

Matthias Hauser/Réka Piskóty*

Ökologische öffentliche Beschaffung – Möglichkeiten und Grenzen nach der Total- revision des BöB und der IVöB unter Berücksichtigung des EU-Beschaffungsrechts**

Résumé ———> 808 / Riassunto ———> 810

* Mitverfasserin der Teile Lebenszykluskosten und Innovation, Mitarbeit am gesamten Gutachten.
** Unter Mitarbeit von CHIARA SKIRL, BLaw.

Ökologische öffentliche Beschaffung
– Möglichkeiten und Grenzen nach der Totalrevision des BöB und der IVöB unter
Berücksichtigung des EU-Beschaffungsrechts

I.	Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung	780
II.	Bedeutung des EU-Vergaberechts für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts	781
III.	Zweck und Grundsätze	783
IV.	Sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand	784
V.	Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe	786
VI.	Eignungskriterien	787
VII.	Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien	788
1.	Im Allgemeinen	788
2.	Auf die Transportdistanz bezogene ökologische Zuschlagskriterien	790
VIII.	Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen	792
1.	Allgemeines	792
2.	Berechnungsmethode	793
3.	Interne LCC	795
4.	Berücksichtigung externer Umweltkosten	795
IX.	Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen	797
X.	Zertifizierungen	799
XI.	Labels	799
XII.	Innovation	800
	Anhang	802

Zusammenfassung

Die Stärkung der Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen war dem schweizerischen Gesetzgeber bei der Revision des BöB und den Kantonen bei der Revision der IVöB wie bereits den Vertragsstaaten bei der Revision des WTO-Beschaffungsübereinkommens und der EU bei der Anpassung ihrer Vergaberichtlinien ein zentrales Anliegen. Dies aus der Erkenntnis, dass dem öffentlichen Beschaffungswesen nicht nur für den von der öffentlichen Hand direkt beschafften Anteil an Gütern und Dienstleistungen, sondern darüber hinaus auch im Sinne einer Vorbildfunktion eine erhebliche Bedeutung für die nachhaltige Entwicklung zukommt. Der damit verbundene *Paradigmenwechsel* hin zu einer bewusst nachhaltig ausgerichteten Beschaffung fand und findet primär in den Köpfen der beteiligten Akteure – insbesondere der gesetzgebenden Instanzen, der öffentlichen Auftraggeberinnen sowie der Vergabepraktikerinnen und -praktikern – statt. Denn rechtlich zulässig war die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen bei der öffentlichen Beschaffung bereits bisher in sehr weit gehendem Umfang.

Mit der aktuellen Revision wurden im BöB bzw. in der IVöB nur wenige verbindliche Vorschriften zugunsten der Nachhaltigkeit neu aufgenommen; dazu gehört namentlich die Erweiterung der sozial- und umweltrechtlichen Mindeststandards, die als Teilnahmebedingungen zwingend einzuhalten sind. Darüber hinaus ist wesentlich, dass dem Gesetzeszweck nun ein Auftrag zur Beachtung der Nachhaltigkeit zu entnehmen ist. Nachhaltigkeit wird nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr unter den Generalverdacht eines unzulässigen Handelshemmnisses oder der Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen gestellt, sondern ihre grundsätzliche Vereinbarkeit mit den Zielsetzungen eines fairen Wettbewerbs ist anerkannt. Unsicherheiten, die sich unter dem bisherigen Vergaberecht (unnötigerweise) hartnäckig gehalten haben, etwa betreffend die Zulässigkeit technischer Spezifikationen, die sich auf die Umweltauswirkungen bei der Herstellung des Beschaffungsgegenstands beziehen, wurden ausgeräumt. Das rechtliche Instrumentarium zur Umsetzung von Nachhaltigkeitsanforderungen wird etwas erweitert, etwa in Bezug auf die Subunternehmen. Allerdings ist weiterhin darauf zu achten, dass die Vergabeanforderungen so ausgestaltet werden, dass sie tatsächlich im Dienste der Nachhaltigkeit stehen. Das Gesetz lässt weiterhin keinen verkappten Protektionismus zu, der unter einem Deckmäntelchen der Ökologie daherkommt.

Die EU ist der Schweiz in Bezug auf den rechtlichen Rahmen für eine nachhaltige Beschaffung Jahre voraus. Nachdem wegweisende Urteile des EuGH in mancher Hinsicht Klarheit geschaffen und den Rahmen für die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Nachhaltigkeitsziele abgesteckt hatten, wurde diese Rechtsprechung 2014 weitgehend in die Vergaberichtlinien überführt und ergänzt. Dabei wurden verschiedene Fragen sehr eingehend geregelt. Das EU-Vergaberecht enthält insbesondere detaillierte Regelungen über Zertifikate, Labels, Lebenszykluskosten, Ausführungsbedingungen und über den erforderlichen sachlichen Bezug von Vergabekriterien zum Beschaffungsgegenstand. Von diesen ausführlichen Regelungen kann auch die schweizerische Vergabepaxis profitieren, setzt doch das EU-Vergaberecht genauso wie das schweizerische das

WTO-Beschaffungsübereinkommen um und hat sich doch der schweizerische Gesetzgeber in Bezug auf die nachhaltige Beschaffung teils direkt an die Lösungen in der EU angelehnt.

Da der schweizerische Gesetzgeber nur wenige direkt anwendbare Pflichten in Bezug auf die nachhaltige Beschaffung festgesetzt hat, liegt es zu einem wesentlichen Teil in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeberinnen und ihrer Vergabestellen, die Nachhaltigkeitsziele im Beschaffungsrecht ernsthaft umsetzen. Dies ist eine anspruchsvolle Aufgabe, die Know-how voraussetzt und mit Aufwand verbunden ist. Auch gilt es, in der Beschaffungsstrategie entsprechende Ziele festzulegen und für ihre Umsetzung zu sorgen.

I. Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung

Die Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Zielen bei der öffentlichen Beschaffung hatte in der Schweiz unter dem bisherigen Beschaffungsrecht einen eher schweren Stand. Einer der Gründe dafür lag in der verbreiteten Befürchtung, gegen die im nationalen und internationalen Beschaffungsrecht verankerten Wettbewerbsgrundsätze zu verstossen. Auf Bundesebene sind am 1. Januar 2021 das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019¹ und die ebenfalls totalrevidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 12. Februar 2020² in Kraft getreten. Der neue Zweckartikel des BöB bringt zum Ausdruck, dass das Parlament eine Änderung in der Beschaffungskultur anstrebte: weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb. Die Berücksichtigung der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit – soziale Gerechtigkeit, Schutz der Umwelt unter Berücksichtigung der Belastbarkeitsgrenzen sowie Wirtschaftlichkeit – ist dabei ein wesentlicher Bestandteil des Qualitätsverständnisses.

Auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB)³ wurde weitgehend in Übereinstimmung mit dem BöB revidiert. Da die Regelungen der neuen IVöB wesentlich umfassender sind als die bisherigen, kann sie kantonale Regelungen in einem weiten Umfang ablösen. Damit erfolgt eine recht weitgehende Rechtsharmonisierung zwischen dem Bund und den Kantonen. Die Bestimmungen der IVöB sind weitgehend identisch mit jenen des BöB, weshalb sie im Folgenden nicht eigens erwähnt werden, ausser wo ausnahmsweise inhaltliche Unterschiede bestehen. Bis im November 2021 haben die Kantone Aargau und Appenzell Innerrhoden ihren Beitritt erklärt, womit die IVöB in Kraft getreten ist, allerdings erst mit Wirkung für diese beiden Kantone. Die meisten anderen Kantone dürften ab 2022 folgen.⁴ Bis zum jeweiligen Beitritt gilt in den Kantonen die bisherige Fassung der IVöB weiter.

Mit der Revision des BöB hat die Schweiz auch das revidierte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012⁵ (Govern-

1 SR 172.056.1.

2 SR 172.056.11.

3 <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019>.

4 Ein Sonderfall ist der Kanton Bern, welcher der revidierten IVöB nur unter Vorbehalt beitreten will und andernfalls die revidierte IVöB mit wenigen Ausnahmen zum ergänzenden kantonalen Recht erklärt.

5 SR 0.632.231.422; auch WTO-Beschaffungsübereinkommen.

ment Procurement Agreement; GPA 2012) der World Trade Organization (WTO) formell ratifiziert. Auch dieses anerkennt, dass die Nachhaltigkeit ein wichtiges Thema der öffentlichen Beschaffung ist⁶.

In der EU hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits früh wichtige Entscheide zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte in der öffentlichen Beschaffung gefällt. Mit den im Jahr 2014 verabschiedeten Richtlinien 2014/24/EU (VRL)⁷ und 2014/25/EU (SRL)⁸ hat die EU einen Referenzrahmen für die Mitgliedstaaten der EU gelegt, welcher die nachhaltige Beschaffung begünstigt und in verschiedenen Punkten detaillierter regelt. Die EU-Richtlinien werden nun seit mehreren Jahren in den Mitgliedstaaten umgesetzt. Ausserdem besteht zu Themen der Nachhaltigkeit im Beschaffungsrecht eine wegweisende Rechtsprechung des EuGH, welche der Schweiz zusammen mit den Regelungen der Richtlinien und den Stellungnahmen in der Literatur bei der Umsetzung des neuen BöB als Richtschnur dienen können.

Dieser Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten vom 26. April 2021 zu Händen des BAFU, Abt. Ökonomie, Innovation und Bildung⁹, in welchem der Autor und die Autorin die Rechtslage in der EU zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung (sustainable public procurement) analysiert haben. Unter Berücksichtigung der daraus gewonnenen Erkenntnisse haben sie den Spielraum für die Umsetzung von Nachhaltigkeitszielen im totalrevidierten Beschaffungsrecht der Schweiz ausgelotet und die zu beachtenden Rahmenbedingungen dargelegt. Dabei wurden alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit berücksichtigt – die wirtschaftliche Dimension allerdings nur, soweit sie – etwa im Bereich der Lebenszykluskostenrechnung und der Innovation – Überschneidungen mit der ökologischen oder der sozialen Dimension aufweist. Der vorliegende Beitrag fasst die im Rechtsgutachten aufgezeigten Möglichkeiten zur Verfolgung von ökologischen Zielen bei der öffentlichen Beschaffung in der Schweiz zusammen und zeigt die entsprechenden Grenzen auf. Nähere Ausführungen und weitere Hinweise finden sich im Gutachten. Nur am Rande kann hier auf Aspekte der sozialen und wirtschaftlichen Nachhaltigkeit eingegangen werden; für diese wird ebenfalls auf das Gutachten verwiesen.

II. Bedeutung des EU-Vergaberechts für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts

Das moderne Beschaffungsrecht der Schweiz beruht seit dem Erlass des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB)¹⁰ und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994¹¹ wesentlich auf der Umsetzung internationaler Abkommen, na-

6 Namentlich Art. X:6 und X:9 GPA.

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

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

9 Gutachten Nachhaltige öffentliche Beschaffung, Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU mit dem neuen BöB und der neuen VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung, <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html>.

10 Nicht mehr in Kraft; siehe SR 172.056.1 > Navigationspunkt Revisionen.

11 Abrufbar auf www.bpuk.ch.

mentlich des WTO-Beschaffungsübereinkommens (zunächst vom 15. April 1994, neuerdings in der revidierten Fassung vom 30. März 2012). Später kam das Bilaterale Beschaffungsübereinkommen mit der EU¹² dazu. Von da her scheint es naheliegend, bei der Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts sowohl die Bestimmungen der Staatsverträge selbst als auch deren Umsetzung durch die EU sowie die diesbezügliche Rechtsprechung zu berücksichtigen. Hierfür spricht auch, dass die sachliche Problemlage oft eine ähnliche ist. Entsprechend haben die schweizerischen Gerichte für die Auslegung des schweizerischen Beschaffungsrechts immer wieder auch das entsprechende EU-Recht einbezogen.¹³

Gerade in Bezug auf die Stärkung der Möglichkeit, die öffentliche Auftragsvergabe zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen und deshalb ökologische, soziale und beschäftigungspolitische Kriterien zu berücksichtigen, lehnte sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Totalrevision des BöB an das EU-Recht an.¹⁴ Dementsprechend ist das EU-Vergaberecht bei der Auslegung des BöB, der VöB und auch der IVöB zu berücksichtigen,¹⁵ namentlich dort, wo im EU-Vergaberecht gleiche oder ähnliche Grundsätze gelten wie im schweizerischen Beschaffungsrecht oder wo es ebenfalls das GPA umsetzt. Allerdings ist zu beachten, dass die grössere Offenheit der schweizerischen Regelung unter Umständen einen weiteren Spielraum bei der Umsetzung der Grundsätze und der staatsvertraglichen Vorgaben öffnet. Ein vergleichsweise grösserer Spielraum kann sich im Beschaffungsrecht der Schweiz auch daraus ergeben, dass die EU im zwischenstaatlichen Verhältnis im Rahmen ihres Binnenmarktes eine stärkere Marktintegration anstrebt als das WTO-Beschaffungsübereinkommen.¹⁶

Die EU hat der öffentlichen Auftragsvergabe als marktwirtschaftliches Instrument bei der Umsetzung der Strategie «Europa 2020» eine Schlüsselrolle u. a. für nachhaltiges Wachstum und die Förderung einer ressourcenschonenden, umweltfreundlicheren und wettbewerbsfähigeren Wirtschaft zugewiesen.¹⁷ Dies setzte sie mit der Revision ihres Vergaberechts im Jahr 2014 um, nachdem zuvor das WTO-Beschaffungsübereinkommen revidiert und dabei die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten besser verankert und geklärt worden war.¹⁸ Das EU-Vergaberecht ist wesentlich ausführlicher als das schweizerische und enthält insbesondere detaillierte Regelungen über Zertifikate, Labels und Lebenszykluskosten, Ausführungsbedingungen sowie über den erforderlichen sachlichen Bezug von Vergabekriterien zum Beschaffungsgegenstand.

