere was Umweltsachen betrifft, aus den Bestimmungen des BÖB und aus der gängigen Praxis. Diesbezüglich führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass Umweltsachen bei Beschaffungsgeschäften grundsätzlich berücksichtigt werden dürfen, sich daraus aber kein Anspruch auf Berücksichtigung ableiten lassen⁵¹.

Die Berücksichtigung von Umweltsachen ist auf drei Verfahrensstufen möglich; nämlich bei den Bestimmungen des Beschaffungsgegenstandes im Rahmen der technischen Spezifikationen, bei der Erteilung des Zuschlags im Rahmen der Zuschlagskriterien oder in beschränkter Form bei den Anforderungen an die Anbieter im Rahmen der Eignungskriterien. Relevant im Zusammenhang mit der Förderungsmassnahmen für eine nachhaltige Waldwirtschaft sind die ersten beiden der genannten Vergabeinstrumente, nämlich die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien; deshalb werden diese in Ziff. 2.3 genauer erörtert.

⁴⁶ BBI 1994 IV 1193.

⁴⁷ Trüeb 2011, Art. 1 BÖB, Rz 14.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ BBI 1994 IV 1177.

⁵⁰ Arrowsmith 2003, S. 325.

⁵¹ BVGer B-822/2010.

2.3. Berücksichtigung von Umweltsanliegen

a) Technische Spezifikationen

Art. 12 BöB besagt im Sinne des Transparenzgebots, dass die Vergabebehörde technische Spezifikationen in den entsprechenden Unterlagen zu bezeichnen und dabei soweit als möglich internationale technische Normen zu berücksichtigen haben. Art. 16a VöB präzisiert diese Publizitätsvorschriften dahingehend, dass technische Spezifikationen „hinreichend klar und ausführlich“ zu dokumentieren sind. Falls die Beschaffungsbehörde „Marken oder lokale Qualitätsanforderungen“ als Leistungsbeschreibung verwendet, hat sie darauf hinzuweisen, dass „auch gleichwertige Leistungen angeboten werden können“ (Art. 16a Abs. 4 VöB). Die Kantone haben „die Bezugnahmen auf nichtdiskriminierende technische Spezifikationen“ in ihren Ausführungserlassen zu gewährleisten (Art. 13 lit. b IVöB). Bei der Festlegung von technischen Spezifikationen sind selbstredend auch die allgemeinen Grundsätze des schweizerischen Submissionsrechts (Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Diskriminierungsverbot) zu beachten.

Da die Regelungsdichte zu den technischen Spezifikationen im nationalen Recht geringer ist als diejenige des internationalen Rechts, sind die Bestimmungen des BöB im Lichte der ausführlicheren Bestimmungen des GPA auszulegen⁵²; die Auftraggeber haben somit (bei Aufträgen über den GPA-Schwellenwerten) die GPA-Anforderungen an die technischen Spezifikationen (vgl. Ziff. 1.2) zu beachten. Technische Spezifikationen sind demgemäss verhältnismässig und nichtdiskriminierend in Hinblick auf den internationalen Handel auszugestalten (Art. X:1 GPA) und haben den Grundsatz der leistungsorientierten Umschreibung (Art. X:2-4 GPA) sowie das Korruptionsverbot (Art. X:5 GPA) zu beachten. Weiter steht ihnen gemäss Art. X:6 GPA neu ausdrücklich die Möglichkeit zu, Umweltschutzanliegen zu berücksichtigen, soweit diese die vorgenannten Grundsätze nicht verletzen.

Dass das aktuelle Schweizer Recht für die Regelung der technischen Spezifikationen keine präzisierenden Bestimmungen zum völkerrechtlichen Rahmen des GPA enthält, kann für die rechtsanwendenden Behörden zu Rechtsunsicherheiten bezüglich der Ausgestaltung der technischen Spezifikationen führen. Diese Regelungslücken haben die herrschende Lehre und die nationale Rechtsprechung (unter dem früheren GPA 1994) nur annähernd geklärt.

Die Rechtsprechung hat früh den Grundsatz bestätigt, dass sich die Vergabebehörden neutral zu verhalten und einen offenen und fairen Wettbewerb für alle interessierten und geeigneten Anbieter zu gewährleisten haben⁵³. Da die Nichterfüllung von technischen Spezifikationen zum Ausschluss eines Anbieters führt, haben die Vergabebehörden den Auftrag genügend offen zu umschreiben, um den Kreis der potenziellen Anbieter nicht übermässig zu beschränken⁵⁴. Das Kriterium der „Leistungsbezogenheit“ hat die Schweizer Rechtsprechung als erwünschtes, aber nicht zwingendes Kriterium eingestuft⁵⁵: Eine Beschreibung der Produkthanforderungen durch Bezugnahme auf eine bestimmte Marke ist dann zulässig, wenn die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschreiben kann⁵⁶. Sie hat in

⁵² BRK 2001-011 (VPB 66.38), E.5b/bb.

⁵³ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, Rz 410 mit Referenz auf VG Aargau: AGVE 1998, S. 402 ff.

⁵⁴ BVerG B-822/2010 vom 19. März 2010.

⁵⁵ BVerG B-822/2010 vom 19. März 2010; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.347 vom 10. Dezember 2008, E. 7.2 mit Hinweisen.

⁵⁶ Trüb 2011, Art. 21, Rz 5; BRK 2000-011 (VPB 66.38), E. 5b/bb; VGer-AG (28.12.1998), in AGVE 1998 Nr.

solchen Fällen aber auf jeden Fall darauf hinzuweisen, dass sich auch gleichwertige Leistungen offerieren lassen (Art. 16a VöB, Art. X:3 und 4 GPA). Unterlässt sie diesen Hinweis jedoch, leidet der Zuschlag an einem formellen Mangel und ist aufzuheben⁵⁷.

Daraus sind Schlüsse für die Verwendung von Nachhaltigkeitsnachweisen für Holz (z.B. durch Labels) zu ziehen. Die Verwendung von Labels und andere Gütezeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen sind grundsätzlich zulässig, haben aber die Voraussetzungen des GPA zu erfüllen⁵⁸. Namentlich darf die Umschreibung in den technischen Spezifikationen nicht *nur* durch ein Umweltgütezeichen erfolgen, sondern muss detailliert und zielorientiert umschrieben werden⁵⁹. Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Gütezeichen ist lediglich zulässig, wenn die Ziele nicht anderweitig umschrieben werden können (Art. X:4 GPA). Auch in diesen Fällen ist die Zulässigkeit von alternativen Konformitätsnachweisen zu beachten (Art. X:3-4 GPA, „or equivalent“-Kriterium). Weiter ist zu beachten, dass nur anerkannte Zertifikate verwendet werden, die genügend aussagekräftig und für alle potenziellen Anbieter zugänglich sind⁶⁰. Aus dem GPA ergibt sich schliesslich auch, dass die Anforderung der Verwendung von Gütezeichen nicht zu einer unzulässigen Beschränkung des internationalen Handels führen darf (Art. X:1 GPA).

Wie unter Ziff. 1.3 ausgeführt, umfasst die Definition der technischen Spezifikationen (Art. I lit.u GPA) auch PPM („technical specifications means a tendering requirement that lays down the processes or methods for their [the goods or services to be procured] production method“). Somit ist es der Vergabebehörde erlaubt, im Zusammenhang mit Holz Nachhaltigkeitsvorschriften in den technischen Vorschriften festzulegen, die sich auf die Produktionsbedingungen, insbesondere den Holzeinschlag oder auf den Transportweg beziehen. Offerten mit Holzprodukten, deren Umwelteinwirkungen beim Holzeinschlag oder beim Transport als zu schädlich erscheinen, dürften dann gemäss den technischen Spezifikationen nicht berücksichtigt werden⁶¹. Auch insoweit sind aber die zuvor genannten Voraussetzungen bezüglich Transparenz und Verhältnismässigkeit zu beachten.

b) Zuschlagskriterien

Im schweizerischen Vergaberecht ist der Zuschlag grundsätzlich an das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ zu vergeben (Art. 21 Abs. 1 BÖB), also an dasjenige Angebot, das die meisten der in den Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskriterien erfüllt. Die Zuschlagskriterien sind von den technischen Spezifikationen zu unterscheiden: Während letztere zwingend einzuhaltende Produkterfordernisse darstellen, wird die Erfüllung der Zuschlagskriterien relativ gewichtet; Anbieter, die ein Zuschlagskriterium erfüllen, werden im Vergleich zu den anderen Anbietenden mit „Zusatzpunkten“ bedacht. Die Summe dieser Punkte ist schliesslich entscheidend für die Evaluation des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ und der Erteilung des Zuschlags.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot bemisst sich, wie zuvor ausgeführt (vgl. Ziff 2.2), nicht nur anhand des Preises, sondern auch anhand von Kriterien wie beispielsweise Termin, Qualität, Wirt-

91, S. 402 ff., E. 2c und 2d/bb–cc.

⁵⁷ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, Rz 407 ff.

⁵⁸ Vgl. auch Kaufmann und Weber, Rechtsgutachten 2013, S. 11 f. und 51.

⁵⁹ So auch das EuGH-Urteil vom 10.05.2012, C-368/10 („Max Havelaar-Urteil“).

⁶⁰ Hauser 2002, S. 353 mit Referenz auf VGer-ZH 15.12.1998, URP 1999, S. 170 E. 3c.

⁶¹ Vgl. auch Hauser 2002, S. 360; zur besonderen Problematik des Transportwegs als technische Spezifikation vgl. nachfolgend 3.4.c.

schaftlichkeit, Ästhetik oder Umweltverträglichkeit (Art. 21. Abs. 1 BöB). Art. 21 BöB wird seit der Ordnungsrevision im Jahre 2010 durch Art. 27 Abs. 2 VöB dahingehend konkretisiert, dass die Vergabestelle zusätzlich zu den im Gesetz genannten Zuschlagskriterien u.a. die Nachhaltigkeit berücksichtigen darf.

Dass bei der Festlegung der Zuschlagskriterien auch Umweltkriterien berücksichtigt werden dürfen, ist ebenfalls ein wesentliches Element der „ökologischen Beschaffung“⁶². Umweltschutzanliegen können auf Stufe der Zuschlagskriterien differenzierter einbezogen werden als im Rahmen der technischen Spezifikationen, da sich erstere relativ gewichten lassen⁶³. Obwohl auch umweltbezogene Zuschlagskriterien den Zugang zum Beschaffungsmarkt beschränken können, ist die einschneidende Wirkung auf den Wettbewerb weniger hoch als bei den technischen Spezifikationen, da Zuschlagskriterien keine obligatorischen Produkterfordernisse darstellen.

Bezüglich der Berücksichtigung des Kriteriums „Nachhaltigkeit“ zur Ermittlung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ präziserte der Bundesrat im erläuternden Bericht zur VöB die Rechtslage wie folgt: „Unter das Kriterium Nachhaltigkeit fallen Aspekte, die es der Auftraggeberin erlauben, nach hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen zu beschaffen. Das Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit muss dabei – wie alle anderen Zuschlagskriterien auch – in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand stehen, hinreichend klar umschrieben werden und es darf nicht diskriminierend sein“⁶⁴. Somit bestätigte der Bundesrat, dass dem Kriterium der Nachhaltigkeit bei der Evaluation des „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ eine wichtige Rolle zukommt. Voraussetzung ist allerdings die Beachtung des Transparenzgebots und des Diskriminierungsverbots sowie der sachliche Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand. Zur Frage, wann der erforderte „sachliche Zusammenhang“ als gegeben zu betrachten ist, hat sich die Schweizer Rechtsprechung noch nicht geäußert. Die diesbezügliche Rechtsprechung der EU im Fall „Concordia Bus“ deutet aber klar darauf hin, dass dieses Kriterium nicht zu eng ausgelegt werden soll: So wurden die Zuschlagskriterien Lärm- und Schadstoffemissionen für Busse als „mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend und sachgemäss“ beurteilt⁶⁵.