12 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68)

13 So: BGE 145 II 49 E. 4.4.3; BGE 142 II 369 E. 3.2, 3.3.3.1, 3.4.1; BGE 143 II 425 E. 4.5; BGE 139 II 489 E. 2.2.3; VerwGr ZH VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 3.5; siehe dazu: BIAGGINI, Rz. 178.

14 BBl 2017 1851, S. 1880 f.

15 So hält SAXER, Handkommentar, Einführung, N. 28, fest, dass neben dem globalen auch «der europäische Rechtsrahmen eine Rolle spielt».

16 Näheres dazu HAUSER/PISKÓTY, Rz. 89 ff.

17 Europäische Kommission, Strategie Europa 2020, S. 12.

18 Koch, WTO Law, S. 112, 115.

III. Zweck und Grundsätze

Der Zweckartikel des BöB (Art. 2 Bst. a) verankert die Nachhaltigkeit ausdrücklich als ein Ziel der öffentlichen Beschaffung und nennt sie auf gleicher Stufe wie die wirtschaftlichen Aspekte. Darin drückt sich deutlich aus, dass es dem Gesetzgeber ein wichtiges Anliegen war, das Beschaffungswesen in die Strategie einer nachhaltigen Entwicklung einzubinden.¹⁹ Die Nachhaltigkeit umfasst wirtschaftliche (volkswirtschaftliche), ökologische und soziale Aspekte. Weiterhin bezweckt das Gesetz den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, die Transparenz des Vergabeverfahrens, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen sowie die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen. Diese Zwecke sind auch im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen in öffentlichen Beschaffungen zu beachten.²⁰ Nachhaltigkeitsaspekte dürfen namentlich nicht dazu missbraucht werden, ortsfremde oder ausländische Anbieterinnen zu diskriminieren.²¹ Wo die verschiedenen Ziele zueinander in Konkurrenz bzw. in einen Zielkonflikt treten, ist dieser durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen.²²

Trotz einer markanten Stärkung der Nachhaltigkeitsziele hat das neue schweizerische Vergaberecht nur wenige konkrete Pflichten zu deren Berücksichtigung eingeführt. Zwingend sind die Einhaltung der Bestimmungen über den Umweltschutz sowie gewisser internationaler Umweltabkommen. Im Übrigen liegt es in der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeberinnen und ihrer Vergabestellen, in welchem Umfang und auf welche Weise sie ökologische Zielsetzungen im Beschaffungsrecht umsetzen. Beschaffungsstrategien²³, Weisungen, Empfehlungen²⁴ und Handbücher der Gemeinwesen bzw. ihrer Vergabestellen, aber auch unabhängige Standards können dazu beitragen, einen fundierten Rahmen zu setzen, die Beschaffungsstrategie mit der Nachhaltigkeitsstrategie eines Gemeinwesens zu verbinden und die vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Förderung der Nachhaltigkeit wirksam zu nutzen. Im Baubereich gibt die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) Empfehlungen ab, wie wirtschaftliche, umweltrelevante und gesellschaftliche Aspekte vom Standortentscheid über die Projektentwicklung bis hin zur Ausführung und zum Betrieb eines Gebäudes mitberücksichtigt werden können.²⁵

Der Vergabestelle kommt generell ein grosses Ermessen bei der Festlegung der Vergabeanforderungen (dazu gehören die Umschreibung des Beschaf-

19 Vgl. BBl 2017 1851, S. 1885; Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019, S. 12, 51; entsprechend auch die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030, S. 39 f.

20 BBl 2017 1851, S. 1867.

21 GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 843; HAUSER, Umweltaspekte, S. 379 f.; vgl. BGER 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b/c = URP 2000, S. 613; BBl 2017 1851, S. 1885 f.

22 BBl 2017 1851, S. 1884; DE ROSSA GISIMUNDO, S. 168; STEINER, Soziale Aspekte, S. 25 ff.; TRÜEB, Handkommentar, Art. 2 N. 41.

23 Z. B. hält die Beschaffungspolitik des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 7. März 2018 als einen von mehreren Grundsätzen fest: «Der Kanton Zürich stellt sicher, dass bei den Beschaffungen ökologische Ziele berücksichtigt werden, die den ganzen Lebenszyklus der einzelnen Güter, Bauleistungen und Dienstleistungen abdecken (Beschaffung, Betrieb, Entsorgung). Damit sollen Ressourcen- und Energieflüsse wie auch schädliche Emissionen in die Umwelt vermindert und tief gehalten werden. Stoffkreisläufe sind möglichst zu schliessen.»

24 Vgl. z. B. Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes, hrsg. Geschäftsstelle der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB, Juni 2021, Download auf <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/nachhaltige-beschaffung.html> (besucht am 2.1.2022).

25 Siehe <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/nachhaltiges-bauen.html>.

fungsgegenstands inkl. der technischen Spezifikationen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien) zu. Dies gilt selbstverständlich auch bei der Auswahl der zu berücksichtigenden ökologischen Aspekte. Es ist jedoch nicht zulässig, in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne Umweltaspekte herauszugreifen, die ökologisch untergeordnet sind und sich spezifisch zum Nachteil bestimmter, namentlich ortsfremder Anbieterinnen auswirken, während andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht gelassen werden.²⁶ Zulässig ist es jedoch, die Berücksichtigung von Umweltauswirkungen auf einzelne besonders relevante Auswirkungen zu beschränken. Im Auftrag des BAFU, Abt. Ökonomie und Innovation, wurde eine Relevanzmatrix als Orientierungshilfe für Beschaffende und Bedarfsstellen erarbeitet, welche auf übersichtliche Weise hilft, für konkrete Produkte die jeweils wichtigen ökologischen und sozialen Kriterien zu eruieren und in das Beschaffungsverfahren einzubringen.²⁷

IV. Sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand

Umweltkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Leistung haben, die beschafft werden soll. Dies gilt sowohl für technische Spezifikationen als auch für Zuschlags- und Eignungskriterien.²⁸ Diese Voraussetzung wurde für die EU schon früh durch die Rechtsprechung des EuGH verlangt. In den Entscheiden Max Havelaar, Concordia und Wienstrom hielt der EuGH fest, dass Zuschlagskriterien einen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen, dieser aber nicht einen rein wirtschaftlichen Vorteil des Angebots widerspiegeln muss. Als zulässig beurteilte der EuGH dementsprechend die biologische Produktion als technische Spezifikation für Nahrungsmittel, die Berücksichtigung von Stickoxid- sowie Lärmemissionen als Zuschlagskriterien bei der Beschaffung von Bussen sowie die Produktion aus erneuerbaren Energieträgern als Anforderung bei der Strombeschaffung.²⁹ Letzteres ist bemerkenswert, weil bei einer Stromlieferung aus einem öffentlichen Netz technisch nicht festgestellt werden kann, welcher Energiequelle diese zuzuordnen ist.³⁰ Somit müssen sich ökologische Zuschlagskriterien nicht zwingend auf innere (physische) Eigenschaften des beschafften Produkts beziehen, sondern können auch ideelle Produkteigenschaften zum Gegenstand haben, die sich aus dessen Herstellung ergeben.³¹

Die EU hat diese Rechtsprechung in die Vergaberichtlinien überführt, welche die Verbindung zum Auftragsgegenstand sowohl für die Eignungskriterien als auch für die technischen Spezifikationen, die Zuschlagskriterien sowie

26 HAUSER, Umweltaspekte, S. 379 f.; vgl. BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b/c = URP 2000, S. 613.

27 Relevanzmatrix – Orientierungshilfe für Beschaffende und Bedarfsstellen, Stand April 2021, <https://www.woeb.swiss/dokumente/relevanzmatrix-orientierungshilfe-fuer-beschaffende-und-bedarfsstellen-45> (besucht am 2.1.2022).

28 BBl 2017 1851, S. 1885 f.; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 6. KOCH, WTO Law, S. 142 f., 194 und 200, weist darauf hin, dass das BöB und die IVöB den sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand nicht ausdrücklich verlangen und dass Art. X:6 GPA zwar einen Bezug ökologischer technischer Spezifikationen zu den damit verfolgten Umweltzielen verlangt, nicht jedoch einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand. Es sei deshalb nicht klar, inwieweit die Beschaffungsstellen durch dieses Erfordernis gebunden seien.

29 EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 61 (technische Spezifikationen), 89 ff. (Zuschlagskriterien), Urteil Concordia, Rn. 55, 57; EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 32–34, 66.

30 KROHN, S. 94 f.

31 BEYELER, Kaffee, S. 263.

die Ausführungsbedingungen voraussetzen und sie für die Zuschlagskriterien in Art. 67 Abs. 3 VRL näher regeln.³² Hier wird explizit festgehalten, dass der sachliche Bezug auch zum Herstellungsprozess oder zu einem anderen «Lebenszyklus-Stadium» bestehen kann, und zwar «auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken». Nachhaltigkeitsbezogene Kriterien dürfen sich ausdrücklich «in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium» auf die zu beschaffende Leistung beziehen. Nach der in der EU geltenden Legaldefinition bezeichnet «Lebenszyklus» alle Stadien, die ein Produkt während seiner Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder der Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Der Lebenszyklus umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und die damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung.³³ Dieses weite Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand ist grundsätzlich auch für die Schweiz massgebend.

Das EU-Recht unterscheidet bei der Leistungsumschreibung zwischen den technischen Spezifikationen (Art. 42 VRL) und den Ausführungsbedingungen (Art. 70 VRL) und lässt im Gefolge der Max Havelaar-Rechtsprechung³⁴ gewisse herstellungsbezogene Aspekte nicht als technische Spezifikationen, sondern ausschliesslich als Ausführungsbedingungen zu bzw. qualifiziert diese Anforderungen als Ausführungsbedingungen.³⁵ Diese Differenzierung ist für das schweizerische Recht, das keine separate Regelung der Ausführungsbedingungen kennt, nicht entscheidend. Herstellungsbezogene ökologische Aspekte sind hier sowohl als Zuschlagskriterien wie auch als Elemente der Leistungsbeschreibung zulässig.³⁶

Ökologische Aspekte können sich nicht nur auf *materielle Eigenschaften* der beschafften Leistung beziehen (z. B. energiesparende Fahrzeuge), sondern auch auf deren *Herstellung* – und dies selbst dann, wenn sie im Produkt nicht sichtbar sind (Fairtrade-Produkte, biologische Produktion von Nahrungsmitteln, Strom aus erneuerbaren Energiequellen). Sie können sich auf jede Phase des Lebenszyklus der beschafften Leistung erstrecken, müssen aber zu dieser einen Bezug aufweisen.³⁷

Anforderungen, die sich nicht spezifisch auf die Herstellung der beschafften Leistung beziehen, sondern auf das *Verhalten des Unternehmens insgesamt* (auf die allgemeine Unternehmenspolicy), waren unter dem bisherigen Beschaffungsrecht nach überwiegender Meinung unzulässig.³⁸ Man ging davon aus, dass

32 Siehe auch Art. 42 Abs. 1 Uabs. 2, Art. 58 und Art. 70 VRL.

33 Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL; ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-177, S. 745.

34 EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 73 ff.

35 Demgegenüber postuliert ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7-172, ein einheitliches Verständnis der Verbindung zum Beschaffungsgegenstand.

36 KOCH, WTO Law, S. 200; LOCHER / OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N. 25; OECHSLIN / LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N. 25.