Von grundlegender Bedeutung im Zusammenhang der Zuschlagskriterien ist deren Gewichtung: Eine sachwidrige Gewichtung kann eine *de facto* Diskriminierung darstellen sowie den Wettbewerbs- und den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aushebeln. Zuschlagskriterien sind deshalb verhältnismässig zu gewichten⁶⁶: So darf dem Kriterium des Preises im Verhältnis zu Umweltkriterien kein zu geringes Gewicht zukommen⁶⁷. In dieselbe Richtung gehend entschied auch die Rechtsprechung, dass die Auftraggeber die einzelnen Zuschlagskriterien in den Beschaffungsunterlagen nicht nur einfach aufzuführen, sondern die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien⁶⁸ und die der Berechnung zugrunde liegende „Beurteilungsmatrix“⁶⁹ zu publizieren haben.

⁶² Hauser 2002, S. 358.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Erläuternder Bericht zu Art. 27 VöB, S. 19-20; Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, Rz 843 ff.

⁶⁵ Urteil des EuGH vom 17. September 2002, C-513/99 („Concordia Bus –Urteil“), Rz 69.

⁶⁶ Kaufmann und Weber, Rechtsgutachten 2013, S. 51.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2000, 2P.342/1999, E. 4b.

⁶⁸ BGE 125 II 86, E.7 ff.

⁶⁹ BRK 1999-006 (VPB 64.30), E. 3a.

Die Berücksichtigung von Labels ist auch im Rahmen der Zuschlagskriterien grundsätzlich erlaubt. Immerhin ist im Sinne des Diskriminierungsverbots zu beachten, dass ein Label nicht als einziges und ausschliessliches Zuschlagskriterium vorgesehen werden darf⁷⁰. Eine qualitative Umschreibung der Anforderungen eines Labels hingegen ist zulässig, sofern deren Erfüllung allen Anbietern und Waren unabhängig von der geographischen Herkunft offen steht⁷¹.

Weder das GPA noch das Schweizer Submissionsrecht beinhalten Bestimmungen zu der Frage, ob sich die Zuschlagskriterien – wie die technischen Spezifikationen – auch auf die Herstellungs- oder Produktionsmethoden (PPM) beziehen können. Obwohl diese Frage in der Lehre zum Teil umstritten war⁷², scheint sich die Tendenz durchzusetzen, herstellungs- und produktionsbezogene Zuschlagskriterien nach „objektiv-zeitgemässer Auslegung“⁷³ als rechtmässig einzuordnen. So beschied auch der EuGH, dass die Festlegung des Zuschlagskriteriums „hergestellt aus erneuerbaren Energien“ für das Beschaffungsobjekt Strom grundsätzlich zulässig und eine Gewichtung des Kriteriums mit 45% sachgerecht sei⁷⁴.

2.4. IVöB

Die Umsetzung des GPA auf kantonaler und kommunaler Ebene liegt in der Kompetenz der Kantone. Um einen Mindestgrad an Harmonisierung bei der Umsetzung zu gewährleisten, haben die Kantone im Jahre 1994 ein Konkordat im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens verabschiedet, die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Seit dem Konkordatsbeitritt des Kantons Glarus im Jahre 2009 sind alle Kantone Vertragsparteien des IVöB und haben ihre Submissionserlasse entsprechend angepasst⁷⁵.

Das IVöB regelt die Grundzüge des subnationalen Beschaffungswesens. Es bezweckt die Öffnung des Beschaffungsmarkts, die Harmonisierung der Vergaberegeln sowie die Umsetzung des GPA auf kantonaler und kommunaler Ebene. Zu diesem Zweck widerspiegelt die IVöB die allgemeinen Grundsätze des BöB (Art. 1 Abs. 2 IVöB: Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz und Wirtschaftlichkeit). Neben Zweckbestimmungen beinhaltet die IVöB institutionelle Regeln sowie materielle und prozessuale Mindestanforderungen an die kantonalen Umsetzungserlasse. So sieht die IVöB vor, dass die kantonalen Erlasse Bestimmungen für die nichtdiskriminierende Ausgestaltung von technischen Spezifikationen und für die Formulierung von Zuschlagskriterien gemäss dem Wirtschaftlichkeitsprinzip zu beinhalten haben (Art. 13 lit. b und f IVöB).

Auch die IVöB wird, wie erwähnt, im Rahmen der GPA-Ratifikation, zeitgleich zum BöB, einer umfassenden Revision unterworfen. Seit Oktober 2012 ist eine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern des Bundes und der Kantone (Gruppe AURORA), damit betraut, die IVöB unter Berücksichtigung der sich im Entwurfsstadium befindlichen bundesrechtlichen Regeln zu revidieren. Ziel der Revision ist es, eine rechtmässige Umsetzung des GPA auf kantonaler Ebene und gleichzeitig grösstmögliche Kohärenz mit dem BöB zu erreichen. Die Vernehmlassungsvorlage liegt seit Mitte September 2014 vor.

⁷⁰ Kaufmann und Weber, Rechtsgutachten 2013, S. 52.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Vgl. Hauser 2002, S. 361 mit Hinweisen in Fn 54.

⁷³ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, Rz 839.

⁷⁴ Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003, C-448/01 01 („ENV und Wienstrom-Urteil“), Rz 34 und 43.

⁷⁵ Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, Rz 65.

2.5. Weitere ausgewählte Bestimmungen im Förderungsrecht

Im Zusammenhang mit den Sekundärzielen im öffentlichen Beschaffungswesen können auch noch weitere Erlasse relevant sein: Mit Blick auf die Förderung von nachhaltig bewirtschaftetem Holz fallen einerseits wettbewerbsrechtliche Erlasse, andererseits die Umwelterlasse und Erlasse im Zusammenhang mit Holz und dessen Verwendung in Betracht.

a) Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)

Das Binnenmarktgesetz bezweckt die Schaffung eines einheitlichen Marktes und die Gewährleistung des Marktzuganges im kantonalen und kommunalen Recht⁷⁶. Zu diesem Zweck enthält das Gesetz auch eine Bestimmung zum öffentlichen Beschaffungswesen: Art. 5 BGBM besagt, dass Kantone und Gemeinden an das Gleichheits- und das Transparenzgebot gebunden sind (Abs. 1) und, rein deklaratorisch, dass sie die staatsvertraglichen Verpflichtung der Schweiz zu berücksichtigen haben (Abs. 2). Da die Kantone heute alle eine genügende gesetzliche Grundlage für das Submissionsrecht geschaffen haben, ist der Hauptzweck dieses Artikels nunmehr erfüllt. Dennoch ist der Miteinbezug des Beschaffungswesens im BGBM auch derzeit nicht ohne Relevanz, weil es gesetzlich gewährleistet, dass die Kantone auch in Zukunft nicht von diesen Mindeststandards abweichen. Art. 9 BGBM beinhaltet zudem den Verfügungszwang (Abs. 1) und eine umfassende Rechtsmittelgarantie (Abs.2); Anbieter können eine Verletzung des BGBM somit auch bei Beschwerden gegen kantonale Vorgaben als selbständigen Rügegrund vorbringen. Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM räumt zudem der Eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) das Beschwerderecht gegen Entscheide der kantonalen und kommunalen Behörden ein.

Weil das BGBM sich auf die Regelung von minimalen Grundzügen des öffentlichen Beschaffungsrechts beschränkt, sind Vorschriften im Zusammenhang mit Sekundärzielen bzw. mit Holzförderungen eher in der IVÖB als Ausführungserlass einzubringen.

b) Kartellgesetz (KG)

Ziel des Kartellgesetzes (KG⁷⁷) ist es, „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (...) zu fördern“ (Art. 1 KG).

Kartellrechtliche Tatbestände können auch im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen relevant werden; unzulässige Abreden zwischen Anbietern (Submissionsabsprachen, „bid-rigging“) oder zwischen den Vergabebehörden und bestimmten Anbietern („collusive tendering“) untergraben das Wettbewerbs- ebenso wie das Wirtschaftlichkeitsziel und können den Staatsfinanzen und somit dem Steuerzahler beträchtlichen volkswirtschaftlichen Schaden zufügen.

Im Gegensatz zu Deutschland, wo Submissionsabsprachen als Strafrechtstatbestand mit bis zu fünf Jahren Freiheitsentzug geahndet werden, kennt die Schweiz keine strafrechtlichen Normen zur Verfolgung von Submissionsabsprachen. Allerdings umfasst Art. 5 KG („Unzulässige Wettbewerbsabreden“) auch Submissionsabreden, die sich somit gemäss Art. 49a KG sanktionieren lassen. Das BÖB enthält nur eine Bestimmung zu Submissionsabsprachen: Art. 11 lit. e BÖB besagt, dass die Vergabe-

⁷⁶ Oesch, Matthias, Zwald, Thomas, „Kommentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt“, Art. 1 BGBM, Rz 2, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, S. 455-478.

⁷⁷ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR. 251.



stelle Anbieter ausschliessen kann, „wenn diese Abreden getroffen haben, die wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen“. In Fällen von Submissionsabsprachen sind das KG und das BÖB parallel anwendbar⁷⁸.

Mit den neu eingeführten Bestimmungen zur Korruptionsbekämpfung im GPA (Präambel GPA, Art.IV:4 GPA) könnten kartellrechtlich relevante Tatbestände im BÖB neue Aktualität gewinnen. Diese sind im Zusammenhang mit nachhaltiger Holzwirtschaft aber nicht von besonderer Bedeutung und werden somit im Rahmen dieses Gutachtens nicht weiter beleuchtet.

c) Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG)

Das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG⁷⁹) gehört – wie das BÖB – zu den auf WTO-Recht basierenden Bundesgesetzen zur Wettbewerbsförderung. Das THG regelt den Abbau von technischen Handelshemmnissen und sieht dafür vor, dass technische Vorschriften⁸⁰ transparent und an die wichtigsten Handelspartner angepasst auszugestalten sind. Abweichungen von diesem Grundsatz sind nur möglich, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse (darunter fällt auch der Umweltschutz) dies erfordert und sie verhältnismässig sind und weder eine willkürliche Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen (Art. 4 Abs. 3 THG).

Obwohl das THG keine Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens enthält, weisen die beiden Rechtsgebiete dennoch Schnittpunkte auf: So können sich beschaffungsrechtliche Anforderungen, beispielsweise in Form von technischen Spezifikationen, als technische Handelshemmnisse auswirken⁸¹. Bei der Auslegung des BÖB sollen deshalb wenn möglich Handelshemmnisse vermieden werden, um Ziel und Zweck des THG nicht unnötig zu untergraben. Umgekehrt vermögen technische Vorschriften auch den Wahl des Beschaffungsgegenstands oder den Spielraum für Anbieter zu beeinflussen. Letztere können nur diejenigen Produkte zur Erbringung der Beschaffungsleistung auf dem Schweizer Markte in Verkehr bringen, die den jeweiligen technischen Vorschriften des Sektorenrechts entsprechen (oder unter das Cassis de Dijon Prinzip fallen). So dürfen Firmen beispielsweise keine Baumaschinen in Verkehr bringen, welche die Anforderungen an Partikelfilter der Luftreinhalteverordnung nicht erfüllen. Dies kann zu einer *de facto* Diskriminierung von ausländischen Baufirmen führen, die sich aber aus Gründen des Umweltschutzes gemäss Art. 4 THG rechtfertigen lässt.