37 Vgl. BBl 2017 1851, S. 1885.

38 STEINER, Soziale Aspekte, S. 39 f., 59 ff.; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 60. BEYELER, Kaffee, S. 264, betrachtete unternehmensweite Massnahmen als zulässiges Kriterium, wenn eine sozialverträgliche und umweltgerechte Leistungserbringung ausnahmsweise nur mit solchen möglich ist und sie zu diesem Zweck nötig erscheinen. Zur Unzulässigkeit im EU-Recht: Erwägungsgründe (ErwGr.) 97, 104 VRL; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N. 46; kritisch hierzu: SEMPLE, Guide, Rz. 7.47 ff.

sie einen ungenügenden sachlichen Bezug zur beschafften Leistung aufweisen. Beispiele demnach unzulässiger Kriterien waren ein allgemeines Engagement des Unternehmens in sozialer und ökologischer Hinsicht, die Beschäftigung einer Quote von Langzeitarbeitslosen im gesamten Unternehmen (also losgelöst von der Produktion der beschafften Leistung).³⁹ Hingegen gibt es heute unter dem neuen BöB gute Gründe, solche Anforderungen insoweit als zulässig zu betrachten, als sie sich nur schwer von den Herstellungsbedingungen der beschafften Leistung trennen lassen, wie etwa menschenwürdige und faire Arbeitsbedingungen, die Beachtung der Menschenrechte und grundlegende umweltrelevante Verhaltensweisen. Für die Zulässigkeit solcher Kriterien sind u. E. keine höheren Anforderungen zu stellen als bei anderen qualitativen Kriterien (z. B. Qualitätsmanagementsystem), die sich ebenfalls auf das Unternehmen insgesamt beziehen. Für die Zulässigkeit sprechen auch die Ausführungen in der Botschaft zum BöB, wonach die Beschaffung von Fairtrade-Produkten möglich sein soll.⁴⁰ Solche setzen oft die Einhaltung von gewissen unternehmensweit geltenden Anforderungen voraus, wie dies beispielsweise bei dem in der Schweiz sehr verbreiteten Label Max Havelaar der Fall ist.⁴¹

Unzulässig sind jedoch, wie es der EuGH für die EU im Urteil Wienstrom entschieden hat, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen, die sich auf das Verhalten des Unternehmens *ausserhalb des Beschaffungsgegenstands* beziehen, etwa ob ein Elektrizitätsproduzent die Elektrizität, die er *anderen* Kunden liefert, ebenfalls aus erneuerbarer Energie herstellt.⁴² Nicht zulässig ist es auch, ein Umweltmanagementzertifikat generell für sämtliche und nicht nur für umweltsensitive Aufträge vorauszusetzen oder zu verlangen, dass das Produktsortiment der Anbieterin ausschliesslich Bio-Produkte umfasst.⁴³

V. Teilnahmebedingungen und Ausschlussgründe

Unter Teilnahmebedingungen sind Grundvoraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu verstehen, die für alle Anbieterinnen zwingend gelten. Anders als Eignungskriterien gelten sie unabhängig vom konkreten Beschaffungsgegenstand.⁴⁴ Werden sie nicht eingehalten, schliesst die Auftraggeberin die Anbieterin grundsätzlich aus dem Vergabeverfahren aus oder widerruft den Zuschlag.⁴⁵ Auch Subunternehmerinnen müssen die Teilnahmebedingungen einhalten, was von der Auftraggeberin sicherzustellen ist.⁴⁶ In Bezug auf den Umweltschutz setzt eine Auftragsvergabe nach Art. 12 Abs. 3 BöB voraus, dass die Anbieterin mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Umweltschutz und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhält. Bei Leistungen, die im Inland zu erbringen sind, gehören dazu die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden,

39 INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 70 N. 5; vgl. Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAMPERT, § 31 VgV N. 68.

40 BBl 2017 1851, S. 1943; Näheres dazu siehe HAUSER / PISKÓTY, Kapitel IV.C.5, insb. Rz. 167 ff.

41 Vgl. DE ROSSA / DAVID, Rz. 30, mit Verweis auf SEMPLE, Link, S. 73 f.

42 EuGH, Urteil Wienstrom, Tenor und Rn. 32–34, 66, 71 f.

43 Vgl. für Fairtrade-Produkte: STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 7.

44 BGE 143 I 177 E. 2.3; KUNZ-NOTTER, Handkommentar, Art. 12 N. 2; Wyss, Handkommentar, Art. 26 N. 3.

45 Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB.

46 Art. 12 Abs. 4 BöB.

sind gemäss Art. 4 Abs. 3 VöB das am Ort der Leistung geltende Umweltrecht sowie die Übereinkommen gemäss Anhang 2 zur VöB massgebend.

Ähnliche Regelungen kennt auch das EU-Recht. Gemäss Art. 18 Abs. 2 VRL müssen Anbieterinnen die umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X zur VRL aufgeführten internationalen Vorschriften festgelegt worden sind. Die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen in Anwendung von Art. 56 Abs. 1 Uabs. 2 VRL erfolgt in den relevanten Phasen des Vergabeverfahrens.

VI. Eignungskriterien

Eignungskriterien sollen sicherstellen, dass alle Anbieterinnen über die für die Ausführung des Auftrags nötigen Fähigkeiten verfügen. Sie können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterinnen betreffen und sind in den Ausschreibungsunterlagen abschliessend festzulegen.⁴⁷ Sie müssen im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein, weshalb sie auftragsspezifisch definiert werden müssen.⁴⁸ Dabei kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu.⁴⁹ Aus der Voraussetzung der Erforderlichkeit bzw. dem Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV folgt, dass die Eignungskriterien den Kreis der möglichen Anbieterinnen nur soweit einschränken dürfen, wie dies mit Blick auf den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist.⁵⁰

Nachhaltigkeits- oder Umweltschutzkriterien sind im Gesetzestext nicht ausdrücklich als mögliche Eignungskriterien erwähnt. Der vorn erwähnte sachliche Bezug zum Leistungsgegenstand ist auch für Eignungskriterien vorausgesetzt. Unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts erscheinen bei Leistungen mit erheblicher Auswirkungen auf die Umwelt beispielsweise folgende Eignungskriterien als zulässig: entsprechendes Know-how bzw. spezielle technische Kompetenz, Ausbildung und fachliche Qualifikation des Personals, Erfahrung, Referenzaufträge und Referenzauskünfte, Zertifizierungen (z. B. als Entsorgungsbetrieb für Aufträge zur Abfallbewirtschaftung), eine geeignete Organisation und Abläufe, ein Umweltmanagementsystem, die erforderliche Infrastruktur und technische Ausrüstung sowie eine für die Abdeckung allfälliger Umweltschäden ausreichende Schadensversicherungen; bei komplexeren Aufträgen u.U. auch eine Auftragsanalyse.⁵¹

Die Verfügbarkeit eines Standorts in einer gewissen maximalen Distanz bzw. die Länge des Transport- oder Anfahrtswegs ist als ökologisch motiviertes Eignungskriterium im Sinne der technischen oder organisatorischen Leistungsfähigkeit aufgrund der distanzdiskriminierenden Wirkung nur in besonders gelagerten Fällen zulässig.⁵² Sollen wesentliche Umweltauswirkungen der Transporte

47 Art. 27 BöB.

48 BBl 2017 1851, S. 1941; Wyss, Handkommentar, Art. 27 N. 4, 9 f.

49 BGE 141 II 14 E. 7.1.

50 Vgl. BVE 2010/58 E. 6.3; Wyss, Handkommentar, Art. 27 N. 9.

51 HAUSER, Umweltaspekte, S. 355 ff.; vgl. auch STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 6; KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 41.

52 WEBER / KOCH, Rz. 56.

berücksichtigt werden, so sind die Zuschlagskriterien in der Regel das richtige Instrument dafür.⁵³

Nicht zulässig ist das Eignungskriterium eines Umweltmanagementsystems für Aufträge ohne wesentliche Umweltauswirkung. Nach dem Max Havelaar-Urteil sind sodann Eignungskriterien unzulässig, die nicht in einem konkreten Zusammenhang mit der nachgefragten Leistung stehen, sondern nur die allgemeine Geschäftspolitik der Anbieterinnen betreffen. Beispielsweise darf die öffentliche Auftraggeberin nicht verlangen, dass die Anbieterinnen ausschliesslich Produkte aus fairem Handel im Sortiment führen oder alle Kunden nur mit Strom aus erneuerbaren Energieproduktion beliefern.⁵⁴

VII. Zuschlagsregel und Zuschlagskriterien

1. Im Allgemeinen

Um für den Zuschlag in Frage zu kommen, müssen die Angebote zunächst alle zwingenden formellen Anforderungen erfüllen, der Leistungsbeschreibung entsprechen und von Anbieterinnen stammen, die sowohl die Teilnahmebedingungen als auch die Eignungskriterien erfüllen. Als *Zuschlagsregel* wird hier die gesetzliche Vorschrift darüber bezeichnet, wie unter diesen Angeboten die Auswahl getroffen wird. Das Ergebnis dieser Auswahl wird als *Zuschlag* bezeichnet. Die einzelnen Gesichtspunkte, die bei der Auswahl berücksichtigt werden, sind die *Zuschlagskriterien*.

Die in Art. 41 BÖB neu formulierte Regel des Zuschlags an das «vorteilhafteste Angebot» entspricht grundsätzlich der bisher geltenden Regel des Zuschlags an das «wirtschaftlich günstigste Angebot», will aber die Qualitätsaspekte hervorheben.⁵⁵ Die Bewertung erfolgt anhand der Zuschlagskriterien, die gemäss Art. 29 BÖB festzulegen sind. Diese Bestimmung enthält eine beispielhafte und somit nicht abschliessende Aufzählung von Zuschlagskriterien, die neben Preis und Qualität berücksichtigt werden können. Das nun ausdrücklich im Gesetz verankerte *Zuschlagskriterium der «Nachhaltigkeit»*⁵⁶ erstreckt sich auf die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Zur Dimension Ökologie gehören die Umweltverträglichkeit sowie die Ressourcenschonung und -effizienz. Als Zuschlagskriterien in Betracht kommen etwa Treibhausgasemissionen, Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luft- und Lärmbelastungen, Energie- und Wasserverbrauch, Auswirkungen auf die Biodiversität, Verwendung erneuerbarer, rezyklierter oder kreislauffähiger Produkte, Ressourcenverbrauch und hohe Nutzungsdauer. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Zum Einbezug von internen und externen Umweltkosten im Rahmen der Lebenszykluskosten siehe das folgende Kapitel VIII.

Die Zuschlagskriterien müssen mitsamt ihrer jeweiligen Gewichtung von der Auftraggeberin festgelegt und in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden (Art. 36 Bst. d BÖB). Sie müssen sich

53 Siehe dazu Kapitel VII.2.

54 EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 106 ff.

55 MÜLLER, Handkommentar, Art. 41 N. 19.

56 Das bisherige Recht kannte stattdessen in Art. 21 aBÖB das Zuschlagskriterium der Umweltverträglichkeit.

grundsätzlich sowohl auf den Preis als auch auf die Qualität und weitere Aspekte beziehen. Die eingegangenen Angebote werden in Bezug auf jedes einzelne Zuschlagskriterium und gegebenenfalls Unterkriterium geprüft und bewertet. Gestützt darauf erfolgt die Gesamtbewertung, mit welcher die Zuschlagsempfängerin bestimmt wird. Alle Zuschlagskriterien, auch nachhaltigkeitsbezogene, müssen leistungsbezogen sein, also einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweisen (vgl. vorn Kapitel IV).

Das EU-Recht kennt eine ähnliche Regelung: Nach Art. 67 Abs. 1 VRL erteilt die öffentliche Auftraggeberin den Zuschlag (immer) auf der Grundlage des «wirtschaftlich günstigsten Angebots». Diesem Begriff kommt gemäss dem Wienstrom-Urteil des EuGH nicht zwingend eine betriebswirtschaftliche Bedeutung zu, sondern er kann auch im Sinne eines *gemeinwohlorientierten Wirtschaftlichkeitsbegriffs* verstanden werden.⁵⁷ Das wirtschaftlich günstigste Angebot kann aufgrund des Preises oder der Kosten (auch der Lebenszykluskosten) bestimmt werden oder anhand des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, das mittels Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – beurteilt wird. Die Kriterien müssen gemäss Art. 67 Abs. 3 VRL mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und können sich auf jedes Stadium seines Lebenszyklus beziehen, ausdrücklich auch auf den spezifischen Prozess der Herstellung oder des Handels, und müssen sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Es ist nicht vorausgesetzt, dass die Zuschlagskriterien der öffentlichen Auftraggeberin auch einen direkten Vorteil verschaffen; sie können sich auch auf Allgemeininteressen beziehen, beispielsweise auf den Schutz gefährdeter Tierarten oder andere umweltbezogene Eigenschaften.⁵⁸ Als unzulässig werden im EU-Recht Zuschlagskriterien betrachtet, die darauf abstellen, ob die gesamte Produktion in einem Werk bestimmte Umweltziele erfüllt.⁵⁹

Zuschlagskriterien, auch nachhaltige, dürfen den Wettbewerb nicht einträchtigen, weshalb Art. 67 Abs. 4 VRL in Anlehnung an die EuGH-Urteile Concordia und Wienstrom nebst dem Erfordernis einer Verbindung zum Beschaffungsgegenstand sowie der Pflicht zur Bekanntgabe folgende weiteren Anforderungen an sie stellt:

- Sie dürfen nicht zu einer uneingeschränkten Wahlfreiheit für die öffentliche Auftraggeberin führen.
- Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten.
- Sie müssen mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Im Zweifelsfall nimmt die öffentliche Auftraggeberin eine wirksame Überprüfung der Richtigkeit der von den Bietern beigebrachten Informationen und Nachweise vor.

57 EuGH, Urteil Wienstrom, Rn. 32–34; EuGH, Urteil Concordia, Rn. 55, 57; in diesem Sinn auch EuGH, Urteil Max Havelaar, Rn. 85; EuGH, Urteil Nord-Pas-de-Calais, Rn. 49 f.; KROHN, S. 95.

58 EuGH, Urteil Concordia, Rn. 55; ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7–181 f.; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N. 16.

59 INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N. 46.

Diese Punkte sind angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 11 Bst. c BöB und der Gesetzeszwecke nach Art. 2 BöB grundsätzlich auch bei der Festlegung und Anwendung von ökologischen Zuschlagskriterien im schweizerischen Vergaberecht zu beachten.