Anders als das Diskriminierungsverbot ist das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art.4 Abs. 3 lit. c THG) im BÖB nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus den Bestimmungen des GPA. So besagt Art. X:1 GPA, dass technische Spezifikationen so auszugestalten sind, dass sie sich nicht handels-hemmender als nötig auswirken (vgl. Ziff. 1.3). Bei der Definition von technische Spezifikationen in Bezug auf Holz ist also in Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip das mildeste Mittel auszuwählen, um unnötige Handelshemmnisse zu vermeiden. Zudem ist im Hinblick auf das THG zu be-

⁷⁸ Weber und Rizvi 2010, Rz 14 mit Referenz auf RPW 2005/1, S191 f., RZ. 5.2 und RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 42.

⁷⁹ Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse vom 6. Oktober 1995, SR.946.51.

⁸⁰ Als „technische Vorschriften“ gelten gem. Art. 3 lit. b THG obligatorische Anforderungen (u.a. an die Eigenschaft, Beschaffenheit oder Herstellung) eines Produkts, die beim Inverkehrbringen zwingend zu beachten sind (beispielsweise Deklarationsvorschriften für ausländische Lebensmittel oder Abgasvorschriften für Autos).

⁸¹ BBl 1995 I 525.

achten, dass die technischen Spezifikationen keine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels darstellen, um so den Gefahren eines verdeckten Protektionismus unter dem Deckmantel des Umweltschutzes entgegenzuwirken.

d) Umweltschutzgesetz (USG)

Art. 74 Abs. 1 BV ermächtigt den Bund zum Erlass von Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. Mit dem Umweltschutzgesetz (USG⁸²) hat der Bund von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht.

Art. 1 Abs. 1 USG konkretisiert den verfassungsrechtlichen Umweltschutzbegriff, indem insbesondere der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der biologischen Vielfalt erwähnt werden. Im Verhältnis zu anderen Gesetzen statuiert das USG einen Mindeststandard, d.h. strengere Bestimmungen sind zulässig, nicht aber mildere (Art. 3 Abs. 1 USG)⁸³. Da es sich beim Umweltschutz um ein öffentliches Interesse handelt, das bei allem staatlichen Handeln und der Ausübung staatlicher Aufgaben zu beachten ist, entfalten die Bestimmungen des USG horizontale Auswirkungen durch alle staatlichen Tätigkeitsgebiete, auch wenn diese im USG selbst nicht direkt angesprochen werden.

Zwar finden sich im USG keine expliziten Normen zum Beschaffungsrecht, verschiedene Bestimmungen eignen sich aber als Grundlage für Förderungsmassnahmen:

Art. 43a Abs. 1 USG gibt dem Bundesrat die Kompetenz, freiwillige Umweltzeichen (Oekolabels) einzuführen⁸⁴. Dabei hat er sich am internationalen Recht und international anerkannten technischen Normen zu orientieren (Art. 43a Abs. 2 USG). Von Bedeutung ist dabei insbesondere das Recht der WTO, einschliesslich dem GPA. Im Hinblick auf die Einführung technischer Anforderungen gemäss Art. X:6 GPA verfügt der Bundesrat damit bereits über eine gesetzliche Grundlage, um Vergabekriterien anhand von Oekolabels zu konkretisieren. Ein solches Vorgehen stünde auch in Einklang mit Art. 5 Abs. 8 der Aarhus-Konvention⁸⁵, die von den Mitgliedstaaten verlangt, dafür zu sorgen, dass den Konsumentinnen und Konsumenten ausreichende Produktinformationen zur Verfügung stehen, damit sie eine sachkundige, am Umweltschutz orientierte Auswahl treffen können⁸⁶.

Bislang wurden keine Regeln gestützt auf Art. 43a Abs. 1 USG erlassen. Die vom Bundesrat 2010 in Kraft gesetzte Verordnung über die Deklaration von Holz und Holzprodukten, welche eine Pflicht zur Deklaration der Holzherkunft enthält, steht zwar im Kontext mit Art. 43a Abs. 1 USG, stützt sich aber auf Artikel 4 und 11 des Konsumentenschutzgesetzes⁸⁷.

Mit dem als Gegenvorschlag zur Initiative „Grüne Wirtschaft“ konzipierten Art. 35f USG soll der Bundesrat ermächtigt werden, im Bedarfsfall ökologische Mindestanforderungen für das Inverkehrbringen von Produkten, inkl. Holz, erlassen zu können: „Die Bestimmungen zu den Anforderungen an das Inverkehrbringen soll auch die Grundlage schaffen, um Zulassungsbestimmungen analog zur EU-

⁸² Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01.

⁸³ Für den Strahlenschutz geht die spezialgesetzliche Regelung des Strahlenschutzgesetzes vor: Art. 3 Abs. 2 USG.

⁸⁴ Griffel und Rausch 2011, zur Orientierung Art. 43a, Rz 5.

⁸⁵ Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention) vom 25. Juni 1998, für die Schweiz in Kraft seit 1. Juni 2014, SR 0.814.07.

⁸⁶ Errass 2010, S. 230-231.

⁸⁷ Konsumentenschutzgesetz (KIG) vom 5. Oktober 1990, SR 944.0.

Holzhandelsverordnung zu erlassen. Diese Verordnung orientiert sich bei den Anforderungen hinsichtlich des Inverkehrbringens von Holz und Holzzeugnissen daran, dass der Holzeinschlag und der damit verbundene Handel im Einklang mit den Vorschriften des Ursprungslands stehen. Dies soll u.a. zum Schutz des Klimas und der Biodiversität sicherstellen, dass Holz, welches auf den Markt kommt, auf legale Weise geschlagen wurde⁸⁸.

Ein weiteres Beispiel für die horizontale Wirkung des USG mit Relevanz für die Verwendung von Holz ist Art. 6 der Schiffbauverordnung⁸⁹. Sie verlangt, dass bei Planung, Bau und Unterhalt von Schiff-Anlagen den Belangen des Umweltschutzes Rechnung zu tragen ist.

e) Waldgesetz (WaG)

Der Schutz und die Erhaltung des Waldes und seine Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzungsfunktion liegt in der Kompetenz des Bundes (Art. 77 BV). Diese Verfassungsaufgabe wird konkretisiert durch das Waldgesetz (WaG⁹⁰) und die Waldverordnung (WaV⁹¹), welche Regelungen zum Schutz und der Erhaltung des Waldes beinhalten. Zu diesem Zweck räumt das WaG dem Bund die Möglichkeit ein, Massnahmen zur Förderung des Holzabsatzes und der Holzförderung zu unterstützen (Art. 31 lit. d WaG und Art. 38 a Abs.1 lit. c WaG i.V.m. Art. 43 WaV).

Der Förderungsaspekt soll im Rahmen der Waldpolitik 2020 verstärkt werden. So sieht der Revisionsentwurf des WaG vor, dass der „nachwachsende Rohstoff Holz vermehrt genutzt und optimal verwendet wird“, um so einen Beitrag zur Bekämpfung des Klimawandels zu leisten⁹². Durch einen neuen Abschnitt 1a („Holzförderung“) soll das WaG um eine gesetzliche Grundlage für eine umfassende Ermächtigung zur Förderung von nachhaltig produziertem Holz ergänzt werden und so einen gesetzlichen Auftrag zur staatlichen Förderung des Absatzes und der Verwertung von nachhaltig produziertem Holz schaffen. Als mögliche Fördermassnahmen werden im vorgesehenen neuen Artikel 34a „Strategien, Konzepte und der Unterstützung von innovativen Projekten“ genannt: auf die Förderung von Holz im Rahmen von Submissionsgeschäften geht der Gesetzesentwurf jedoch nicht ein. Eine spezialgesetzliche Regelung im WaG oder in der WaV für die Verwendung von Holz in öffentlichen Bauten wäre indessen in Hinblick auf eine gesetzliche Definition von Nachhaltigkeitskriterien für den Holzschlag oder in Hinblick auf mögliche Ausschlusskriterien denkbar⁹³.

Von Relevanz für die schweizerische Waldgesetzgebung sind zudem die neusten Entwicklungen in der Europäischen Union, wo (importierte) Holzprodukte seit März 2013 der „EU Timber Regulation“ (EUTR⁹⁴) unterliegen. Durch strenge Anforderungen an die Legalität des Holzschlages und die

⁸⁸ Botschaft zur Volksinitiative „Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Umweltschutzgesetzes), 12. Februar 2014, BBl 2014 1817, S. 1861.

⁸⁹ Verordnung über Bau und Betrieb von Schiffen und Anlagen öffentlicher Schifffahrtsunternehmen (Schiffbauverordnung, SBV) vom 14. März 1994, SR 747.201.7.

⁹⁰ Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG) vom 4. Oktober 1991, SR 921.0.

⁹¹ Verordnung über den Wald (Waldverordnung, WaV) vom 30. November 1992, SR 921.01.

⁹² Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über den Wald, Stand 16. April 2013.

⁹³ Vgl. nachfolgend 4.1; so könnte das WaG oder die WaV spezifizieren, welche Umweltschutzkriterien von den Holzanbietern in Submissionsgeschäften zwingend einzuhalten wären, und dass deren Nichteinhaltung allenfalls zum Ausschluss aus dem Verfahren führen könnte.

⁹⁴ Verordnung (EU) Nr. 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzzeugnisse in Verkehr bringen.



entsprechenden Nachweis- bzw. Dokumentationsanforderungen für Marktteilnehmer will die EU den Handel mit Produkten aus illegalen Abholzungen verhindern. Da die Schweizer Holzwirtschaft eng mit der europäischen Binnenmarkt verbunden ist (2011 gingen 90% aller Schweizer Holzexporte in die EU, 95% aller Holzimporte kamen aus der EU⁹⁵), prüft der Bund zurzeit die Schaffung einer EU-äquivalenten gesetzlichen Regelung für die Schweiz, um nichttarifäre Handelshemmnisse zu vermeiden. Eine solche neu zu schaffende gesetzliche Grundlage wäre unter dem Aspekt des WaG und des Beschaffungsrechts zu konzipieren.

f) Bauproduktegesetz (BauPG)

Das Bauproduktegesetz (BauPG⁹⁶) regelt das Inverkehrbringen von Bauprodukten⁹⁷ und bezweckt den Abbau von technischen Handelshemmnissen in diesem Sektor. Da Bauprodukte in den Geltungsbereich des bilateralen Abkommens mit der EU über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement, MRA⁹⁸) fallen, ist es für die Schweiz wichtig, die Gleichwertigkeit ihrer Vorschriften mit denjenigen der EU beizubehalten. Die EU hat im Jahre 2013 eine neue Bauprodukteverordnung (Construction Products Regulation, CPR⁹⁹) eingeführt, die Rahmenregelungen für die Anforderungen an das Inverkehrbringen von Bauprodukten und die Pflichten der jeweiligen Wirtschaftsakteure enthält. Das BauPG wurde unlängst einer Totalrevision unterzogen mit dem Ziel, die Gesetzgebung an die neusten legislatorischen Entwicklungen in der EU anzupassen.

Das neue BauPG verfolgt einen „marktorientierten Ansatz“¹⁰⁰: Grundsätzlich soll der Staat keine Produktleistungen festlegen, sondern nur noch grundlegende Anforderungen an das Produkt, wenn dies beispielsweise zum Schutz der Gesundheit oder der der Umwelt etc. notwendig ist. Technische Vorschriften in umweltschutzrechtlichen Erlassen sind also auf Bauprodukte anwendbar (Art. 1 Abs. 3 BauPG).