Beispiele von Zuschlagskriterien im Dienst der Ökologie sind⁶⁰:

- Anpassungsfähigkeit von Möbeln und anderen Produkten an sich wandelnde Bedürfnisse;
- Biologische Abbaubarkeit bei Reinigungsmitteln;
- Biologische Produktion von Nahrungsmitteln oder Textilien;
- CO₂-Bilanz über den gesamten Lebenszyklus;
- Dauer der Ersatzteilgarantie;
- Eco-Design (z. B. Wiederbefüllbarkeit, Verwendung von rezyklierten Rohstoffen, Ersatzteile) bei Büro-, Informatik- und Telekommunikationsgeräten und Fahrzeugen;
- Energieeffizienz, Schadstoffausstoss und Lärmemissionen von beschafften Fahrzeugen und Maschinen;
- Gewässerbelastung bei der Herstellung;
- Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft (ev. FSC-Zertifikat) für Möbel, Bauholz, Papier und Pellets;
- Lebenszykluskosten (LCC), allenfalls unter Einbezug externer Umweltkosten (vgl. dazu Kapitel VIII);
- Luftschadstoff- und Lärmemissionen bei Transportleistungen;
- Ökobilanz des Produkts (unter dem Vorbehalt, dass damit kein wesentliches Marktzugangshemmnis geschaffen oder unverhältnismässig hohe Kosten verursacht werden);
- Recyclingfähigkeit der Produkte und Komponenten, Vermeidung von nicht rezyklierbaren Legierungen und Materialmischungen; Kennzeichnung der verwendeten Materialien;
- Verbrauch endlicher natürlicher Ressourcen bei der Herstellung;
- Verwendung energieeffizienter Maschinen für die Herstellung;
- Verwendung erneuerbarer Energie zur Kühlung von Servern;
- Verwendung schadstoffarmer Motorfahrzeuge für Transporte (Abgasnorm, Elektroantrieb);
- Verwendung von rezyklierten Materialien;
- Verzicht auf giftige Chemikalien bei der Herstellung.

2. Auf die Transportdistanz bezogene ökologische Zuschlagskriterien

Immer wieder zu Kontroversen und Gerichtsentscheiden Anlass gaben Zuschlagskriterien, die mit der *Transportdistanz* in Zusammenhang stehen. An diesem Beispiel lässt sich das Zusammenspiel der verschiedenen vergaberechtlichen Grundsätze gut illustrieren: Je nach Beschaffungsgegenstand fallen wesentliche Umweltauswirkungen, die mit diesem verbunden sind, auf dem Transportweg an und erhöhen sich mit dessen Länge. Die Berücksichtigung der *Umweltauswirkungen des Transports* wird namentlich deshalb in Frage gestellt, weil damit

60 Für weitere Beispiele vgl. Relevanzmatrix sowie ErwGr. 93 sowie 97–99 VRL.

Nachteile für Anbieterinnen mit einem weiter entfernten Unternehmensstandort verbunden sind.⁶¹ Objektive Gründe des Umweltschutzes können solche Nachteile aber rechtfertigen, wenn die ökologischen Vergabebedingungen einen *genügenden sachlichen Bezug* zum Beschaffungsgegenstand haben und mit ihnen *in sachgerechter und verhältnismässiger Weise ein Umweltziel verfolgt* wird.⁶² Die an den Transport gestellte ökologisch motivierte Anforderung muss geeignet sein, das Umweltziel zu fördern und es darf keine andere weniger handelsbeschränkende Massnahme zu Verfügung stehen, mit der dasselbe Ziel ebenso erreicht werden könnte.⁶³ Dies gilt auch für die Berücksichtigung der aus den Transport- oder Anfahrtswegen resultierenden Umweltbelastungen. Werden die genannten Voraussetzungen eingehalten, stellt der Einbezug der auf den Transport- oder Anfahrtswegen verursachten Umweltbelastungen keine verbotene Diskriminierung der weiter entfernt lokalisierten Anbieterinnen dar, auch wenn damit für diese ein Nachteil verbunden ist.⁶⁴

Entsprechend ist anerkannt, dass es im Rahmen einer umfassenden Betrachtung der wesentlichen Umweltauswirkungen eines Auftrags zulässig ist, auch die durch die Transportdistanz mitbestimmte Umweltbelastung zu berücksichtigen.⁶⁵ Diese Herangehensweise, bei der die Emissionen auf dem Transport in eine Gesamtbetrachtung der wichtigsten Aspekte der ökologischen Nachhaltigkeit des Beschaffungsgegenstands einbezogen werden, verdient in der Regel den Vorzug.

Das EU-Vergaberecht stellt noch deutlicher als das BöB eine Lebenswegbetrachtung – d. h. den Einbezug aller Stadien eines Produkts von der Beschaffung der Rohstoffe über die Produktion, den Transport, die Nutzung bis hin zur Entsorgung – in den Vordergrund. Dazu gehört ausdrücklich auch dessen Transport. Da bei allen Vergabebedingungen auch die Berücksichtigung von Faktoren zulässig ist, die nicht materielle Bestandteile der Leistungen werden, erweist sich der Einbezug des Transports und der dabei verursachten Umweltbelastung als zulässig. Voraussetzung ist, dass eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand besteht und dass die Anforderung verhältnismässig ist.⁶⁶

Der Vergabestelle kommt zwar ein grosser Spielraum bei der Auswahl der zu berücksichtigenden Umweltbelastungen zu, es ist jedoch nicht zulässig, in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne Umweltaspekte herauszugreifen, die ökologisch untergeordnet sind und sich spezifisch zum Nachteil ortsfremder Anbieterinnen auswirken, während andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht gelassen werden.⁶⁷ Liegt wie bei der Kehrriichtabfuhr der wesentlichste Teil der Umweltbelastung beim Transport, darf sich die ökologische Beurteilung im Rahmen der Zuschlagskriterien in sachgerechter Weise auf

61 WEBER / KOCH, Rz. 1, 30.

62 HERMANN, S. 56; KNAUFF, S. 10; vgl. STUCKI, S. 3 f., 19 ff.

63 WEBER / KOCH, Rz. 26.

64 Vgl. BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b/c = URP 2000, S. 613; OGr UR OG V 13 21 vom 4. Oktober 2013 E. 2a, 2c und 3a; LOCHER / OECHSLIN, Handkommentar, Art. 29 N. 27; vgl. WEBER / KOCH, Rz. 18, 22.

65 BGer 31. Mai 2000, 2P.342/1999 E. 4a; GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Rz. 945–948; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1418; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 90 ff.; STUCKI, S. 3 f., 19 ff.

66 Art. 67 Abs. 3 Bst. b i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL; EuGH, Urteil Concordia, Rn. 59, 61, 64, 69; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 67 N. 20, 45, Art. 70 N. 4.

67 HAUSER, Umweltaspekte, S. 379 f.; vgl. BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4b/c = URP 2000, S. 613.

diese beschränken. Weil mit der Berücksichtigung der Fahrdistanz eine erhöhte Gefahr der Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen verbunden ist, sind bei der Festlegung und Ausgestaltung transportbezogener Kriterien der sachliche Bezug zum Beschaffungsgegenstand und die Verhältnismässigkeit besonders sorgfältig zu prüfen.⁶⁸ Die mit dem Transport verbundenen Emissionen hängen nicht nur von der Entfernung ab, sondern namentlich auch von den eingesetzten Fahrzeugen und von organisatorischen Massnahmen. Deshalb sind in der Regel nicht die Fahrdistanz, sondern die Umweltbelastung selbst oder aussagekräftige Indikatoren als Anforderung festzulegen.⁶⁹

VIII. Lebenszykluskosten (LCC) im Besonderen

1. Allgemeines

Das Abstellen auf die Lebenszykluskosten anstatt nur auf den Anschaffungspreis entspricht einem Gebot der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit. In vielen Fällen dürfte bereits eine rein finanzielle Lebenswegbetrachtung auch der ökologischen Nachhaltigkeit dienen.⁷⁰ Art. 29 Abs. 1 BÖB erwähnt die Lebenszykluskosten nun ausdrücklich als mögliches Zuschlagskriterium, definiert sie aber nicht näher und stellt keine besonderen Bedingungen für ihre Anwendung auf. Damit fehlt in der Schweiz eine nähere Regelung der Voraussetzungen und Modalitäten der Verwendung von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium; die ausführliche Regelung der EU in Art. 67 Abs. 1 sowie insbesondere in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 und Art. 68 VRL bietet sich als Orientierungsrahmen an.

Die Lebenszykluskosten umfassen die Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten sowie externe Kosten der Umweltbelastung. Zu den Betriebskosten gehören die Nutzungskosten (z. B. der Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten.⁷¹ Für das Begriffsverständnis ist die ausführlichere Regelung in der VRL hilfreich: Gemäss Art. 68 Abs. 1 VRL umfasst die Lebenszykluskostenrechnung alle Kosten, die in den unterschiedlichen Lebenszyklusstadien entstehen. «Lebenszyklus» bezeichnet nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 20 VRL alle Stadien, die ein Produkt während seiner Lebensdauer durchläuft, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, zu den Aufräumarbeiten und zur Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Sie umfasst namentlich auch die durchzuführende Forschung und Entwicklung, die Produktion, den Handel (und die damit verbundenen Bedingungen), den Transport, die Nutzung und die Wartung. Die Vergabestellen sind allerdings frei, die Lebenszykluskosten ganz oder teilweise zu berücksichtigen.⁷² In die Lebenszykluskostenrechnung können sowohl interne Kosten als auch Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, einbezogen werden (Art. 68 Abs. 1 Bst. a und b VRL).

68 BBl 2017 1851, S. 1885 f.

69 HAUSER, Umweltaspekte, S. 382; HAUSER, Zuschlagskriterien, S. 1417 f.; vgl. auch BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4a = URp 2000, S. 618; VerwGer ZH VB.2010.00568 vom 12. Januar 2011 E. 4.5.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 945 ff.

70 Vgl. BBl 2017 1851, S. 1998 mit Hinweisen.

71 BBl 2017 1851, S. 1943.

72 INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N. 7.

Der öffentlichen Auftraggeberin ist es nach Art. 29 BöB freigestellt, Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium vorzusehen (so auch in der EU nach Art. 67 Abs. 2 VRL). Dies bietet sich besonders dann an, wenn ein bedeutender Teil der Kosten während der Nutzungs- oder Entsorgungsphase anfällt⁷³, oder wenn externe Umweltkosten berücksichtigt werden sollen.⁷⁴

Analog zum EU-Vergaberecht⁷⁵ ist es auch in der Schweiz möglich, die LCC bei der Beschaffung standardisierter Leistungen als alleiniges Zuschlagskriterium festzulegen, wie dies in Art. 29 Abs. 4 BöB für den Zuschlag nach dem alleinigen Kriterium des Gesamtpreises (IVöB: Preis) vorgesehen ist. Anders als die EU und die IVöB setzt Art. 29 Abs. 4 BöB aber zusätzlich voraus, dass aufgrund der technischen Spezifikation hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind.

2. Berechnungsmethode

Der öffentlichen Auftraggeberin kommt in Bezug auf die Festlegung der Berechnungsmethode ein weiter Ermessensspielraum zu, der sich auch darauf bezieht, welche Phasen des Lebenszyklus und welche externen Umweltkosten sie berücksichtigt; dabei können gewisse umweltbelastende Faktoren stärker gewichtet werden als andere.⁷⁶ Aus den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung ergeben sich Anforderungen an die LCC-Methode und deren vorgängige Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen.⁷⁷ Die verwendeten Parameter und die Preise der Umweltbelastung müssen sich sachlich begründen lassen.

Für die Berechnung der Lebenszykluskosten besteht kein generell anwendbares Modell.⁷⁸ Da die konkrete Ausgestaltung der Berechnungsmethode von vielen unterschiedlichen Parametern abhängt, sind die Methoden im Einzelnen sehr unterschiedlich.⁷⁹ Besteht für die infrage stehende Beschaffung eine allgemein anerkannte Berechnungsmethode, soll die Vergabestelle, – wie es in der Fachliteratur zum EU-Vergaberecht gefordert wird⁸⁰ – wo möglich und sinnvoll, eine solche verwenden und nur aus sachlichen Gründen stattdessen eine eigene ad-hoc-Methode anwenden.⁸¹ Wenn für eine Beschaffung keine allgemein anerkannte Berechnungsmethode besteht, ist die Vergabestelle frei, eine eigene Methode zu entwickeln, die den genannten Anforderungen genügt.

Wie in der EU gelten auch in der Schweiz hinsichtlich der Berechnung von Lebenszykluskosten grundsätzlich hohe Ansprüche an die Transparenz (vgl. Art. 68 Abs. 2 VRL).⁸² Diese muss einerseits den Anforderungen der ex-post-Transparenz genügen, welche die Nachprüfbarkeit der gefällten Vergabeentscheidung sicherstellt. Andererseits muss sie die ex-ante-Transparenz (prospektive Transparenz) gewährleisten, die es den Bietern ermöglicht, ihre Angebote darauf auszu-

73 DRAGOS / NEAMTU, S. 123 f.; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N. 10.

74 DRAGOS / NEAMTU, S. 117.

75 Art. 67 Abs. 2 Uabs. 1 VRL; vgl. HENZEL, S. 241, 275, 282.

76 HENZEL, S. 300.

77 INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N. 2.

78 HENZEL, S. 89 ff.

79 HENZEL, S. 77 ff.

80 Vgl. ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7–245; INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N. 16; ErwGr. 96 VRL.