Das Bauproduktrecht enthält keine sektorspezifischen Regelungen zum öffentlichen Beschaffungswesen, eine gesetzliche oder gar staatsvertragliche Verpflichtung besteht also nicht. Allerdings können sich submissionsrechtliche Produkteanforderungen, wie vorgängig zum THG erwähnt, als technische Handelshemmnisse auswirken. Die Notwendigkeit, solche Handelshemmnisse möglichst zu vermeiden, wird durch das MRA verstärkt: Aufgrund des Äquivalenzprinzip soll die Schweiz darauf bedacht sein, keine strengeren technischen Vorschriften als die EU zu erlassen, um Handelsverzerrungen zu vermeiden und die Vorteile des MRA nicht unnötig zu untergraben.

⁹⁵ Morard und Pfannkuch 2013, S. 48.

⁹⁶ Bundesgesetz über Bauprodukte vom 21. März 2014, SR 933.0.

⁹⁷ Definiert als Produkte, das „hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden (...)“ (Art. 2 Ziff. 1 BauPG).

⁹⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen.

⁹⁹ EU Verordnung Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates.

¹⁰⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Bauprodukte vom 4. September 2013, BBl 2013 7467, S. 7488.



g) Zwischenfazit zum weiteren Förderungsrecht in der Schweiz

Aus der Übersicht der bundesrechtlichen Regelungen, die im Zusammenhang mit dem nachhaltigen öffentlichen Beschaffungswesen relevant sind, ergibt sich, dass das Bundesrecht einen grossen Spielraum für Förderungsmassnahmen im Zusammenhang mit nachhaltig produziertem Holz einräumt.

Die wettbewerbsrechtlichen Erlasse enthalten bisweilen zwar Bestimmungen zu beschaffungsrechtlichen Tatbeständen (Art. 5 BGBM oder Art. 5 KG), diese richten sich aber an die Kantone bzw. die privaten Marktteilnehmer und sind im Zusammenhang mit Massnahmen zur Förderung der Forstwirtschaft nicht von Bedeutung.

Da das Beschaffungsrecht aber in engem Zusammenhang mit dem internationalen Handelsrecht steht, sind diesbezüglich die Bestimmungen des THG (sowie die entsprechenden sektorspezifischen Erlasse wie z.B. das BauPG) zu beachten. Auch wenn technische Spezifikationen nicht unter den Regelungsbereich des THG fallen und sich somit dessen direkten Geltungsbereich entziehen, können sie sich dennoch als technische Handelshemmnisse auswirken. Umweltauflagen an Holzprodukte im Rahmen von technischen Spezifikationen müssen deshalb verhältnismässig ausgestaltet werden, d.h. es ist die mildeste, den Handel am wenigsten einschränkende Spezifikation zu wählen – eine Voraussetzung, die sich bereits aus Art. X:1 GPA und dem verfassungsrechtlichen Gebot in Art.5 Abs.2 BV, dass alles staatliche Handeln verhältnismässig sein muss, ergibt.

Förderungsmassnahmen für Holz stehen auch im Fokus des Umweltrechts und werden in den laufenden Gesetzesrevisionen im Rahmen des Aktionsplans „Grüne Wirtschaft“ prominent berücksichtigt: So sehen sowohl die Vorschläge zur Anpassung des USG als auch das WaG neue Bestimmungen zur Förderung von nachhaltig produziertem Holz vor. Mit einem neuen Artikel 35f USG sollen erhöhte Umweltschutzanforderungen an das Inverkehrbringen von Rohstoffen, worunter auch Holz fällt, gestellt werden. Im WaG ist ein Kapitel zur Förderung von nachhaltig produziertem Holz geplant. Selbst wenn sich diese Normen nicht ausdrücklich auf das öffentliche Beschaffungsrecht beziehen, eignen sie sich dennoch als gesetzliche Grundlage für eine Förderung der nachhaltigen Forstwirtschaft im Rahmen von Beschaffungsgeschäften.

3. Berücksichtigung von Art. X:6 GPA in der Revision von BöB/VöB und IVöB

3.1. Ausgangslage: Grundsätzlicher Handlungsbedarf mit Blick auf die BöB-Revision

Sekundärziele und somit auch Nachhaltigkeits- und Umweltschutz sind im schweizerischen Beschaffungsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Dass der Umweltschutz als in der Verfassung mehrfach verankertes Ziel und als gewichtiges öffentliches Interesse auch im Rahmen der öffentlichen Einkäufe verfolgt werden muss, ist allgemein anerkannt. Umstritten ist jedoch, in welchem Umfang diese Berücksichtigung sachgerecht und rechtmässig ist. Anhaltspunkte dafür finden sich in den einzelnen Bestimmungen des BöB und der VöB sowie in der Rechtsprechung.

In materieller Hinsicht sind umweltbezogene Kriterien in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des schweizerischen Beschaffungsrecht, namentlich des Wettbewerbs- und des Wirtschaftlichkeitsgebots sowie des Transparenzgebots und des Diskriminierungsverbots, festzulegen. Zudem sind Umweltschutzanforderungen im Beschaffungsrecht gemäss WTO-Recht verhältnismässig auszugestalten: Sie sollen den Wettbewerb also nicht mehr als notwendig einschränken, dürfen wirtschaftliche Überlegungen nicht völlig verdrängen und müssen transparent und funktional sein.

Formell gesehen ist die Berücksichtigung von ökologischen Anliegen auf verschiedenen Verfahrensstufen denkbar: Vorerst bei der Bestimmung des Beschaffungsobjekts, d.h. im Rahmen der technischen Spezifikationen, ganz zu Beginn des Vergabeverfahrens. Weiter ist eine Einbeziehung auf der Ebene der Zuschlagserteilung auf der Basis von Zuschlagskriterien, die unter Berücksichtigung von Umweltschutzanliegen definiert und gewichtet werden können, möglich. Schliesslich lassen sich Eignungskriterien, also anbieterbezogene Kriterien, auf Umweltschutzanliegen ausrichten. Diese Möglichkeit liegt vor allem bei Sozialzielen wie beispielsweise der Lehrlingsausbildung auf der Hand, ist indessen für Umweltkriterien und insbesondere für die Förderung von Holz wenig praktikabel, weil in diesem Kontext in der Regel produkt- und nicht personenbezogene Anforderungen im Vordergrund stehen.

Um im öffentlichen Beschaffungswesen ökologische Kriterien mit in Betracht ziehen zu können, eignen sich die Instrumente der technischen Spezifikationen oder der Zuschlagskriterien. Erstere haben den Vorteil, dass sie obligatorisch sind; Produkte unter einem gewissen ökologischen Schwellenwert scheiden von Anfang aus. Rechtsunsicherheit herrscht allerdings bezüglich der Berücksichtigung von produktionsbezogenen Kriterien¹⁰¹, die sich nicht direkt im Endprodukt niederschlagen; diese sind im Kontext der Holzförderung von grosser Bedeutung, da sich die Nachhaltigkeit des Holzes primär anhand seiner Herstellungsmethode, bzw. am Holzeinschlag bemisst.

Während technische Spezifikationen gemäss Legaldefinition in Art. I lit.u GPA auch PPM umfassen, schweigt sich das BöB bei den Zuschlagskriterien diesbezüglich aus. Aus rechtsdogmatischer Sicht wäre es indessen wenig überzeugend, wenn PPM im Rahmen der Zuschlagskriterien, die sich weniger wettbewerbseinschränkend als die technischen Spezifikationen auswirken, nicht erlaubt sein sollten. Diese Auffassung wird auch von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung bestätigt; herstellungsbezogene Zuschlagskriterien sind rechtmässig, solange sie sachgerecht gewichtet werden.

Diese Einschätzung wird auch in Hinblick auf Konsumentenbedürfnisse bestätigt: Mit der zunehmenden Sensibilisierung in der Bevölkerung für Fragen des Umweltschutzes verändert sich auch die

¹⁰¹ Vgl. vorne Ziff. 1.4. a).

Nachfrage nach Konsumprodukten; mögen früher Umwelanliegen als vergabefremd, also nicht mit dem Beschaffungsobjekt in Zusammenhang stehend, angesehen worden sein, so gewinnt heute die Auffassung an Bedeutung, dass eine hohe Umweltverträglichkeit ein Qualitätszeichen ist und als solches direkt mit dem Produkt zusammenhängt.

Mit diesen Tendenzen steht die geringe Regelungsdichte von Umwelanliegen im Widerspruch. Dass Sekundärziele im Beschaffungsrecht nicht geregelt sind, und die Berücksichtigung von Umwelanliegen im BöB nur grob umschrieben wird, führt bei Vergabebehörden wie bei potenziellen Anbietern gleichermaßen zu Rechtsunsicherheit und erhöht somit die Kosten im Beschaffungswesen. Dieser Rechtsunsicherheit ist im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts soweit als möglich entgegenzuwirken.

3.2. Verfassungsrechtliche Einbettung und allgemeine Stossrichtung der BöB-Revision

a) Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips

Der Grundsatz der Nachhaltigkeit ist in der Verfassung mehrfach verankert: Die Präambel bekennt sich zur „Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen“ und der Zweckartikel nennt die „Förderung der nachhaltigen Entwicklung“ und „die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ als Staatsziel (Art. 2 Abs. 2 und 4 BV). Als konkreter Verfassungsauftrag findet die Nachhaltigkeit Niederschlag im vierten Verfassungsabschnitt („Raumplanung und Umwelt“): Art. 73 BV beauftragt Bund und Kantone, ein „ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits“ anzustreben. Art. 74 BV überträgt dem Bundesrat zudem die Kompetenz, „Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen“ zu erlassen.

Der Verfassungsauftrag in Art. 73 BV steht in einem engen Kontext zur Förderung von Schweizer Holz. Obwohl der Nachhaltigkeitsgedanke in seiner ökologischen Dimension vor allem vom Umweltvölkerrecht herrührt, fand dieses Prinzip in der Rechtsordnung der Schweiz früh im Zusammenhang mit der Waldbewirtschaftung Eingang¹⁰². Heute wird das Nachhaltigkeitsprinzip in erster Linie im umweltrelevanten Recht reflektiert, spielt aber auch im Wirtschaftsrecht als „immanente Schranke der Wirtschaftsfreiheit“ eine wichtige Rolle und wird in diesem Zusammenhang sogar als „tragendes Element der marktwirtschaftlichen Rahmenordnung“ verstanden¹⁰³. Auch wenn die Anwendbarkeit des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in der Rechtsetzung und -anwendung des Wirtschaftsrechts noch nicht als ausreichend geklärt erscheint, so ist der Verfassungsauftrag doch auch in diesem Kontext nicht aus den Augen zu verlieren und kann als richtungsweisende Auslegungshilfe dienen. Das Bundesgericht präziserte in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz der Nachhaltigkeit, ungeachtet dessen Justiziabilität, jeweils in die Interessenabwägung einzubeziehen ist¹⁰⁴.

Art. 74 BV stellt (i.V.m. Art. 2 Abs. 4 und Art. 73 BV), die gesetzliche Grundlage dar, um mit gesetzlichen Regulierungen zur Vermeidung von übermässigen Beeinträchtigungen der natürlichen Umwelt beizutragen¹⁰⁵.

¹⁰² Vallender, Art. 73, Rz 1, St. Galler Kommentar 2008.

¹⁰³ Vallender, Art. 73, Rz 35, St. Galler Kommentar 2008; Petitpierre-Sauvain, *Fondements écologiques*, 587.

¹⁰⁴ BGer 1a.115/2003, E.3.2.

¹⁰⁵ Morell, Art. 74 Rz 8, St. Galler Kommentar 2008.

Art. 73 und 74 BV verdeutlichen, dass der Umweltschutz eine wichtige Staatsaufgabe darstellt¹⁰⁶. Der in der Lehre bisweilen geführte Diskurs, dass dem Umweltschutz im Wirtschaftsrecht zwar eine zentrale, aber keine übergeordnete Rolle zukomme, verfehlt den Kern der Sache. Im Zentrum steht nicht die Frage nach den derogierenden Wirkungen von Verfassungsprinzipien, sondern viel eher die Frage, wie sich wirtschaftsrelevante Sachverhalte so ausgestalten lassen, dass sie potenzielle Synergien mit dem Umweltschutz nutzen, oder die natürlichen Lebensgrundlagen zumindest nicht beeinträchtigen.

Damit bilden Art. 73 und 74 BV bereits die verfassungsrechtliche Grundlage, um den mit dem revidierten GPA vollzogenen Paradigmenwechsel¹⁰⁷ von einem rein wettbewerbsorientierten Vergaberecht zum Einbezug anderer relevanter Politikziele umzusetzen.

b) Regelungsbereich des VE-BöB

Das revidierte GPA enthält eine beachtliche Zahl von Änderungen grösserer und kleinerer Natur, welche der Schweizer Gesetzgeber im Anschluss an dessen Ratifikation in das nationale Recht, und zwar auf der Ebene des Bundes und der Kantone, zu überführen hat. Die BöB-Revisionsvorlage (sowie die spätere Anpassung der VöB und die parallele Überarbeitung der IVöB) enthält deshalb auch eine ganze Reihe von Regulierungsvorschlägen, die im vorliegenden Kontext der Umsetzung von GPA-Nachhaltigkeitsprinzipien in das schweizerische Recht nicht direkt von Bedeutung sind.

Die nachfolgenden Ausführungen gehen dementsprechend nicht auf die Änderungen, welche z.B. den Geltungsbereich, die allgemeinen Grundsätze, die Information über das Beschaffungswesen (Transparenzanforderungen), die Teilnahmebedingungen, die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, die Fristen und Verhandlungen, die freihändige Vergabe, die elektronischen Auktionen, die Behandlung der Angebote sowie insbesondere die rechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten (Beschwerden) ein. Hingegen bedarf, abgesehen von der Beurteilung der allgemeinen Behandlung von Nachhaltigkeitszielen, die Regelung zu den technischen Spezifikationen, zur Qualifikation der Anbietenden und zur Zuschlagserteilung der genaueren Betrachtung.

Von Bedeutung für das vorliegende Gutachten ist weiter das Ziel des Bundesrates, die gesetzlichen Grundlagen von Bund und Kantonen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens im Interesse der Schweizer Wirtschaft soweit als möglich und sinnvoll anzugleichen. Die Revision des BöB und die Revision der IVöB sind deshalb auch administrativ in den letzten Monaten durchaus Hand in Hand gegangen; mit Bezug auf die neu formulierte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in Art X:6 GPA sind dementsprechend nachfolgend die Regulierungsvorschläge des Bundes und der Kantone zu evaluieren.

3.3. Anpassung von Art. 1 VE-BöB

Das öffentliche Beschaffungsrecht basiert auf dem Grundgedanken der Förderung des wirksamen Wettbewerbs und ist damit Teil der Wettbewerbsordnung. Der Wettbewerb soll einen Beitrag dazu leisten, dass der Einsatz der öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich und effizient erfolgt; dazu sind auch die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung von Anbietern zu verwirklichen.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Steiner 2014, S. 151.



Der heutige Zweckartikel zielt insbesondere auf die vorerwähnten Prinzipien ab. In der geplanten Neufassung (Art. 1 VE-BöB), werden die wettbewerblichen Parameter in teilweise anderem Wortlaut ohne inhaltliche Änderung bestätigt. Neu bezieht Art. 1 Abs. 1 lit a VE-BöB jedoch mit der Klausel „unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit“ weitere öffentliche Interessen in die Überlegungen der wirtschaftlichen Effizienz ein.

Die erwähnte und auch in Art. 73 BV verankerte Nachhaltigkeit bezieht sich nach der Konzeption von Art. X:6 und Art. X:9 GPA auf die ökologische Dimension, d.h. die Realisierung umweltpolitischer Zielsetzungen. Gesetzgeberisch wäre auch denkbar gewesen, die soziale Dimension von sog. „secondary policies“ in dessen Anwendungsbereich einzubinden; die GPA-Mitgliedstaaten konnten indessen im Rahmen der GPA-Revision keinen Konsens über den Anwendungsbereich der sozialen Dimension erzielen. Für die Schweiz steht somit im Hinblick auf das GPA die Pflicht zur Umsetzung der ökologischen Ziele im Vordergrund, obwohl der Gesetzgeber mit Art. 8 Abs. 1 lit.b BöB das soziale Anliegen des Arbeitsschutzes bereits ins geltende Vergaberecht eingeführt hat und mit Art. 14 VE BöB weiterführt. Die Verwendung von Schweizer Holz in öffentlichen Bauten ist klar ökologisch motiviert, so dass die Diskussion um soziale Aspekte der Nachhaltigkeit in diesem Zusammenhang nicht relevant ist.

Die im Zweckartikel eines Gesetzes erwähnten legislatorischen Zielvorstellungen sind regelmässig nicht als unmittelbar anwendbare Normen ausgestaltet, d.h. Individuen und Unternehmen können sich nicht auf Anordnungen des Zweckartikels als verbindliche anspruchsbegründende Normen berufen. Hingegen ist der Zweckartikel bei der Auslegung von Einzelbestimmungen des Gesetzes von grosser Bedeutung. Mit der Erwähnung der Nachhaltigkeit im Zweckartikel macht der Gesetzgeber klar, dass dieses Kriterium bei der Wahl des besten Anbieters in allen Verfahrensabschnitten der Beschaffung zur Anwendung kommt.

Schliesslich ist zu begrüssen, dass mit dem Wort „Nachhaltigkeit“ im Text von Art. 1 Abs. 1 lit a VE-BöB ein sehr breiter Begriff gewählt wird. Diese Vorgehensweise erscheint als sachgerecht und verdient Zustimmung, da sie eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung der Bestimmungen des BöB erleichtert. Die Anliegen im Kontext der Verwendung von Holz lassen sich im Rahmen der gewählten Formulierung denn auch verwirklichen.

3.4. Anpassung von Art. 33/34 VE-BöB

Art. 33 VE-BöB zu den Zuschlagskriterien ist zwar im Vergleich zum heute geltenden Art. 21 BöB nicht völlig neu, verändert aber doch den Inhalt in nicht unwesentlicher Weise. Art. 34 VE-BöB ist hingegen eine gestützt auf die GPA-Revision neu formulierte Norm zu den technischen Spezifikationen.

a) Zuschlagskriterien nach Art. 33 VE-BöB

Gemäss Art. 33 VE-BöB hat der Auftraggeber die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien zu prüfen. Leistungsbezogen ist insbesondere, aber nicht ausschliesslich der Preis. Ausdrücklich nennt Art. 33 Abs. 1 Satz 2 VE-BöB nämlich weitere Kriterien, die Berücksichtigung finden können. Der Wortlaut des Gesetzesentwurfes zählt nicht weniger als 18 Kriterien auf, darunter auch die Nachhaltigkeit; die Liste ist nicht abschliessend, weitere Faktoren wären denkbar. Damit setzt Art. 33 VE-BöB ein klares Signal zugunsten einer auf eine Vielzahl von leistungsbezogenen Kriterien abge-

stützten Vergabe. Mit der Verwendung des Begriffs Nachhaltigkeit lässt der Gesetzgeber auch Spielraum für die Berücksichtigung internationaler Umweltaspekte, wie etwa dem Klimawandel und klärt eine in der Lehre bislang kontrovers diskutierte Frage¹⁰⁸.

Art. 33 Abs. 2 VE-BöB zu den Ausbildungsplätzen für Lernende ist im vorliegenden Kontext nicht relevant. Hingegen wird Art. 33 Abs. 3 VE-BöB bei der künftigen Durchführung von Projekten zu beachten sein: In Konkretisierung des allgemeinen, im öffentlichen Beschaffungswesen geltenden Transparenzprinzips wird vom Auftraggeber verlangt, dass die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht werden. Das gilt auch für die Berücksichtigung des im Zusammenhang mit der Verwendung von Schweizer Holz besonders wichtigen Herstellungsprozesses. Gestützt auf Art. 33 VE-BöB wäre etwa die Vergabe von Extrapunkten bei der Bewertung des Kriteriums Umweltverträglichkeit für Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft zulässig, sofern die Gewichtung dieser Punkte im Rahmen der gesamten Bewertung transparent gemacht wird¹⁰⁹.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass dem staatlichen Auftraggeber, welcher die Zuschlagskriterien formuliert, gestützt auf Art. 33 VE-BöB ein erhebliches Ermessen bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsanliegen zusteht. Ein unmittelbarer Handlungsbedarf mit Blick auf die Gesetzesformulierung besteht deshalb nicht.

b) Technische Spezifikationen nach Art. 34 VE-BöB

Art. 34 VE-BöB enthält Regelungen zu den zu veröffentlichenden und anzuwendenden technischen Spezifikationen. Einerseits finden sich Anordnungen, welche dazu beitragen sollen, in schweizerischen Ausschreibungen den internationalen Normen im Kontext der technischen Spezifikationen zum Durchbruch zu verhelfen (Art. 34 Abs. 2 VE-BöB); überdies wird das Verhältnis zu Immaterialgüterrechten und Ursprungsbezeichnungen geregelt (Art. 34 Abs. 3 VE-BöB): Demnach sind statische Anforderungen an den geographischen Ursprung bzw. das Produktionsland grundsätzlich nicht zulässig, da diese den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbotes widersprechen würden. Somit wäre es in Bezug auf Holz unzulässig, rein geographische Ursprungserfordernisse (z.B. „Schweizer Holz“) als technische Spezifikationen in den Vergabeunterlagen aufzuführen¹¹⁰.

Vergaberechtlich unproblematisch wäre hingegen ein Vorgehen nach Art. 34 Abs. 4 VE-BöB: Diese neue Bestimmung ist für die Verwendung von Schweizer Holz von entscheidender Bedeutung. Sie hält fest, dass der Auftraggeber technische Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen und des Umweltschutzes vorsehen kann. Für die Verwendung von Schweizer Holz wären etwa Vorgaben zu Wasserverbrauch, CO₂-Emissionen, Art und Weise der Holzernte (z.B. ohne Kahlschlag durch Abstützung auf das FSC-Label¹¹¹) etc., zulässig, auch wenn sich diese nicht direkt im Produkt Holz niederschlagen¹¹². Technische Spezifikationen müssen sich gemäss Art. 34 Abs. 2 VE-

¹⁰⁸ Eine Übersicht über die Diskussion gibt Steiner 2014, S. 169.

¹⁰⁹ Steiner 2014, S. 169.

¹¹⁰ Erläuternder Bericht zum VE-BöB (noch nicht publiziert), S. 28.

¹¹¹ Labels dürfen indessen nur als exemplarische und nicht als ausschliessliche Kriterien zur Anwendung kommen (vgl. vorne Ziff. 2.3 und 2.5).