81 ARROWSMITH, Procurement, Bd. 1, Rz. 7–245.

82 Vgl. VerwGer ZH VB.2017.00496 vom 18. Januar 2018 E. 4.4.2; SCHNEIDER HEUSI, Preis, Rz. 10, 13.

richten⁸³ und im Vorherein ihre Chancen auf den Zuschlag einzuschätzen.⁸⁴ In den Ausschreibungsunterlagen müssen die von den Anbieterinnen bereitzustellenden Daten genannt und die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten beschrieben werden.⁸⁵ Es muss ersichtlich sein, welche Aspekte der Lebenszykluskostenrechnung berücksichtigt und wie sie gewichtet werden, ob und welche externen Umweltkosten einfließen und wie die Umweltbelastungen monetarisiert werden. Optimal wird das Transparenzprinzip umgesetzt, wenn die gesamte Berechnungsmatrix mit allen Faktoren, die in die Lebenszykluskostenrechnung einfließen, den Berechnungsparametern sowie dem Berechnungsweg in die Vergabeunterlagen aufgenommen wird.⁸⁶ Zwingend dürfte das aber nur sein, wenn die Anbieterinnen sich sonst mit zumutbarem Aufwand kein genügendes Bild von der LCC-Methode machen können.

Die Lebenszykluskostenberechnung kann entweder von der Auftraggeberin oder den Anbieterinnen durchgeführt werden.⁸⁷ Führt die Auftraggeberin die Lebenszykluskostenberechnung durch, benötigt sie dafür von den Anbieterinnen bestimmte Informationen. Sind die Anbieterinnen für die Berechnung der LCC zuständig, haben sie im Angebot sowohl die erforderlichen Informationen zur Lebenszykluskostenberechnung als auch die kalkulierten Lebenszykluskosten anzugeben. Bei den von den Anbieterinnen für die LCC-Berechnung bereitzustellenden Daten kann es sich beispielsweise um den Energieverbrauch oder den Schadstoffausstoss des Beschaffungsgegenstands oder um Angaben zu Instandhaltungsintervallen und zur Rezyklierbarkeit handeln. Die von den Anbieterinnen gemachten Angaben müssen verbindlich in den Vertrag integriert werden, da sonst zu unehrlichen Angaben verleitet wird.⁸⁸

In der EU bestehen verschiedene Tools, mit denen die Lebenszykluskosten berechnet werden können, so etwa die von der Europäischen Kommission entwickelten Tools⁸⁹, das SMART SPP Projekt⁹⁰, Tools des deutschen Umwelt Bundesamts⁹¹ und des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz.⁹² Auch im Bericht ESTEVAN/SCHAEFER für die Organisation ICLEI findet sich eine Übersicht zu bereits bestehenden Tools.⁹³ In der Schweiz hat die Initiative Vorbild Energie und Klima des Bundes Tools zur LCC-Berechnung von IKT-Geräten,

83 So zur gleichlautenden deutschen Bestimmung der deutschen Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (VgV): HERMANN, § 59 VgV N. 9; Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 59 VgV N. 8; vgl. EuGH, Urteil Lianakis, Rn. 36 ff.

84 HENZEL, S. 299.

85 Art. 68 Abs. 2 Uabs. 1 VRL; BBl 2017 1851, S. 1943.

86 Vgl. SADONI, § 59 VgV N. 16 m.w.H.

87 Siehe von DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, S. 88 f.

88 Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N. 52.

89 <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (besucht am 2.1.2022); eingehend hierzu HENZEL, S. 100 ff.

90 <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (besucht am 2.1.2022). Beim SMART SPP Projekt handelt es sich um ein europaweites Projekt, das in der Phase vor einer öffentlichen Ausschreibung innovative Lösungen unter anderem im Bereich der LED-Beleuchtung förderte. Zu diesem Zweck wurde ein Tool geschaffen, mit welchem die Lebenszykluskosten und CO₂-Emissionen berechnet werden können.

91 <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (besucht am 2.1.2022).

92 <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (besucht am 2.1.2022); dazu von Deimling/Schaupp/Essig, S. 85.

93 Zum Ganzen ESTEVAN/SCHAEFER, S. 37 ff.

Gebäudetechnik-Anlagen und Fahrzeugen entwickelt.⁹⁴ Bei externen Effekten der Umweltbelastung sind jedoch die Probleme fehlender Daten und Schwierigkeiten der Monetarisierung besonders gross.⁹⁵

3. Interne LCC

Bei internen Kosten handelt es sich um Kosten, die von der öffentlichen Auftraggeberin oder anderen Nutzern getragen werden, wie z.B. Anschaffungs-, Nutzungs- und Wartungskosten oder Kosten am Ende der Nutzungsdauer.⁹⁶ Da der direkte Anschaffungspreis in den LCC enthalten ist, darf er nicht noch separat berücksichtigt werden (Verbot des sogenannten Double Counting). Auch weitere interne Kosten sind nur zusätzlich in die LCC einzurechnen, wenn sie sich erst nach Erwerb des Beschaffungsgegenstands realisieren und damit nicht bei der Anbieterin anfallen.⁹⁷ Daher sollte zuvor identifiziert werden, welche Positionen bereits vom Anschaffungspreis umfasst werden, wie z.B. die Lieferung und die Montage, damit diese nicht nochmals in der Lebenszykluskostenanalyse Berücksichtigung finden.

Werden die Lebenszykluskosten zusätzlich zu qualitativen Kriterien zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses verwendet, so ist derselbe Gesichtspunkt nicht mehr als einmal für den Zuschlag heranzuziehen. Wenn z. B. eine Lebenszykluskostenanalyse u. a. die Elektrizitätskosten einbezieht, sollten niedrige Elektrizitätskosten nicht nochmals als qualitatives Kriterium berücksichtigt werden.⁹⁸

4. Berücksichtigung externer Umweltkosten

Der mit dem Kriterium der Lebenszykluskosten verbundene Vorteil für umweltschonende Produkte kommt noch stärker zum Tragen, wenn darin zusätzlich auch die externen Kosten der Umweltbelastung (kurz: externe Umweltkosten) einkalkuliert werden (Environmental Life-Cycle Costing, ELCC).⁹⁹ Es handelt sich hierbei um den in Geld ausgewiesenen negativen Wert der Umweltbelastung, der z. B. durch die Produktion oder den Verbrauch entsteht und nicht direkt von Wirtschaftsteilnehmern, die mit dem Produkt zu tun haben, zu übernehmen ist.¹⁰⁰ Hierbei kann es sich etwa um Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie zur Eindämmung des Klimawandels handeln (vgl. Art. 68 Abs. 1 VRL).

Die Berücksichtigung von externen Effekten der Umweltbelastung in der Lebenszykluskostenrechnung ist im EU-Vergaberecht ausdrücklich zugelassen (Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL). Ihr Einbezug ist jedoch auch im schweizerischen Be-

94 <https://www.vorbild-energie-klima.admin.ch/vbe/de/home/dokumentation/hilfsmittel.html> (besucht am 2.1.2022).

95 ANDHOV et al., S. 33; CARVALHO, S. 50 f.; ESTEVAN / SCHAEFER, S. 25 f.

96 HENZEL, S. 285; Studio Fieschi/SSSUP, S. 10 f.; vgl. Art. 68 Abs. 1 Bst. a VRL.

97 Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 endg., ABl. (Amtsblatt der Europäischen Union) C 333 v. 28.11.2001, S. 12 f., Ziff. 3.2, S. 333/19; WEINER, § 22 Rn. 33.

98 HENZEL, S. 290; Studio Fieschi/SSSUP, S. 17.

99 KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 35 f.; STEINER, Swiss Approach, S. 76 f.

100 INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N. 11.

schaffungsrecht zulässig; der Begriff der Lebenszykluskosten ist in diesem weiten Sinn zu verstehen. Das in Art. 29 Abs. 1 BöB erwähnte Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit bildet eine ergänzende Rechtsgrundlage für den Einbezug externer Umweltkosten in die LCC.

Vorausgesetzt ist, dass die berücksichtigten Kosten der Umweltbelastung mit dem Beschaffungsgegenstand während dessen Lebenszyklus in Verbindung stehen (so ausdrücklich Art. 67 Abs. 2 VRL). Somit können auch externe Kosten der Umweltbelastung in die LCC einbezogen werden, die *vor* der Anschaffung anfallen¹⁰¹ – dies im Unterschied zu internen Kosten, die nur berücksichtigt werden können, soweit sie *nach* der Anschaffung anfallen. Die Berücksichtigung von externen Umweltauswirkungen in den LCC setzt weiter voraus, dass sie monetarisiert werden. Dies wird im EU-Recht in Art. 68 Abs. 1 Bst. b VRL ausdrücklich erwähnt und durch die Voraussetzung ergänzt, dass der Geldwert geprüft werden kann. Wenn dies nicht gut möglich oder eine andere Gewichtung beabsichtigt ist, als sie im Rahmen der LCC wirksam würde, kann es sinnvoll sein, externe Umwelteffekte statt in den LCC in separaten Kriterien zu berücksichtigen und die betreffenden Umweltauswirkungen nicht in die Lebenszykluskostenrechnung zu integrieren.

Verlangt eine staatliche Regelung im Sinne eines marktwirtschaftlichen Instruments des Umweltschutzes, dass ein Unternehmen gewisse von ihm verursachte Umweltbelastungen durch den Erwerb von Umweltzertifikaten (handelbare Verschmutzungsrechte) ausgleicht, so erfolgt damit – jedenfalls in der Höhe des Erwerbspreises – eine Internalisierung externer Umweltkosten. Der Betrag, den das Unternehmen für den Erwerb der Umweltzertifikate ausgibt, schlägt sich grundsätzlich im Preis seiner Leistung nieder. In diesem Umfang sind die ursprünglich externen Umweltkosten bereits internalisiert und dürfen in der LCC nicht noch ein zweites Mal als externe Umweltkosten einbezogen werden.¹⁰²

Während das BöB keine Bestimmung zur Berücksichtigung externer Umweltkosten enthält, gelten gemäss Art. 68 Abs. 2 Uabs. 2 VRL folgende Anforderungen an die Methode zur Bewertung externer Umweltkosten:

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

Es darf davon ausgegangen werden, dass die Berücksichtigung der LCC bei Einhaltung der in Art. 68 VRL aufgestellten Voraussetzungen auch in der Schweiz

101 HENZEL, S. 291; BURGI, Zuschlag, S. 61.

102 Vgl. INDÉN, Brussels Commentary, Part I, Art. 68 N. 11.

rechtskonform ist, was nicht heisst, dass alle diese detaillierten Vorschriften auch in der Schweiz zwingend eingehalten werden müssten.

Wie im EU-Vergaberecht ist auch für die Schweiz davon auszugehen, dass die Vergabestellen eigene Tools entwickeln und verwenden dürfen, um externe Umweltkosten in einer Lebenszykluskostenberechnung zu berücksichtigen. Entgegen den Ausführungen in der Botschaft¹⁰³ ist für den Einbezug von externen Umweltkosten in die Lebenszykluskosten nicht vorauszusetzen, dass diese von einem «zuständigen» öffentlichen Organ zugelassen werden müssten. Eine solche Ansicht hat keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden und auch die EU kennt in ihrer detaillierten Regelung keine entsprechende Vorschrift. Zuzustimmen ist dem Wunsch nach standardisierten Methoden¹⁰⁴ jedoch insofern, als dies die Verwendbarkeit von LCC als Zuschlagskriterium stark erleichtern und zu dessen Verbreitung beitragen dürfte.

IX. Leistungsbeschreibung inkl. technischer Spezifikationen und Ausführungsbedingungen

Die Vergabestelle muss den Beschaffungsgegenstand in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen beschreiben (Art. 35 Bst. c sowie Art. 36 Bst. b und h BöB). Zur Leistungsumschreibung gehören die technischen Spezifikationen und die anderen für die Erbringung der Leistung erforderlichen Modalitäten und Bedingungen.¹⁰⁵ Diese sind so ausführlich und klar wie nötig in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen. Anstelle detaillierter technischer Spezifikationen kann die Vergabestelle auch die Ziele und Funktionen der Leistung beschreiben (sog. funktionale Ausschreibung, Art. 7 VöB). Unter der Leistungsumschreibung werden hier alle zwingenden Anforderungen an die zu erbringende Leistung verstanden. Das schweizerische Vergaberecht enthält nur zu den technischen Spezifikationen eine eingehende Regelung (Art. 30 BöB), während das EU-Recht weitere Elemente der Leistungsumschreibung näher regelt: in Art. 70 VRL die Ausführungsbedingungen sowie in Art. 43 und 44 VRL die Labels, Testberichte, Zertifizierungen und sonstigen Nachweise. Art. 43 und 44 VRL gelten sowohl für die technischen Spezifikationen und die Ausführungsbedingungen als auch für die Zuschlagskriterien.

Das BöB versteht den Begriff der technischen Spezifikationen in einem umfassenden Sinn, der auch technische Anforderungen im Sinne von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern miteinschliesst.¹⁰⁶ Technische Spezifikationen können ausdrücklich auch zur *Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt* vorgesehen werden (Art. 30 Abs. 4 BöB).¹⁰⁷ Ökologisch motivierte technische Spezifikationen können sich auf den *Herstellungsprozess* beziehen, *selbst wenn sie im Endprodukt nicht erkennbar sind*. Vorausgesetzt ist, dass sie einen *sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand* aufweisen.¹⁰⁸

103 Vgl. BBl 2017 1851, S. 1943.

104 KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 48.

105 So für das bisherige Recht: GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Rz. 382 f., 1089; zum neuen Recht vgl. KUONEN, Handkommentar, Art. 35 N. 6.

106 BBl 2017 1851, S. 1945.

107 BBl 2017 1851, S. 1945; WEBER / KOCH, Rz. 58.

108 BBl 2017 1851, S. 1946; vgl. OECHSLIN / LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N. 25.

Die Vergabebehörde verfügt über ein *grosses Ermessen* bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands und damit auch der technischen Spezifikationen¹⁰⁹ und der Ausführungsbedingungen. Für die Umsetzung von Nachhaltigkeitszielen kann hier wohl am meisten bewirkt werden. Es ist auch zulässig, für den gleichen Aspekt in den technischen Spezifikationen eine zwingende Mindestanforderung zu definieren und darüber hinausgehende Qualitäten als Zuschlagskriterien zu bewerten, was selbstverständlich in den Ausschreibungsunterlagen klar so festgelegt werden muss.¹¹⁰

Die technischen Spezifikationen stehen in einem Spannungsverhältnis zur Förderung eines wirksamen, fairen Wettbewerbs und zur Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen.¹¹¹ Deshalb kommt dem *Grundsatz der Nichtdiskriminierung* in Bezug auf die technischen Spezifikationen eine grosse Bedeutung zu.¹¹² Aufgrund der Regelungen im BöB und im GPA ist aber heute klar, dass technische Spezifikationen nicht bereits deswegen als diskriminierend oder wettbewerbsverzerrend gelten, weil sie sich auf den Herstellungsprozess beziehen und sich im Produkt nicht stofflich niederschlagen.¹¹³

Für *Beispiele* nachhaltigkeitsbezogener Leistungsbeschreibungen kann aufgrund der grossen Ähnlichkeit der dafür geltenden Voraussetzungen zunächst auf die bei den Zuschlagskriterien angeführten verwiesen werden. Allerdings muss hier auch das verlangte Mindestmass festgelegt werden, also z.B. die minimale Energieeffizienz oder der maximal zulässige Schadstoffausstoss. Weitere Beispiele nachhaltigkeitsbezogener Ausführungsbedingungen gemäss dem EU-Recht sind etwa die Lieferung der beschafften Güter mit dem Zug oder mit Elektrofahrzeugen oder besondere Bedingungen zur Abfallentsorgung. Die Erwägungsgründe der VRL anerkennen als Motivation für Ausführungsbedingungen auch den Umwelt- oder Tierschutz. Gemäss ErwGr. 88 VRL kann die öffentliche Auftraggeberin verlangen, dass während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmassnahmen oder -regelungen angewandt werden.

In den technischen Spezifikationen können Vorgaben zur Verminderung der *Umweltbeeinträchtigungen auf dem Transportweg* auf Art. 30 Abs. 4 BöB abgestützt werden. Beispielsweise können ökologische Mindestanforderungen an die zu verwendenden Fahrzeugtypen festgelegt werden, was jedenfalls bei einem transportintensiven Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt erscheint.¹¹⁴ Hingegen werden die Festlegung einer maximalen Transportentfernung oder auch maximaler Obergrenzen für die durch den Transport des Beschaffungsgutes verursachten Emissionen (z.B. CO₂-Ausstoss) als besonders heikel betrachtet, weil ihre Nichteinhaltung in einem wesentlichen Punkt grundsätzlich zum Ausschluss des Angebots führt. Werden solche Obergrenzen ohne triftigen Grund festgelegt, können

109 OECHSLIN / LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N. 13; vgl. zum EU Recht ARROWSMITH, EC Treaty, S. 243.

110 OECHSLIN / LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N. 15.

111 Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB; BBl 2017 1851, S. 1961.

112 Art. X:1 GPA2012 hält fest: «Die Auftraggeber dürfen weder technische Spezifikationen ausarbeiten, annehmen oder anwenden noch dürfen sie Verfahren für die Konformitätsbescheinigung vorschreiben, in der Absicht oder mit der Folge, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen». Vgl. die Regelungen über die Festlegung von technischen Spezifikationen in Art. 30 Abs. 2 und 3 BöB, Art. X:2-5 GPA2012 sowie Art. 42 Abs. 2-6 VRL.

113 KOCH, WTO Law, S. 76 ff., 88 f.; STEINER, WTO, S. 4; vgl. BBl 2017 1851, S. 1946.

114 WEBER / KOCH, Rz. 26; weitere Ausführungen dazu siehe HAUSER / PISKÓTY, Rz. 146.

sie sowohl innerhalb der Schweiz als auch gegenüber ausländischen Anbieterinnen (letzteres nur im Geltungsbereich des GPA) eine unzulässige indirekte Diskriminierung bedeuten.¹¹⁵ Eine maximale Distanz ist deshalb nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen zulässig, etwa wenn der Transport eines Gutes über grössere Entfernungen zwangsläufig eine Gefährdung der Umwelt oder der öffentlichen Gesundheit bedeutet.¹¹⁶

X. Zertifizierungen

Die Auftraggeberin kann sich für die Definition der Umweltaspekte von Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen sowie für deren Prüfung auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen. Damit können die Überprüfungsmöglichkeiten und die Bewertungsprozesse vereinfacht werden. Auch für die Kontrolle der Einhaltung von Teilnahmebedingungen – namentlich der Einhaltung des Umweltrechts – können international anerkannte Zertifizierungssysteme eingesetzt werden.¹¹⁷

In der Botschaft wird ausgeführt, dass stets der Nachweis zugelassen werden müsse, ein angebotenes nicht zertifiziertes Produkt halte gleichwertige Anforderungen ein. Könne die Anbieterin kein Zertifikat vorweisen, habe die Auftraggeberin beispielsweise die Möglichkeit, eine Risikoanalyse durchzuführen und bei Vorliegen eines Risikos (z. B. bei ausländischem Leistungsort) einen Audit durchführen zu lassen.¹¹⁸ Es versteht sich aber von selbst, dass der damit für die Vergabestelle potentiell entstehende Aufwand unter Umständen hoch ist und ein Hemmnis für die Verwendung von Nachhaltigkeitskriterien bilden kann.¹¹⁹ Nachdem das EU-Recht alternative Nachweise nur zulässt, wenn sie ebenfalls durch Drittzertifikate gleichwertiger Zertifizierungsstellen ausgestellt sind (Art. 44 Abs. 1 Uabs. 2 VRL), ist davon auszugehen, dass eine solche Lösung mit dem GPA vereinbar ist. In Bezug auf Umweltmanagementsysteme hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festlegen kann, dass sie als alternative Nachweise nur Fremdzertifikate anerkennt und Selbstdeklarationen nicht genügen.¹²⁰ Somit dürfte es auch im schweizerischen Vergaberecht zulässig sein, dass die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit von Alternativnachweisen auf Fremdzertifikate gleichwertiger Zertifizierungsstellen beschränkt.

XI. Labels

Das neue Beschaffungsrecht enthält weiterhin keine spezifische Regelung für Labels. Labels dürfen, wie schon im bisherigen Vergaberecht, als technische Spezifi-

115 KOCH, Ökologisches Beschaffungswesen, Rz. 24.

116 Dies ergibt sich daraus, dass Art. X:1 GPA2012 nur «unnötige» Hemmnisse für den internationalen Handel verbietet. Sinngemäss hat dies der EuGH in seiner Entscheidung Stadt Braunschweig bestätigt, in welchem er die entsprechende Begründung der deutschen Regierung nur deshalb verwarf, weil diese eine solche Notwendigkeit nicht nachgewiesen hatte (EuGH, Urteil Stadt Braunschweig, Rn. 65).

117 STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 7.

118 BBl 2017 1851, S. 1943 f., 1946.

119 HAUSER, Umweltaspekte, S. 353.

120 BVGer, 8. Mai 2012, B-6082/2011, E. 5.3.2.

kationen und als Zuschlagskriterien festgelegt werden.¹²¹ Auch als Eignungskriterien sind sie zulässig, wenn dies sachgerecht ist.¹²² Sie können auch als Nachweis für die Einhaltung von Teilnahmebedingungen eingesetzt werden.¹²³

Da es dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers entsprach, die Beschaffung von Fairtrade-Produkten zu ermöglichen¹²⁴, ist anzunehmen, dass er entsprechende Labels zulassen wollte. Entsprechend ist gerade auch bei Labels der vorausgesetzte Bezug zum Beschaffungsgegenstand weit zu verstehen und es sind auch Labels zulässig, die gewisse Anforderungen an das gesamte Unternehmen enthalten, soweit dies erforderlich ist, um eine sozialverträgliche und umweltgerechte Herstellung des Beschaffungsgegenstands zu erreichen.¹²⁵ Beispiele von ökologischen Labels, die verwendet werden können, sind etwa FSC oder PEFC für nachhaltige Waldbewirtschaftung.¹²⁶

XII. Innovation

Innovation wird im BöB an zwei Stellen ausdrücklich angesprochen: Art. 29 Abs. 1 zählt den Innovationsgehalt als ein mögliches Zuschlagskriterium auf und Art. 24 Abs. 1 erwähnt die «Beschaffung innovativer Leistungen» als eine von drei alternativen Voraussetzungen für die Durchführung eines Dialogs. Mit dem Zuschlagskriterium Innovationsgehalt wird dem Umstand Rechnung getragen, dass innovative und ressourcenschonende Technologien langfristig wirtschaftlicher sind. Die Innovationskraft wird somit als Element der Wirtschaftlichkeit verstanden¹²⁷ und dient insofern dem wirtschaftlichen Aspekt der Nachhaltigkeit. Darüber hinaus kommt der Innovation auch eine wichtige Rolle dabei zu, auf ökologische und soziale Herausforderungen zu antworten.¹²⁸ Das EU-Vergaberecht will mit der Förderung der Innovation u. a. das Ziel verfolgen, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen.¹²⁹

Weder das BöB noch die Botschaft definieren, was unter Innovationsgehalt als Zuschlagskriterium zu verstehen und wie dieses zu bewerten ist. Für die Umschreibung des vergaberechtlichen Begriffs der Innovation erscheint die Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL hilfreich, wonach unter Innovation die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren zu verstehen ist. Dazu gehören neue Produktions-, Bau- und Konstruktionsverfahren, Vermarktungsmethoden, Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen. Hierunter fallen nicht nur technische Innovationen, sondern z. B. auch neuartige oder wesentlich verbesserte Lösungsansätze.¹³⁰ Ebenfalls können Produkte als innovativ gelten, wenn sie noch keinen Zugang zum Markt gefunden haben oder wenn sie

121 VerwGer ZH, 15. Dezember 1998, VB.98.00369, URP 1999, S. 165, E. 3c; STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung, S. 76 f., 110.

122 SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 76.

123 BBl 2017 1851, S. 1914.

124 BBl 2017 1851, S. 1943.

125 Vgl. vorn Kapitel IV; ARROWSMITH, Procurement, Bd. 2, Rz. 18–46, 20–102.

126 STEINER, Nachhaltige Beschaffung, Rz. 12.

127 BBl 2017 1851, S. 1944; vgl. KOCH, Innovationsinstrument, S. 87.

128 BBl 2017 1851, S. 1885; vgl. KOCH, WTO Law, S. 217; KOCH, Innovationsinstrument, S. 88.

129 Art. 2 Abs. 1 Ziff. 22 VRL.

130 KREUZER, S. 103.

noch nicht ausreichend auf dem Markt vertreten sind.¹³¹ Beispiele aus der Praxis, in welchen Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen erfolgreich gefördert wurden, umfassen etwa sozial und ökologisch innovative Arbeitsweisen, ökologisch innovatives Material oder innovative Technologie.¹³² Innovative Eigenschaften im Sinne der VRL zeichnen sich dadurch aus, dass sie sinnvoll und nützlich sind.¹³³ Sie bewirken eine Vereinfachung, Verbesserung oder gesteigerte Effizienz oder ermöglichen die Bewältigung neuartiger Aufgaben. Im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums können z.B. gewisse Vorteile einer Offerte berücksichtigt werden, die den aktuellen Marktstandard übertreffen.¹³⁴ Innovative Eigenschaften können sich mit ökologischen und sozialen Kriterien überschneiden, denn diese können sich ebenfalls auf Innovationen erstrecken.¹³⁵

Aber wie aus dem schweizerischen Vergaberecht lassen sich auch aus dem EU-Vergaberecht keine klaren Anhaltspunkte ableiten, auf welche Weise das Kriterium Innovationsgehalt umgesetzt und bewertet werden soll. Innovationen können deshalb wohl besser mithilfe anderer Zuschlagskriterien, wie z.B. der Ressourcenschonung, verbunden mit funktionalen Ausschreibungen gefördert werden¹³⁶. In diesem Zusammenhang verdient ErwGr. 74 VRL, welcher im EuGH-Urteil Roche Lietuva zitiert wird, auch für die Vergabepaxis der Schweiz Beachtung. Unter anderem um Nachhaltigkeitsziele zu erreichen, müssen demnach die technischen Spezifikationen Angebote ermöglichen, die die Diversität der technischen Lösungen, Normen und technischen Spezifikationen auf dem Markt widerspiegeln. Auch weitere Instrumente können die Innovation fördern, wie z.B. die Zulassung von Varianten¹³⁷, Wettbewerben und Studienaufträgen¹³⁸ sowie der Dialog¹³⁹. Bedauerlich ist, dass das BöB einen gesetzlichen Zwang vorsieht, neben der Variante auch ein Grundangebot nach Massgabe der Ausschreibung einzureichen, was innovationshemmend wirkt.¹⁴⁰ Die Chancen, dass eine innovative Offerte die Auftragserteilung erhält, werden ausserdem massgeblich durch das Zuschlagskriterium der Lebenszykluskosten erhöht, denn innovative Lösungen haben häufig einen höheren Anschaffungs- oder Erstellungspreis, können jedoch über den gesamten Lebenszyklus betrachtet günstiger sein.¹⁴¹ Das zeigt sich etwa bei Minergie-Häusern.¹⁴² Schliesslich wird auch darauf hingewiesen, dass sich der Rahmenvertrag (Art. 25 BöB) für Innovationen als zweckmässig erweise.¹⁴³

131 BLAY, S. 6.

132 Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation, S. 32 ff.