¹¹² Steiner 2014, S. 163.



BöB weiterhin auf Leistungs- und Funktionsanforderungen beziehen. Es wäre deshalb unzulässig, Anforderungen an den Anbieter selbst als technische Spezifikationen auszugestalten.

Wie erwähnt handelt es sich bei Art. 34 VE-BöB einerseits um eine „Kann-Vorschrift“, d.h. eine Pflicht, technische Spezifikationen, welche der Förderung und Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder dem Umweltschutz dienen, in die Ausschreibung aufzunehmen, besteht nicht. Andererseits ist die Umschreibung recht umfassend, obwohl mit natürlichen Ressourcen (wozu Holz gehört) und dem Umweltschutz (wozu auch der internationale Umweltschutz zählt) nur Teilaspekte der Nachhaltigkeit erwähnt werden.

Gesamthaft betrachtet zeigt bereits ein erster Blick auf den Wortlaut der neuen Bestimmungen von Art. 33/34 VE-BöB, insbesondere Art. 34 Abs. 4 VE-BöB, eine klare Erweiterung der Möglichkeit von öffentlichen Auftraggebern, Nachhaltigkeitskriterien in ein Ausschreibungsverfahren aufzunehmen: Konkret erleichtern es diese geplanten Vorschriften in den technischen Spezifikationen Anforderungen an die nachhaltige Produktion von Holz zu stellen und so, unter Wahrung des Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbotes, die Verwendung von Schweizer Holz in öffentlichen Bauten basierend auf Nachhaltigkeitskriterien, zu fördern. Hierbei ist es essentiell zu beachten, dass der Nachhaltigkeitsaspekt im Vordergrund steht und protektionistische motivierte geographische Überlegungen keinen Eingang in die technischen Spezifikationen finden.

Die erwähnte erweiterte Möglichkeit, Nachhaltigkeitsanliegen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens zu verfolgen, liegt im Rahmen des durch die GPA-Revision erweiterten Katalogs der technischen Spezifikationen, die Gegenstand des Ausschreibungsverfahrens sein können (Art. I lit. u GPA). Dass die Verwendung von Holz für Bauten in einem sachlichen Zusammenhang mit dem zu beschaffenden Produkt steht, lässt sich nicht in Zweifel ziehen¹¹³. Auch das Kriterium der Erhaltung der natürlichen Ressourcen ist bei der Verwendung von Holz gegeben.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass die Stossrichtung der Revisionsentwürfe des BöB bzw. der VöB aus der Sicht des GPA keine grundsätzlichen Bedenken auslöst und dass durch die geplanten Änderungen den angestrebten Nachhaltigkeitszielen angemessen Rechnung getragen werden kann.

c) Exkurs: Berücksichtigung des Transportwegs im Beschaffungswesen

Die Frage, inwiefern der Anfahrtsweg oder die Transportart als Zuschlagskriterium oder als technische Spezifikation berücksichtigt werden kann, ist eine vielschichtige, die in der Lehre denn auch noch nicht abschliessend geklärt ist¹¹⁴.

Die Legaldefinition der technischen Spezifikationen in Art. 1(u) GPA umfasst auch Produkteigenschaften, die sich auf die Produktionsmethode beziehen (process and production methods, PPM)¹¹⁵. Deshalb ist es gemäss GPA grundsätzlich zulässig, bei der Festlegung von technischen Spezifikationen auch Nachhaltigkeitsvorschriften, die sich nicht direkt im Endprodukt widerspiegeln, zu berücksichtigen. Voraussetzung hierfür ist natürlich die Beachtung des Transparenz- und des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie ein sachlicher Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand. Da technischen

¹¹³ Vgl. vorne Ziff. 1.3.

¹¹⁴ Vgl. beispielsweise Hauser 2002, S.382; Steiner 2006, S.83, S.87 und S.89 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, S. 273

¹¹⁵ Vgl. vorne Ziff. 1.3.



Spezifikationen (anders als Zuschlagskriterien) keine Gewichtung zulassen, sondern als „binäre Kriterien“ ausgestaltet sind, wäre der Transportweg als Anforderung in diesem Rahmen wohl nur dann verhältnismässig, wenn der Transport das Kerngeschäft des Beschaffungsauftrags darstellt. Allerdings war die Verwendung von PPM im Zusammenhang mit dem GPA noch nie Gegenstand eines Streitschlichtungsverfahrens in der WTO; welche PPM als unverhältnismässig und somit diskriminierend gemäss WTO Recht zu erachten sind, wird durch die zukünftige Rechtsprechung zu klären sein.

In der Schweiz wurde die Berücksichtigung von Transportwegen im Rahmen der Zuschlagskriterien mehrmals kritisch beurteilt. So befand das Bundesgericht im Falle einer Kehrriktabfuhrvergabe, dass die lokale Vergabebehörde dem Kriterium des Transportwegs eine zu hohe Gewichtung eingeräumt hat¹¹⁶. Allerdings widersprach das Bundesgericht dem vom Beschwerdeführer eingebrachten Argument, dass die Berücksichtigung von Transportwegen grundsätzlich problematisch sei. Es räumte diesbezüglich ein, dass es sogar sachlich geboten sein könne, die „Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Evaluation der Offerten in einem gewissen Mass zu berücksichtigen“¹¹⁷.

Zu beachten ist indessen, dass beim Kriterium des Transportwegs nicht nur die Distanz ausschlaggebend ist, sondern auch die Art des Transports. So entschied der europäische Gerichtshof (EuGH) im Fall *Concordia Bus Finnland* zugunsten der Vergabebehörden, die den Zuschlag im Beschaffungsverfahren demjenigen Anbieter mit dem emissionsärmsten Fahrzeugtyp gegeben hat.

Ausschlaggebend ist somit gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung und der herrschenden Lehre, ob das Kriterium des Transportwegs (wobei auch die Transportart gemeint ist) in einem engen Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand steht und ob es von der Vergabestelle „differenziert gehandhabt“¹¹⁸, d.h. angemessen (verhältnismässig) gewichtet wurde¹¹⁹. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit scheint eine Berücksichtigung im Rahmen der Zuschlagskriterien im Einzelfall sachdienlicher als im Rahmen der technischen Spezifikationen (obwohl die Legaldefinition in Art. 1 (u) GPA PPM umfasst, während es für Zuschlagskriterien auf WTO-Ebene keine Definition gibt).

Auch bei Beschaffungsaufträgen im Zusammenhang mit Holz müssen die Zuschlagskriterien im Einzelfall beurteilt werden; wenn der Transport ein zentrales Element des Beschaffungsgeschäfts ausmacht, können Zuschlagskriterien wie Stickstoffemission oder sogar die Distanz berücksichtigt werden. Allerdings handelt es sich bei Beschaffungsaufträgen mit Holz in der Regel eher um Bauaufträge, bei denen der Transport eine untergeordnete Rolle spielt.

3.5. Bedeutung von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB und Art. 3 VE-VöB

Gemäss den vorerwähnten Überlegungen eröffnet Art. 34 Abs. 4 VE-BöB den öffentlichen Auftraggebern einen recht weiten Ermessensspielraum, im Rahmen von Ausschreibungsverfahren die technischen Spezifikationen so auszugestalten, dass die Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes eine Voraussetzung für die Teilnahme am Verfahren und ein wesentliches Zuschlagskriterium ist. Im Verhältnis von Gesetz und Verordnung obliegt es normhierarchisch jeweils der Verordnung, die allgemeinen Grundsätze des Gesetzes zu konkretisieren. Eine

¹¹⁶ Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000

¹¹⁷ Entscheid 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, E. 4a.

¹¹⁸ Steiner 2006, S. 92.

¹¹⁹ Steiner 2006, Galli/Moser/Lang/Steiner 2013, S. 273 und S.375/376; Zäch 1998, S. 63.

Bestimmung, welche eine solche Konkretisierung von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB vornehmen würde, ist in dem vorliegenden VE-VöB nicht vorgesehen. Im Streitfall würde somit der Richter zu entscheiden haben, was unter natürlichen Ressourcen bzw. unter Umweltschutz zu verstehen ist.

Art. 3 VE-VöB konkretisiert hingegen den bereits erwähnten Begriff der Nachhaltigkeit von Art. 1 VE-BöB: Lediglich recht kurz wird indessen festgelegt, dass die Nachhaltigkeit drei Dimensionen berücksichtigen könne, nämlich die Wirtschaftlichkeit, die Ökologie und Soziales. Diese Konkretisierung ist insbesondere mit Blick auf den Begriff „Soziales“ von Bedeutung, denn ganz offensichtlich will der Schweizer Gesetzgeber die soziale Dimension im öffentlichen Beschaffungsrecht berücksichtigt wissen, im Gegensatz zur internationalen Gemeinschaft, die sich im Rahmen der GPA-Revision nicht auf den Einbezug der sozialen Elemente zu einigen vermochte (vgl. Ziff. 3.2). Die Orientierung der Schweiz kann an den anerkannten sozialen Zielen, insbesondere den arbeitsrechtlichen Normen der Internationalen Arbeitsorganisation, erfolgen.

Im vorliegenden Kontext bleibt es deshalb beim Begriff der Ökologie, der jedoch kaum sehr viel mehr aussagt als der Schutz der natürlichen Ressourcen und der Umweltschutz. Immerhin besteht insoweit die Möglichkeit, die Konkretisierung des Nachhaltigkeitsbegriffs von Art. 73 BV fruchtbar zu machen.

Nach Auffassung des Bundeamtes für Justiz geht es bei Art. 73 BV nicht nur um eine blosser Deklaration oder Auslegungshilfe, sondern die Verfassungsnorm legt eine verbindliche Handlungsanweisung an die Adresse der zuständigen Behörden fest. Diese unmittelbare Verpflichtung der Behörde unterliegt aber einem weiten Ermessensspielraum im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeit, weshalb die „direkte Justiziabilität in der Regel fehlen dürfte“¹²⁰. Art. 73 BV verpflichtet die Behörden dazu, ein Gleichgewicht zwischen Menschen und Natur auf Dauer anzustreben; die Orientierung soll auf die Erneuerungsfähigkeit ausgerichtet sein. Hauptzweck dürfte deshalb die Vermeidung der Übernutzung von knappen Ressourcen sein. Mit Bezug auf die Verwendung von Holz steht zwar nicht in erster Linie die Übernutzung knapper anderer Ressourcen im Vordergrund, sondern die Verwirklichung allgemein sachgerechter Bewirtschaftungsgrundsätze in der Schweiz. Daraus lässt sich aber nicht schliessen, dass der Nachhaltigkeitsgrundsatz keine Rolle spielt.

Selbst wenn die im VE-BöB und im VE-VöB verwendeten Begriffe somit relativ vage sind, lässt sich doch festhalten, dass die Stossrichtung der BöB/VöB-Revision ganz offensichtlich die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien erleichtern bzw. verbessern will.

3.6. Möglichkeiten einer Erweiterung des Schutzbereichs von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB

Art. 34 Abs. 4 VE-BöB spricht, wie erwähnt, die Förderung oder die Erhaltung der natürlichen Ressourcen und des Umweltschutzes an. In Bezug auf die Verwendung von Schweizer Holz steht der Begriff der natürlichen Ressource im Vordergrund. Mit Blick auf eine mögliche Erweiterung des Schutzbereichs sind drei Aspekte besonders zu analysieren, nämlich die Frage des Begriffs der natürlichen Ressourcen an sich, die Frage der Bezugnahme auf Schweizer Produkte und die Erweiterung auf Nachhaltigkeitsaspekte.