133 STECK, Vergaberecht Kommentar, § 58 VgV N. 25.

134 Beck'scher Vergaberechtskommentar-LAUSEN, § 58 VgV N. 72; Beck'scher Vergaberechtskommentar-OPITZ, § 127 GWB N. 71.

135 KREUZER, S. 102.

136 POLTIER, Rz. 344; KOCH, Innovationsinstrument, S. 91 ff.; GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Rz. 419 f.; BOLZ / METTLER, S. 22; FETZ, Rz. 2, 13; 17, 30 ff.; HAUSER, Umweltaspekte, S. 348 f.; OECHSLIN / LOCHER, Handkommentar, Art. 30 N. 17; SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht, S. 86 f.; ErwGr. 74 VRL. Vgl. auch Art. 7 Abs. 2 VöB.

137 POLTIER, Rz. 351; BOLZ / METTLER, S. 26; vgl. Joss, Handkommentar, Art. 33 N. 3 f., 9; GALLI / MOSER / LANG / STEINER, Rz. 749; LUTZ, Rz. 41; , Geltungsanspruch, Rz. 1981; ErwGr. 48 VRL.

138 BICHSEL / RUTSCHMANN, Handkommentar, Art. 22 N. 14.

139 BBl 2017 1851, S. 1933; 1944; BOLZ / METTLER, S. 26; vgl. LEUTHOLD, Rz. 18, 25; POLTIER, Rz. 345.

140 LUTZ, Rz. 41.

141 KOCH, Innovationsinstrument, S. 92 f.; FETZ, Rz. 33; BOLZ / METTLER, S. 23.

142 KOCH, Innovationsinstrument, S. 92 f.

143 KOCH, Innovationsinstrument, S. 94; BOLZ / METTLER, S. 27.

In der EU erlaubt die Innovationspartnerschaft die Vergabe eines Auftrags zur Entwicklung eines innovativen Produkts, welches auf dem Markt noch nicht verfügbar ist, mit dem anschliessenden Erwerb solcher Produkte in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden (Art. 31 VRL). Das schweizerische Recht kennt dieses Instrument nicht, es weist jedoch gewisse Ähnlichkeiten mit der in Art. 21 Abs. 2 Bst. f BöB vorgesehenen Möglichkeit auf, Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf ihr Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, freihändig zu beschaffen.¹⁴⁴ Allerdings erlaubt es Art. 21 BöB nicht, einen Forschungsauftrag mit der Beschaffung des entwickelten Produkts in einem einzigen Vergabeverfahren zu verbinden.¹⁴⁵

Anhang

Literaturverzeichnis

- AESCHBACHER MARKUS / KREBS REBEKKA, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 21.
- ANDHOV MARTA et al., The European Union law of life-cycle costing, in: ANDHOV MARTA / CARANTA ROBERTO / WIESBROCK ANJA (Hrsg.), Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability, London 2020, S. 20 ff.
- ARROWSMITH SUE, The Law of Public & Utilities Procurement, Band 1, 3. Aufl., London 2014 (zit. *Arrowsmith, Procurement, Bd. 1*).
- ARROWSMITH SUE, The Law of Public & Utilities Procurement, Band 2, 3. Aufl., London 2018 (zit. *Arrowsmith, Procurement, Bd. 2*).
- ARROWSMITH SUE, Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review, in: ARROWSMITH SUE / KUNZLIK PETER (Hrsg.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, S. 243 ff. (zit. *Arrowsmith, EC Treaty*).
- Beck'scher Vergaberechtskommentar – siehe BURGI MARTIN / DREHER MEINRAD (Hrsg.).
- BEYELER MARTIN, Kaffee: Bio und Fair Trade, BR 4/2012, S. 262 ff. (zit. *Beyeler, Kaffee*).
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (zit. *Beyeler, Geltungsanspruch*).
- BIAGGINI GIOVANNI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: THÜRER DANIEL / WEBER ROLF H. / ZÄCH ROGER (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG. Ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 651 ff.
- BICHSEL PETER / RUTSCHMANN HANS, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 22.
- BLAY MIGUEL ANGEL BERNAL, The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation, EPPPL 9/2014, S. 6 ff.

144 Den Tatbestand der freihändigen Vergabe im Zusammenhang mit Prototypen kennt auch Art. 32 Abs. 3 Bst. a VRL, allerdings begrenzt auf Lieferaufträge.

145 FRÖHLICH-BLEULER, RZ. 68; vgl. AESCHBACHER / KREBS, Handkommentar, Art. 21 BöB N. 24.

- BOLZ URS / METTLER MELANIE, Beschaffung von Innovationen – innovative Beschaffung, Grundlagen – ein Diskussionsbeitrag im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), Bern 2019.
- BURGI MARTIN, Zuschlag und Zuschlagskriterien: Die Komplexität nimmt zu, in: PÜNDER HERMANN et al. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung, Hamburg 2015 (zit. *Burgi, Zuschlag*).
- BURGI MARTIN / DREHER MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl., München 2017 (zit. *Beck'scher Vergaberechtskommentar-Autor, § ... GWB*).
- BURGI MARTIN / DREHER MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Aufl., München 2019 (zit. *Beck'scher Vergaberechtskommentar-Autor, § ... VgV*).
- CARVALHO RAQUEL, Life-cycle costing in the Member States, in: ANDHOV MARTA / CARANTA ROBERTO / WIESBROCK ANJA (Hrsg.), Cost and EU Public Procurement Law, Life-Cycle Costing for Sustainability, London 2020, S. 36 ff.
- DE ROSSA FEDERICA / DAVID CLARISSA, La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics: un changement de paradigme effectif?, *sui generis* 2020, S. 441 ff.
- DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen: der schmale Grat am Beispiel des neuen Tessiner Vergabegesetzes, *recht* 3/2019, S. 166 ff.
- DRAGOS DACIAN / NEAMTU BOGDANA, Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union, in: SJAFJELL BEATE / WIESBROCK ANJA (Hrsg.), Sustainable Public Procurement under EU Law, Cambridge 2016, S. 114 ff.
- ESTEVAN HELENA / SCHAEFER BETTINA, Life Cycle Costing State of the Art Report (Local Governments for Sustainability, European Secretariat, 2017), https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf (besucht am 2.1.2022).
- FETZ MARCO, Die funktionale Ausschreibung, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE / STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, S. 101 ff.
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Die Vergabe von IT-Verträgen, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE / BEYELER MARTIN / SCHERLER STEFAN (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 269 ff.
- GALLI PETER / MOSER ANDRÉ / LANG ELISABETH / STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013.
- GYULAI-SCHMIDT ANDREA, Vergaberechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Durchsetzung und Kontrolle nachhaltiger Leistungsvorgaben, *VergabeR* 2a/2019, S. 328 ff.
- Handkommentar – siehe TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.).
- HAUSER MATTHIAS, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, *URP* 2002, S. 339 ff. (zit. *Hauser, Umweltaspekte*).
- HAUSER MATTHIAS, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, *AJP* 12/2001, S. 1405 ff. (zit. *Hauser, Zuschlagskriterien*).
- HAUSER MATTHIAS / PISKÓTY RÉKA, Gutachten Nachhaltige öffentliche Beschaffung, Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU mit dem neuen BöB und der neuen VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung, 2021, <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html> (besucht am 2.1.2022).
- HENZEL ANNE KATHRIN, «Life cycle costing» als Instrument nachhaltiger öffentlicher Auftragsvergabe, Berlin 2019.

- HERMANN ANDREAS, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, Dessau-Rosslau 2019.
- HERMANN ALEXANDER, in: ZIEKOW JAN/VÖLLINK UWE-CARSTEN (Hrsg.), Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl., München 2020, § 59.
- INDÉN TOBIAS, in: STEINICKE MICHAEL/VESTERDORF PETER L. (Hrsg.), Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, München 2018, Part I, Art. 67, 68, 70.
- JOSS BEAT, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 33.
- KNAUFF MATTHIAS, Möglichkeiten und Grenzen des Vergaberechts für die Verkehrswende, VergabeR 2021, S. 1 ff.
- KOCH RIKA, Das Ökologische Beschaffungswesen unter dem revidierten Vergaberecht, Jusletter 28. September 2020 (zit. Koch, *Ökologisches Beschaffungswesen*).
- KOCH RIKA, Green Public Procurement under WTO Law, Zürich 2020 (zit. Koch, *WTO Law*).
- KOCH RIKA, Das öffentliche Beschaffungswesen als Innovationsinstrument, in: MEIER JULIA et al. (Hrsg.), Recht und Innovation: Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Koch, *Innovationsinstrument*).
- KREUZER STEFANIE, Die Vergaberechtsreform 2016 durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU, Diss. Baden-Baden 2019.
- KROHN WOLFRAM, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für «Ökostrom», NZBau 2/2004, S. 93 ff.
- KUNZ-NOTTER PANDORA, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 12.
- KUONEN DOMINIK, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 35.
- LAMPERT STEFAN, in: BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Aufl., München 2019, § 31 VgV.
- LAUSEN IRENE, in: BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Aufl., München 2019, § 58, 59 VgV.
- LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue «Dialog», in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 277 ff.
- LOCHER BARBARA/OECHSLIN THOMAS, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 29.
- LUTZ DANIELA, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés publics 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 325 ff.
- MÜLLER P. THOMAS, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 41.
- OECHSLIN THOMAS/LOCHER BARBARA, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 30.
- OPITZ MARC, in: BURGI MARTIN/DREHER MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl., München 2017, § 127, 128 GWB.
- POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Bern 2014.
- SADONI ISA ALEXANDRA, in: PÜNDER HERMANN/SHELLENBERG MARTIN (Hrsg.), Vergaberecht, Nomos Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, § 59 VgV.

- SAXER URS, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Einführung.
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Die Bewertung des Preises, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE / BEYELER MARTIN/SCHERLER STEFAN (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018/Marchés publics 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 327 ff. (zit. *Schneider Heusi, Preis*).
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE / BEYELER MARTIN/SCHERLER STEFAN (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016/Marchés publics 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 393 ff. (zit. *Schneider Heusi, Referenzen*).
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Vergaberecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. *Schneider Heusi, Vergaberecht*).
- SEMPLE ABBY, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford 2015 (zit. *Semple, Guide*).
- SEMPLE ABBY, The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?, in: SJÄFJELL / WIESBROCK (Hrsg.), Sustainable public procurement under EU law — new perspectives on the state as stakeholder, Cambridge 2016, S. 50 ff. (zit. *Semple, Link*).
- STECK MATTHIAS, in: ZIEKOW JAN / VÖLLINK UWE-CARSTEN (Hrsg.), Vergaberecht Kommentar, 4. Aufl., München 2020, § 58 VgV.
- STEINER MARC, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen: Eine Einschätzung des Spielraums für die umweltfreundliche Beschaffung, 2015 (http://www.marc-steiner.ch/pdf/160225_MSteiner_Artikel_GPA_umweltfreundliche_Beschaffung.pdf, besucht am 2.1.2022) (zit. *Steiner, WTO*).
- STEINER MARC, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier, vierte, aktualisierte Fassung, erstellt im Auftrag der Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) Bern 2017 (zit. *Steiner, Soziale Aspekte*).
- STEINER MARC, Nachhaltige öffentliche Beschaffung - ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE / STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 149 ff. (zit. *Steiner, Nachhaltige Beschaffung*).
- STEINER MARC, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?, EPPPL 1/2013, S. 73 ff. (zit. *Steiner, Swiss Approach*).
- STEINER MARC, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Studie im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes, Vergaberechtliche Studie, Aarau 2006 (zit. *Steiner, Umweltfreundliche Beschaffung*).
- STEINICKE MICHAEL, in: STEINICKE MICHAEL / VESTERDORF PETER L. (Hrsg.), Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, München 2018, Part I, Art. 2, 42.
- STUCKI DANIEL, Berücksichtigung der ökologischen Nachhaltigkeit, bei Transporten im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen, Rechtsgutachten, 2021, <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html> (besucht am 2.1.2022).
- Studio Fieschi & Soci Srl/Scuola Superiore Sant’Anna (SSSUP), Development of a life cycle costing (LCC) calculation tool, Pisa/Torino 2016.
- TRÜEB HANS RUDOLF, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 2.
- VON DEIMLING CHRISTIAN / SCHAUPP MARKUS / ESSIG MICHAEL, Berechnungstools für Lebenszykluskosten, in: ZIEKOW JAN / GYULAI-SCHMIDT ANDREA (Hrsg.) Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften, Berlin 2020.

- WEBER ROLF H./KOCH RIKA, Berücksichtigung des Transports, Jusletter vom 8. Februar 2016.
- WEINER KATHARINA, in: GABRIEL MARC/KROHN WOLFRAM/NEUN ANDREAS (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl., München 2017, § 22.
- WYSS RAMONA, in: TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 26, 27.

Behördendokumente zum schweizerischen Recht

- Schweizerischer Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2030, 23. Juni 2021, <https://www.are.admin.ch/sne> (besucht am 2.1.2022).
- Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (BBl 2017 1851 ff.).
- Schweizerischer Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016–2019, 27. Januar 2016, <https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/strategie-nachhaltige-entwicklung-2016-2019.html> (besucht am 2.1.2022).

Behördendokumente zum europäischen Recht

- Europäische Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg., abrufbar auf <https://eur-lex.europa.eu> (besucht am 2.1.2022) (zit. *Europäische Kommission, Strategie Europa 2020*).
- Europäische Kommission, Guidance for public authorities in Public Procurement of Innovation, Januar 2015 (abrufbar auf <https://s3platform.jrc.ec.europa.eu/-/guidance-for-public-authorities-on-public-procurement-of-innovation?inheritRedirect=true>) (zit. *Europäische Kommission, Public Procurement of Innovation*).
- Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 endg., ABl. C 333 v. 28.11.2001.

Zitierte Urteile des EuGH

- Concordia-Urteil des EuGH vom 17. September 2002 (Rs. C-513/99).
- Lianakis-Urteil des EuGH vom 24. Januar 2008 (Rs. C-532/06).
- Max Havelaar-Urteil des EuGH vom 10. Mai 2012 (Rs. C-368/10).
- Nord-Pas-de-Calais-Urteil des EuGH vom 26. September 2000 (Rs. C-225/98).
- Roche Lietuva-Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2018 (Rs. C-413/17).
- Stadt Braunschweig-Urteil des EuGH vom 10. April 2003 (Rs. C-20/01 und C-28/01).
- Tim-Urteil des EuGH vom 30. Januar 2020 (Rs. C-395/18).
- Wienstrom-Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 (Rs. C-448/01).

Internetlinks nachhaltige Beschaffung allgemein

- *Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung WöB*, <https://www.woeb.swiss> (besucht 2.1.2022): Portal und Nachschlagewerk für Fragen zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung, betrieben von der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) in Zusammenarbeit mit der Bau-, Planungs- und Um-

weltdirektoren-Konferenz (BPUK), dem Schweizerischen Gemeindeverband (SGV) und dem Schweizerischen Städteverband (SSV).

— *Relevanzmatrix* – Orientierungshilfe für Beschaffende und Bedarfsstellen, Stand April 2021, verfasst von MIREILLE FAIST EMMENEGGER / CORINNE SCHLIERENZAUER, <https://www.woeb.swiss/dokumente/relevanzmatrix-orientierungshilfe-fuer-beschaffende-und-bedarfsstellen-45> (besucht am 2.1.2022).

— *TRIAS*, <https://www.trias.swiss> (besucht am 2.1.2022): Unter diesem Namen wird zurzeit ein gemeinsamer Beschaffungsleitfaden von Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden erarbeitet; er soll bis Ende 2022 vorliegen. Verschiedene Faktenblätter liegen bereits vor.

— *Nachhaltige Beschaffung: Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes*, hrsg. Geschäftsstelle der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB, Juni 2021, Download auf <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/nachhaltige-beschaffung.html> (besucht am 2.1.2022).

— *BKB Beschaffungskonferenz des Bundes: Nachhaltige öffentliche Beschaffung*, <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/nachhaltige-beschaffung.html> (besucht am 2.1.2022) mit Empfehlungen, Dokumenten und Links.

— *Kompass Nachhaltigkeit*: <https://oeffentlichebeschaffung.kompass-nachhaltigkeit.ch/> (besucht am 2.1.2022).

— *Europäische Kommission, Buying Green! – A handbook on green public procurement*, 3. Aufl., Luxemburg 2016, <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf> (besucht am 2.1.2022) bzw. in der deutschen Übersetzung: Europäische Kommission, *Umweltorientierte Beschaffung!*, 3. Aufl., Luxemburg 2016, Download auf https://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm (besucht am 2.1.2022).

— Europäische Kommission, *Öffentliche Auftragsvergabe zur Förderung der Kreislaufwirtschaft, Bewährte Verfahren und Leitlinien*, Luxemburg 2018, Download auf https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm (besucht am 2.1.2022).

Internetlinks zu LCC-Tools

— Initiative Vorbild Energie und Klima, <https://www.vorbild-energie-klima.admin.ch/vbe/de/home/dokumentation/hilfsmittel.html> (besucht 2.1.2022).

— Europäische Kommission, Website zu Life-cycle costing, mit verschiedenen LCC-Tools: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (besucht 2.1.2022).

SMART SPP Projekt, <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (besucht am 2.1.2022). Beim SMART SPP Projekt handelt es sich um ein europaweites Projekt, das in der Phase vor einer öffentlichen Ausschreibung innovative Lösungen unter anderem im Bereich der LED-Beleuchtung förderte. Zu diesem Zweck wurde ein Tool geschaffen, mit welchem die Lebenszykluskosten und CO₂-Emissionen berechnet werden können.

— LCC-Tools des deutschen Umwelt Bundesamts, <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (besucht am 2.1.2022).

— Tool-Picker des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (besucht am 2.1.2022).

Internetlinks nachhaltige Beschaffung von Bauleistungen

— *KBOB*: Themenseite nachhaltiges Bauen, <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/nachhaltiges-bauen.html> (besucht am 2.1.2022).

— *KBOB*, Dokumente entlang des Beschaffungsablaufs, Cockpit-Version 2022 (1.0) deutsch, Download auf <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/dokumente-entlang-des-beschaffungsablaufs.html> (besucht am 2.1.2022). Dieses Dokument enthält eine nach dem Ablauf des Beschaffungsverfahrens gegliederte Sammlung von Links auf Musterverträge und weitere Dokumente der *KBOB*.

— *Netzwerk Nachhaltiges Bauen Schweiz (NNBS)*, <https://www.nnbs.ch> (besucht am 2.1.2022).

— *Ecobau*, <https://www.ecobau.ch> (besucht am 2.1.2022): Nachschlagewerke, Checklisten und Arbeitsmittel für nachhaltiges Planen und Bauen.

Résumé

Renforcer le développement durable dans la passation de marchés publics: telle était la première préoccupation du législateur suisse et des cantons lors de la révision de la LMP et de l'AIMP, comme cela fut le cas des Etats contractuels impliqués dans la révision de l'accord sur les marchés publics de l'OMC, et de l'UE au moment de modifier ses directives en matière d'adjudication. Ce souci découlait de la prise de conscience que la passation de marchés publics joue un rôle déterminant sur le développement durable, non seulement pour la part de biens et de services directement acquise par les pouvoirs publics, mais aussi parce que ces derniers assument une fonction de modèle. Il en résulte un changement de paradigme, qui consiste à conclure des marchés publics délibérément orientés vers la durabilité, et qui s'opère essentiellement dans l'esprit des acteurs concernés, en particulier dans la tête des instances législatives, des pouvoirs adjudicateurs et des praticiennes et praticiens des marchés publics. Car la prise en compte des objectifs de développement durable dans la passation des marchés publics était déjà légalement admissible jusqu'ici, et dans une très large mesure. La révision actuelle n'intègre que peu de nouvelles dispositions contraignantes en faveur du développement durable dans la LMP et l'AIMP; parmi elles, on citera l'extension des standards minimaux sociaux et environnementaux, qui constituent des conditions de participation et doivent impérativement être respectés. En outre, un aspect central réside dans le fait que le but de la loi recèle désormais une injonction de respecter le critère de la durabilité. La durabilité ne fait plus l'objet d'une suspicion générale d'obstacles illicites au commerce ou de discrimination des soumissionnaires provenant d'une autre région. Au contraire, le législateur reconnaît sa compatibilité de principe avec les objectifs d'une concurrence équitable. Les incertitudes ayant inutilement persisté sous l'ancien droit des marchés publics, par exemple concernant l'admissibilité des spécifications techniques se rapportant aux répercussions environnementales lors de la fabrication de l'objet du marché, ont été levées. Les instruments juridiques destinés à mettre en œuvre les exigences en matière

de développement durable ont été quelque peu étendus, notamment en ce qui concerne les sous-traitants. Cependant, il s'agit encore de veiller à aménager des conditions d'adjudication réellement au service du développement durable. La loi ne permet toujours pas le protectionnisme déguisé, mis en place sous le couvert de l'écologie.

En ce qui concerne le cadre normatif applicable aux marchés publics durables, l'UE a des années d'avance sur la Suisse. Des arrêts importants rendus par la CJUE ont permis de clarifier différents aspects et de délimiter un cadre pour la prise en compte des objectifs sociaux et écologiques en matière de durabilité. En 2014, une large partie de cette jurisprudence a été introduite dans les directives européennes relatives à la passation de marchés publics, et complétée par endroits. Diverses questions ont été minutieusement réglées. Le droit européen des marchés publics contient notamment des dispositions très précises concernant les certificats, les labels, les coûts du cycle de vie, les conditions d'exécution ainsi que sur le lien objectif suffisant avec l'objet du marché que doivent présenter les critères d'adjudication. La pratique suisse d'adjudication peut aussi profiter de ces réglementations détaillées, puisque les directives européennes relatives à la passation des marchés, tout comme le droit suisse, mettent en œuvre l'accord sur les marchés publics de l'OMC, et que le législateur suisse s'est en partie directement inspiré des solutions adoptées par l'UE en matière de marchés publics durables.

Comme le législateur suisse n'a fixé que peu d'obligations directement applicables concernant les marchés publics durables, il relève principalement de la responsabilité des adjudicateurs et des autorités adjudicatrices de mettre sérieusement en œuvre les objectifs de développement durable dans la passation des marchés. Il s'agit d'une tâche exigeante, qui requiert du savoir-faire et de l'engagement.

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

Riassunto

Il rafforzamento della sostenibilità negli appalti pubblici è stato un tema centrale del legislatore svizzero nella revisione della LAPub e dei Cantoni nella revisione del CIAP, come lo è stato pure per gli Stati contraenti nella revisione dell'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici e per l'UE nell'adattamento delle sue direttive sugli appalti pubblici. Ciò è dovuto alla consapevolezza che gli appalti pubblici hanno un ruolo decisivo per lo sviluppo sostenibile, non solo per la quota di beni e servizi acquistati direttamente dagli enti pubblici, ma anche per il ruolo esemplare assunto. Il relativo cambiamento di paradigma concernente gli acquisti effettuati in modo consapevolmente sostenibile ha avuto luogo e continua ad avere luogo principalmente nella mentalità degli attori coinvolti – in particolare le autorità legislative, i committenti pubblici come pure le professioniste e i professionisti in questo ambito. Infatti, la considerazione degli obiettivi di sostenibilità negli appalti pubblici è già ammessa a livello legislativo in misura molto ampia.

Con l'attuale revisione, nella LAPub, rispettivamente nel CIAP, sono state inserite solo poche nuove disposizioni vincolanti a favore della sostenibilità; queste includono, in particolare, l'estensione degli standard minimi sociali e ambientali che devono essere rispettati e che valgono come condizioni di partecipazione. Inoltre, è essenziale rilevare che fra gli scopi della legge vi è ora il mandato di tenere conto della sostenibilità. Secondo la volontà del legislatore, la sostenibilità non è più oggetto di sospetti generalizzati di costituire un ostacolo inammissibile agli scambi commerciali o di essere discriminante nei confronti dei fornitori non locali, ma le viene riconosciuta la compatibilità fondamentale con gli obiettivi della concorrenza leale. Sono state eliminate le incertezze che (inutilmente) persistevano nella precedente legge sugli appalti pubblici, ad esempio riguardo all'ammissibilità delle specifiche tecniche relative all'impatto ambientale della produzione dell'oggetto dell'appalto. Gli strumenti legali per l'attuazione dei requisiti di sostenibilità sono stati leggermente ampliati, ad esempio per quanto attiene ai subappaltatori. Tuttavia, si deve ancora fare attenzione a garantire che i requisiti di aggiudicazione siano elaborati in modo tale che siano effettivamente al servizio della sostenibilità. La legge continua a non permettere alcuna forma di protezionismo mascherato che si nasconde dietro al paravento dell'ecologia.

Per quanto riguarda il quadro legale in materia di acquisti sostenibili, l'UE è avanti di anni rispetto alla Svizzera. Dopo che le sentenze di riferimento della CGUE avevano fatto chiarezza su alcuni aspetti e stabilito le condizioni quadro per la considerazione degli obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale, questa giurisprudenza è stata ampiamente trasferita e integrata nelle direttive sugli appalti pubblici nel 2014. In questo processo varie questioni sono state regolate in modo molto dettagliato. La legislazione europea sugli appalti pubblici contiene in particolare disposizioni dettagliate su certificati, marchi, costi del ciclo di vita, condizioni relative all'esecuzione dell'appalto e sulla necessaria connessione oggettiva dei criteri di aggiudicazione con l'oggetto dell'appalto. Anche la prassi svizzera in materia di appalti pubblici può beneficiare di queste regolamentazioni dettagliate, poiché sia il diritto dell'UE sugli appalti pubblici sia quello

svizzero attuano l'accordo dell'OMC sugli appalti pubblici e pure il legislatore svizzero si è in parte orientato direttamente alle soluzioni dell'UE in materia di acquisti sostenibili.

Poiché il legislatore svizzero ha fissato solo pochi obblighi direttamente applicabili in materia di acquisti sostenibili, è in gran parte responsabilità dei committenti pubblici e dei loro servizi di aggiudicazione implementare seriamente gli obiettivi di sostenibilità nel diritto in materia di acquisti pubblici. Si tratta di un compito complesso che richiede know-how e impegno.

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