¹²⁰ Bundesamt für Justiz, Art. 73 BV, Nachhaltigkeit, Anwendung insbesondere im Bereich des Strassenverkehrs, Gutachten vom 29. Juni 2000, VPB 65.2 (2001) Nr. 2, 33, 39.

(1) Holz ist zweifelsfrei eine natürliche Ressource; wenn es darum geht, die Verwendung von Holz zu stärken, bedarf es keiner (erweiterten) Formulierung des Schutzbereichs.

Im Lichte des Ziels der politischen Vorstösse zur Verwendung von (Schweizer) Holz könnte sich die Frage stellen, inwieweit eine „Verengung“ des Schutzbereichs dienlich sein würde. Holz ist eine im Grundsatz erneuerbare Ressource; die Einfügung des Wortes „erneuerbar“ in den Gesetzeswortlaut („Förderung oder Erhaltung der erneuerbaren natürlichen Ressourcen“) könnte die Verwendung von Holz gegebenenfalls stärken, weil nicht erneuerbare natürliche Ressourcen in einem solchen Fall nicht Gegenstand der technischen Spezifikationen sein würden. Welche natürlichen Ressourcen bei einer entsprechend engeren Formulierung aus dem Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB fallen würden, ist aber nicht ohne weiteres ersichtlich.

Aus den vorerwähnten Gründen scheint es wenig sinnvoll zu sein, den vorgeschlagenen Wortlaut von Art. 34 Abs. 4 VE-BöB durch den Begriff „erneuerbar“ einzuschränken.

(2) Eine weitere Änderungsvariante würde darin bestehen, eine geographische Einschränkung vorzunehmen, und zwar auf die „Förderung oder Erhaltung der natürlichen Schweizer Ressourcen“. Eine solche geographische Einschränkung müsste aber mit dem Diskriminierungsverbot des WTO-Rechts (Inländergleichbehandlung) vereinbar sein, weil das Nachhaltigkeitsziel nicht von der nationalstaatlichen Herkunft, sondern von den entsprechenden natürlichen Ressourcen abhängt. Insofern gelten entsprechend dieselben Überlegungen, die schon im ersten Gutachten vom 23. Juli 2013 zum Ausdruck gebracht worden sind. Zudem könnte eine solche Einschränkung die Berücksichtigung globaler Nachhaltigkeitsaspekte, wie etwa den Klimawandel und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Verwendung von Schweizer Holz, verhindern.

(3) Im Unterschied zu Art. 33 verwendet Art. 34 Abs. 4 VE-BöB nicht den Begriff der Nachhaltigkeit, sondern nur deren Teilaspekte Förderung und Erhaltung der natürlichen Ressourcen sowie den Umweltschutz. Technische Spezifikationen sind im Unterschied zu Zuschlagskriterien Minimalanforderungen, die von allen Anbietern zu erfüllen sind. Ihre Nichterfüllung führt in jedem Fall zur Nichtberücksichtigung des entsprechenden Angebots¹²¹. Entsprechend diesen einschneidenden Auswirkungen auf den Wettbewerb sind die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit und Transparenz bei technischen Spezifikationen gross. Unbestritten ist, dass Kriterien, die als technische Spezifikationen zulässig sind, auch als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen¹²².

Im Zusammenhang mit der Verwendung von Schweizer Holz stellt sich die Frage, wie weit über den Umweltschutz und die Förderung natürlicher Ressourcen hinaus andere Nachhaltigkeitskriterien von Bedeutung sein könnten. Zwar scheint aktuell kein Erweiterungsbedarf ersichtlich, im Hinblick auf die laufende Energiediskussion und aus einer breiteren gesetzgeberischen Optik, die sich nicht nur am konkreten Beispiel der Verwendung von Schweizer Holz orientieren sollte, könnte die Erweiterung der technischen Spezifikationen mit Blick auf Nachhaltigkeitskriterien jedoch sinnvoll sein. Zu begrüssen wäre nicht zuletzt die kohärente Verwendung einheitlicher Begriffe, welche die Auslegung in der Praxis erheblich erleichtern würde.

¹²¹ BVGer B-3526/2013 E. 6.2 mit Verweisen.

¹²² Steiner 2014, S. 170.

3.7. Verhältnis von Art. 33/34 VE-BöB zu Art. 43 VE-BöB

Art. 43 VE-BöB legt fest, dass der öffentliche Auftraggeber dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen hat (Abs. 1). Für weitgehend standardisierte Leistungen kann der Zuschlag lediglich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Abs. 2). Die übrigen in Art. 33/34 VE-BöB erwähnten Zuschlagskriterien sind nicht in Art. 43 VE-BöB aufgenommen.

Schon das GPA 1994 hält in Art. XIII:4 lit.b fest, dass öffentliche Beschaffer die Wahl zwischen dem niedrigsten Preis und dem auf verschiedenen Kriterien abgestützten vorteilhaftesten Angebot haben. Mit Art. 43 Abs. 2 VE-BöB wird der schon unter dem geltenden Recht anerkannte Grundsatz, wonach der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot die Regel, die Beschaffung nach dem niedrigsten Preis die Ausnahme sein soll, bestätigt¹²³. Da es sich beim Begriff „weitgehend standardisierte Leistungen“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, verfügen die Beschaffungsbehörden zudem über einen erheblichen Beurteilungsspielraum¹²⁴. Damit dürfte die Frage, ob im Kontext der öffentlichen Bauten die Sonderanordnung von Art. 43 Abs. 2 VE-BöB eine praktische Bedeutung hat, zu verneinen sein; in aller Regel weisen (öffentliche) Bauten gewisse Individualitätskriterien auf, die es ausschliessen, dass sich von „weitgehend standardisierten Leistungen“ sprechen lässt.

Die Anordnung von Art. 43 Abs. 1 VE-BöB findet sich in sehr ähnlichem Wortlaut bereits im heute geltenden Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BöB. Der Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ bezieht sich indessen nicht allein auf den Preis bzw. das Geld. Vielmehr wird, wie auch der Erläuternde Bericht des EFD zu Art. 43 VE-BöB ausführt (S. 31), das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch ermittelt, dass Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere Kriterien berücksichtigt werden. Der Erläuternde Bericht fährt fort: „Die Berücksichtigung sogenannter Sekundärziele (wie Ressourcen- und Energieeffizienz, Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung) darf jedoch nicht in einer versteckten Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren. Während Anliegen des Umweltschutzes sowie Sozialziele zunehmende Bedeutung in der Vergabep Praxis einnehmen, ist ihr diskriminierendes Potential nicht zu unterschätzen.“

Diese Einschätzung gilt schon für die Auslegung von Art. 21 BöB im geltenden Recht (Vgl. Ziff 2.5.)¹²⁵. Der öffentliche Auftraggeber hat die Zuschlagskriterien vorgängig bekannt zu geben, um dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot zu genügen. Bei einer Vielzahl von Zuschlagskriterien, wie sie schon im geltenden Recht möglich gewesen sind und wie sie künftig noch im erweiterten Ausmass möglich sein werden, hat der Auftraggeber deren Gewichtung als normativen Teil einer Bewertungsmatrix offenzulegen¹²⁶. Nach Auffassung der Lehre sind die öffentlichen Auftraggeber gut beraten, in jedem Fall die gesamte Bewertungsmatrix inkl. Punkteskalen schon zu Beginn des Verfahrens zu publizieren¹²⁷.

Gesamthaft lässt sich somit sagen, dass die Formulierung „wirtschaftlich günstiges Angebot“ auf den ersten Blick zwar stark ökonomieorientiert zu sein scheint, dass aber die Berücksichtigung weiterer Ziele, insbesondere die Beachtung von Sekundärzielen, unbestrittenermassen zulässig ist. Insbeson-

¹²³ Steiner 2014, S. 167.

¹²⁴ Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 11.9.2003, VB.2003.116, E.3b.

¹²⁵ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann 2011, § 19 Rz 86; Steiner 2014, S. 165.

¹²⁶ BVGer B-891/2009, E. 3.1.

¹²⁷ Trüb 2011, Art. 21 N 10; vgl. auch BVGer B-4717/2010, E. 5.3 und E. 6.6.

dere schränkt der Wortlaut von Art. 43 VE-BöB den Kriterienkatalog für den Zuschlag und die technischen Spezifikationen gemäss Art. 33/34 VE-BöB nicht ein, sondern setzt höchstens der Gewichtung von Sekundärzielen gewisse Grenzen.

3.8. Anpassungsbedarf in der IVöB

Das kantonale öffentliche Beschaffungsrecht beruht auf der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), konkretisiert durch die Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB sowie die kantonalen Ausführungsbestimmungen. Die erfolgreiche Revision des GPA ist von der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) sowie der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) zum Anlass genommen worden, die Angleichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen erneut an die Hand zu nehmen. Zwischenzeitlich haben der Bund und die Kantone in intensiver Zusammenarbeit diese inhaltlichen Angleichungen erarbeitet¹²⁸.

Das Ziel dieser Arbeiten besteht darin, die durch die GPA-Revision veranlassten Anpassungen des öffentlichen Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone in formaler und inhaltlicher Weise für beide Regelungsbereiche konsistent umzusetzen. Zugleich sollen die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone soweit als möglich aneinander angeglichen werden. Wie bereits erwähnt¹²⁹, betreffen eine Vielzahl von Anpassungen nicht die im vorliegenden Gutachten zu thematisierende Ausdehnung der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsanliegen.

Mit Blick auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen und den Umweltschutz sind im Kontext der IVöB/VRöB folgende Aspekte beachtenswert: Die Definition des Begriffs „Technische Spezifikationen“ in Art. 2 lit. n E-IVöB entspricht wörtlich der Definition in Art. 2 lit. m VE-BöB, enthält also keinen Hinweis auf Elemente der Nachhaltigkeit oder des Umweltschutzes. Die konkretisierende Ausführungsbestimmung zu den Technischen Spezifikationen (Art. 32 E-IVöB) ist ebenfalls deckungsgleich formuliert zur Bundesregelung (Art. 34 VE-BöB). Insbesondere legt Abs. 4 fest, dass der Auftraggeber „technische Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes“ vorsehen kann; in den Erläuterungen zu Abs. 4 wird ausdrücklich festgehalten, diese Regelung entspreche Art. X:6 GPA. Mit Blick auf die Frage der Anpassung des vorgeschlagenen Wortlautes gelten dieselben Überlegungen, wie sie bereits zu Art. 34 Abs. 4 VE-BöB vorgenommen worden sind.

Auch der Wortlaut zu den Zuschlagskriterien (Art. 31 E-IVöB) weicht nicht vom Wortlaut der vorgeschlagenen Bundesregelung ab (Art. 33 VE-BöB). In der langen Liste der Zuschlagskriterien von Abs. 1 ist auch die Nachhaltigkeit erwähnt; die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung sind in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen transparent zu machen (Abs. 3), was offensichtlich ist und den Vorgaben des GPA entspricht. Mit Blick auf den Aspekt der Anpassung des Wortlautes lässt sich deshalb wiederum auf die schon getätigten Überlegungen verweisen.

Schliesslich entspricht der vorgeschlagene Wortlaut für den Zuschlag (Art. 41 E-IVöB) dem Wortlaut in der unterbreiteten Bundesregelung (Art. 43 VE-BöB). Die knappe, in Abs. 1 gewählte Formulierung, das wirtschaftlich günstigste Angebot erhalte den Zuschlag, bedeutet – wie erwähnt – nicht, dass zwingend das Angebot mit dem niedrigsten Preis gewählt werden muss, ausser wenn es sich um

¹²⁸ Vgl. vorne Ziff. 2.4.

¹²⁹ Vgl. vorne Ziff. 2.4.



weitgehend standardisierte Leistungen (Abs. 2) handelt. Der Begriff „wirtschaftlich günstigste Angebot“ ist weit auszulegen und umfasst auch Elemente der Nachhaltigkeit und des Umweltschutzes (sowie des Sozialschutzes).

4. Vorschläge zur Ergänzung der BÖB- und der IVÖB-Revision

4.1. Weitere Anpassungen des BÖB

a) Anpassung von Art. 31 VE-BÖB (Eignungskriterien)

Art. 31 VE-BÖB beschränkt sich auf eine Erweiterung der in Art. 9 BÖB genannten Eignungskriterien um die allgemeinen in Art. VIII:1 und VIII:2 des revidierten GPA aufgeführten Anforderungen. Damit wird den Vergabebehörden ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt¹³⁰. Im Unterschied zur Vernehmlassungsvorlage von 2008, die in einem Anhang 2 zum Gesetz als mögliche Nachweise zum Eignungskriterium „Nachhaltigkeit“ auch Vorkehrungen zur Gewährleistung der Qualität sowie Umweltmanagementsysteme vorsah, fehlen entsprechende Hinweise zu Art. 31 VE-BÖB.

Im Hinblick auf eine möglichst homogene Umsetzung der Vorgaben des GPA wäre eine Klärung der Anforderungen an nachhaltigkeitsbezogene Eignungskriterien wünschenswert. Das Thema ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil sich in der Praxis schwierige Abgrenzungsfragen zwischen technischen Spezifikationen und Eignungskriterien stellen können¹³¹. Eine Auflistung möglicher Kriterien hätte weder verpflichtenden Charakter für die Auftraggeber, noch würde damit die Berücksichtigung neuer Entwicklungen verhindert. Sie hätte aber den grossen Vorteil, in einem von diversen rechtlichen Unwägbarkeiten behafteten Gebiet grössere Rechtssicherheit zugunsten aller Beteiligten zu schaffen. Im Hinblick auf die Verwendung von Schweizer Holz wären etwa der Nachweis von Qualitäts- und Umweltmanagementsystemen denkbare Eignungskriterien.¹³²

Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit wäre es auch wünschbar, die vom Bundesgericht bestätigte¹³³ Zulässigkeit einer Berücksichtigung der ökologischen Mehreignung in fachlicher Hinsicht oder bezüglich Erfahrung als Zuschlagskriterium ausdrücklich im Gesetz festzuhalten. Konkret geht es darum, dass eine Mehrererfüllung der Mindestanforderungen in den Eignungskriterien als Zuschlagskriterium gewichtet werden darf. Eine solche Ergänzung stünde auch in Einklang mit den Entwicklungen in der EU im Rahmen der neuen Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe¹³⁴.

b) Anpassung von Art. 46 und 47 VE-BÖB (Kriterien für Ausschluss und Widerruf)

Art. 46 VE-BÖB erweitert die im geltenden Art. 11 BÖB genannten Gründe für den Ausschluss vom Verfahren und den Widerruf des Zuschlags in erheblichem Masse. Erwähnt werden neben den bisher geltenden die im revidierten GPA neu eingeführten Ausschluss- und Widerrufsgründe, insbes. die Verletzung der Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption (Art. 46 lit. h VE-BÖB). Weitere Elemente der Nachhaltigkeit werden in Art. 46 lit. g VE-BÖB (Nichtbeachtung der Arbeitsschutzbestimmungen, des Gebots der Lohngleichheit für Mann und Frau) und Art. 46 lit. i VE-BÖB (Verletzung

¹³⁰ So auch das Bundesverwaltungsgericht in konstanter Rechtsprechung, etwa in BVerG B-6082/2011 E. 2.1.4.

¹³¹ Vgl. vorne Ziff. 2.3.

¹³² Bei anderen Produkten wären gegebenenfalls andere Qualitäts- und Eignungskriterien in Betracht zu ziehen.

¹³³ BGE 139 II 489, E.2.2.4.

¹³⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 26. Februar 2014, Art. 67.

der Bestimmungen über die Schwarzarbeit) angesprochen. Art. 47 VE-BöB regelt die Sanktionen für die in Art. 46 erwähnten Tatbestände.

Die bei der Verwendung von Schweizer Holz relevante Einhaltung umweltschutzrechtlicher Bestimmungen fehlt hingegen im Katalog der Ausschlussgründe. Dies ist aus folgenden Gründen problematisch: Während völlig unbestritten ist, dass sich alle Anbieter an schweizerisches Recht, inkl. Umweltrecht, zu halten haben, benötigt die Konsequenz des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen der Verletzung umweltrechtlicher Bestimmungen eine gesetzliche Grundlage. Dies ergibt sich aus Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, wonach wichtige rechtssetzende Bestimmungen, insbesondere über Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein müssen. Diese Grundlage fehlt derzeit auf Bundesebene und würde mit der vorgeschlagenen Formulierung von Art. 46 und 47 VE-BöB auch weiterhin fehlen.

Diese Situation wäre in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend: Im Hinblick auf das Ziel einer kohärenten Rechtsordnung und Rechtsdurchsetzung besteht kein sachlicher Grund, die Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Vergabeverfahren anders zu behandeln als die Verletzung von Nachhaltigkeits- und Umweltrecht. Diese Überlegung wird durch das Lauterkeitsrecht gestützt, wonach die Nichteinhaltung gesetzlicher Standards nicht zu Wettbewerbsvorteilen führen darf¹³⁵. Im Hinblick auf die angestrebte Harmonisierung mit dem kantonalen Beschaffungsrecht im Rahmen der IVöB fehlt schliesslich das entsprechende Signal des Bundes, das eine Angleichung der heute unterschiedlichen kantonalen Regelungen herbeiführen könnte¹³⁶.

4.2. Weitere Anpassungen der VöB

Würden die vorerwähnten Anpassungsvorschläge zu Art. 31 VE-BöB sowie zu Art. 46 und 47 BöB umgesetzt, wären gegebenenfalls zusätzliche Konkretisierungen allgemeiner Begriffe des BöB in der VöB in Erwägung zu ziehen.

4.3. Weitere Anpassungen der IVöB

Die Ausführungen für weitere Anpassungen des BöB gelten sinngemäss auch für die IVöB. Im Lichte der angestrebten Harmonisierung von BöB und IVöB, die schon in den heute vorliegenden Entwurfsfassungen der Rechtsnormen zu jeweils identischen Formulierungen geführt hat, wäre eine deckungsgleiche Anpassung der Eignungs- sowie der Ausschluss- und Widerrufsgünde wünschenswert.

¹³⁵ Vgl. BSK-UWG-Wickihalder, Basel 2013, Art. 7 Rz 3 ff.; allgemein auch Rolf H. Weber und Romana Weber, Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, GRUR Int. 2008, S. 899 ff.

¹³⁶ Verschiedene Kantone sehen bei der Verletzung umweltschutzrechtlicher Bestimmungen heute schon die Möglichkeit eines Ausschlusses vor: Bern (Art. 8 Abs. 1 lit. f Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen), Genf (Art. 42 Abs. 2 lit. d Règlement sur la passation des marchés publics), Solothurn (§ 11 Abs. 1 lit. d Submissionsgesetz), Thurgau (§ 36 Abs. 1 Ziff. 8 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen) Uri (Art. 48 Abs. 1 lit. g Submissionsverordnung) oder Waadt (Art. 32 Abs. 1 lit. f règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics).



4.4. Anpassung anderer Erlasse

Die Realisierung der angesprochenen Vorschläge zur Revision des USG und des WaG¹³⁷ würde die Umsetzung der beschaffungsrechtlichen ökologischen Zielsetzungen fördern und zu einer kohärenten Regelung beitragen.

¹³⁷ Vgl. vorne Ziff. 2.5. d) und e).



5. Bibliographie

- Anderson, Robert D, Arrowsmith, Sue, "The WTO regime on government procurement: past, present and future", in: Anderson, Robert D., Arrowsmith, Sue (Hrsg.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge 2011, S. 3 -58.
- Arrowsmith, Sue, "The Revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", in: Anderson, Robert D., Arrowsmith, Sue (Hrsg.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge 2011, S. 285-336.
- Arrowsmith, Sue, *Government Procurement in the WTO*, Den Haag, 2003.
- Bundesamt für Umwelt (BAFU), „Ressourcenpolitik Holz. Strategien, Ziele und Aktionsplan Holz“, Bundesamt für Umwelt, Bern 2014.
- Bundesamt für Umwelt (BAFU), „Waldpolitik 2020. Visionen, Ziele und Massnahmen für eine nachhaltige Bewirtschaftung des Schweizer Waldes“, Bundesamt für Umwelt, Bern 2013.
- Cottier, Thomas, Holzer, Kateryna, Liechti-McKee, Rahel, Naef, Tobias, „Ökologische Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten: USG-Revision und Spielräume im internationalen Recht“, *Umweltrecht in der Praxis (URP)* 2014, S. 441-462.
- Ehrenzeller, Bernhard, Mastronardi, Philippe, Schweizer, Rainer J. und Vallender, Klaus A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar* (zit.: St. Galler BV-Kommentar), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008.
- Errass, Christoph, „Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts?“, *ZBI* (111) 2010, S. 203-229.
- Griffel, Alain, Rausch Heribert (Hrsg.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz-Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Zürich/Basel/Genf 2011.
- Hauser, Matthias, „Zuschlagskriterien im Submissionsrecht“, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, (12) 2001, S. 1405-1422.
- Hauser, Matthias, „Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht“, *Umweltrecht in der Praxis (URP)*, 2002, S. 339-386.
- Kaufmann, Christine, Weber, Rolf H., „Verwendung Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung“, *Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU)*, 2013.
- Morard, Sébastien, Pfannkuch, Markus, „Die neue EU-Holzhandelsverordnung gilt auch für die Schweiz“, *Die Volkswirtschaft* (12) 2013, S. 48-50.
- Oesch, Matthias, „Entwicklung des Vergaberechts in der Schweiz“, *Die Volkswirtschaft* (3) 2010, S. 24-27.
- Panizzon, Marion, Arnold, Luca, Cottier, Thomas, „Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven“, *Umweltrecht in der Praxis (URP)* 2010, S. 199-247.
- Petitpierre-Sauvain, Anne, „Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse“, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 579-590.



- Reich, Arie, "The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment", *Journal of International Economic Law* 12 (4) 2009, S. 989-1022.
- Rhinow, René, Schmid, Gerhard, Biaggini, Giovanni, Uhlmann, Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011.
- Steiner, Marc, „Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen“, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission (BKB), Aarau 2006.
- Steiner, Marc, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier, zweite Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), Bern 2010.
- Steiner, Marc, „Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven“, in: Jean-Baptiste Zufferey und Hubert Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht*, Zürich 2014, S. 149-176.
- Steiner, Marc, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier, zweite Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB), Bern 2010.
- Trüeb, Hans Rudolf, „Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen“, in: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011, S. 229-339.
- Weber, Rolf H., Menoud, Valérie, „Development Promotion as a Secondary Policy in Public Procurement? An Answer in the Light of the Digital Solidarity Clause“, *Public Procurement Law Review*, (4) 2009, S. 184-200.
- Weber, Rolf H. und Salim Rizvi, „Submissionskartell“, *Jusletter* vom 1. Februar 2010.

Freundliche Grüsse

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann