

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

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Vergaberechtliches Arbeitspapier,
zweite, aktualisierte Fassung,

erstellt im Auftrag der
Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung
Schweiz (IGÖB)

Bern, im September 2010

Inhaltsübersicht

A. Abkürzungen	4
B. Literatur	5
C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente	9
I. Einleitung	11
1. Umschreibung des Auftrags	11
2. Ausgangslage	12
2.1 Das Beschaffungsrecht als Wirtschaftsverwaltungsrecht	12
2.2 Die Nachhaltigkeit der Beschaffung als langfristiger Trend	13
II. Der Klassiker: Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Rahmen der Offertbewertung	15
1. Ist im Kriterium "Lehrlingsausbildung" ein vergabefremder Aspekt zu sehen?	15
2. Ist es zulässig, die Lehrlingsausbildung im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu berücksichtigen?	16
3. Sind aus dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots Vorgaben in Bezug auf die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung abzuleiten?	17
III. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen	19
1. Einleitung	19
2. Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?	20
3. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Abkommens bzw. des Gesetzes	20

4.	Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA	21
4.1	Art. VI GPA: Technische Spezifikationen	21
4.2	Art. VIII GPA: Die Qualifikation der Anbieter	22
4.2.1	Der Eignungsbegriff des GPA	22
4.2.2	Die Zulässigkeit vergabefremder Anforderungen an die Anbieter	23
4.3	Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung	24
4.4	Art. XXIII GPA: Ausnahmebestimmungen	25
IV.	Die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen, insb. der ILO-Kernübereinkommen, als Ausschlussgrund	25
1.	Die Arbeitsbedingungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB	25
2.	Die Herstellung von Produkten im Ausland und die Entsendung von Arbeitnehmern	26
3.	Die ILO-Kernübereinkommen als Mindestvorgabe im Bereich der Arbeitsbedingungen für im Ausland hergestellte Produkte	27
4.	Die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund nach dem Beschaffungsrecht des Bundes	29
V.	Gleichstellungsstandards im Rahmen des Beschaffungsrechts	32
VI.	Vergabefremde Aspekte de lege lata und de lege ferenda / Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Standards im Rahmen der Offertbewertung	33
1.	Die Ausgangslage	33
2.	Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach dem geltenden Vergaberecht des Bundes	34

3. Die Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Aspekten nach interkan- tonalem bzw. kantonalem Vergaberecht	35
4. Vergabefremde Gesichtspunkte und insbesondere "Fair-Trade"- Aspekte de lege ferenda	36
VII. Ergebnis	38

A. Abkürzungen

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGSA	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41)
BKB	Beschaffungskommission des Bundes
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
EP	Europäisches Parlament
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GATT-Botschaft 2	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBI 1994 IV 950 ff.
GPA	Government Procurement Agreement vom 15. April 1994 = WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungs- wesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422)
GWB	(Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des am 19. Dezember 2008 beschlossenen

	Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Bundesgesetzblatt 2009 I S. 790 ff.)
ILO	International Labour Organisation
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 in der revidierten Fassung vom 15. März 2001 (AS 2003, 196; aus der SR entfernt)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
ÜoeB	siehe unter GPA
VöB	Verordnung des Bundesrates vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VE	Vorentwurf
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRöB	Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (2. Mai 2002)
WTO	World Trade Organisation
ZBI	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

B. Literatur

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

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

BAYREUTHER FRANK, Tariftreue vor dem Aus – Konsequenzen der Rüffert-Entscheidung des EuGH für die Tariflandschaft, in: NZA 2008, S. 626 ff.

BAYREUTHER FRANK, Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht, in: EuZW 2009, S. 102 ff.

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

BEYELER MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004

BEYELER MARTIN, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008

BIAGGINI GIOVANNI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (zitiert als: Abkommen), in: Thürer et alii (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Ein Handbuch, Zürich 2007, S. 651 ff.

BRUPBACHER STEFAN, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation – Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Bern 2002

CHATTON GREGOR T., Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO, Genf/Zürich/Basel 2005

CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 5 LMI et de l'art. 9 LMI, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, S. 1304 ff. und S. 1399 ff.

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

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

EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008

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

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

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/CLERC EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich 2007

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

GROLIMUND PASCAL, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004

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

HAUSER MATTHIAS, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, in: URP 2002, S. 339 ff.

HILF MEINRAD/OETER STEFAN, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005

KAHL WOLFGANG (HRSG.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008

KRESSNER LARS, Die Auftragsperre im Vergaberecht, Köln 2006

KUNNERT GERHARD, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998

KUNZLIK PETER, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (ed.), The Environmental Performance of Public Procurement, Paris 2003, S. 157 ff.

KUS ALEXANDER, Losvergabe und Ausföhrungskriterien, in: NZBau 2009, S. 21 ff.

LEPORI TAVOLI LUISA, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Bern 2009

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

STÖCKLI HUBERT, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Auflage, Fribourg 2008

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

VAN DEN EIKEL ANDREAS, Die zulässige Implementierung "vergabefremder" Kriterien im europäischen Vergaberecht, Hamburg 2006

WIEDMANN ARIANE, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007

WYLER RÉMY, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 247 ff.

ZIEKOW JAN, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 2. Fassung, Bonn 2009

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/MAILLARD CORINNE/MICHEL NICOLAS, Droit des marchés publics, Fribourg 2002

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Fribourg 2003

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, Sogenannt "vergabefremde" Kriterien (zitiert als: Ergänzungsstudie), Fribourg 2004

C. Berücksichtigte Berichte und Dokumente

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

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

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

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

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

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

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

Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung vom 8. Juli 2010 (zitiert als: Empfehlungen der Beschaffungskommission), <http://www.bbl.admin.ch/bkb/02015/index.html?lang=de&msg-id=34227>, zuletzt besucht am 23. August 2010

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

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

Buying green! A handbook on environmental public procurement, Handbuch der EU-Kommission vom 18. August 2004

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

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

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

Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement, Arbeitsdokument der EU-Kommission (schon länger angekündigt; Entwurf liegt vor)

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

I. Einleitung

1. Umschreibung des Auftrags

Die Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) hat sich zum Ziel gesetzt, sich vermehrt mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu beschäftigen. Angesichts der Optionen ausführliches Gutachten und Arbeitspapier hat sich die IGÖB für das Letztere entschieden mit zwei Zielsetzungen: Einerseits soll das Arbeitspapier im Rahmen der Anwendung des geltenden Rechts einen Beitrag leisten zur Erhöhung der Orientierungssicherheit für die Beschaffenden. Andererseits sollen aus dem Papier Anregungen gewonnen werden können mit Blick auf die Revision des Beschaffungsrechts des Bundes. Ergänzend sind für die vorliegende überarbeitete Fassung ausserdem die auf den 1. Januar 2010 in Kraft getretene Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)¹ und die Empfehlungen der Beschaffungskommission des Bundes zur nachhaltigen Beschaffung vom 8. Juli 2010² zu berücksichtigen. Diese rechtliche Analyse drängt sich umso mehr auf, als den Entscheidungsträgern im Rahmen der Totalrevision des Beschaffungsrechts unter dem Leitbegriff "Klären" schwerpunktmässig "der Fragenkomplex rund um die *Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen vorgelegt*" werden soll³.

Das vorliegende Papier hat ausschliesslich rechtsdogmatische Aspekte der Beschaffung unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte als Teilgehalt der nachhaltigen Beschaffung zum Gegenstand⁴. Rechtspolitische Fragen interessieren nur soweit, als rechtsdogmatische Argumente zu deren Beantwortung herangezogen werden können. Nicht Gegenstand dieser Kurzanalyse sind die Rechtsfragen, welche sich im Rahmen der umwelt-

¹ Verordnung vom 11. Dezember 1995 in der Fassung vom 1. Januar 2010, SR 172.056.11; vgl. zur Änderung vom 18. November 2009 AS 2009 6149. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren vor allem Art. 7 Abs. 2 VöB (ILO-Kernübereinkommen als Mindeststandard und Ausschlussgrund), Art. 27 Abs. 2 VöB (Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit) und Art. 27 Abs. 3 VöB (Berücksichtigung der Ausbildungsplätze).

² Im Folgenden: Empfehlungen der Beschaffungskommission, <http://www.bbl.admin.ch/bkb/02015/index.html?lang=de&msg-id=34227>, zuletzt besucht am 23. August 2010

³ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 (im Folgenden: Erläuternder Bericht Totalrevision), S. 15, Punkt 2.2

⁴ Der als Richter am Bundesverwaltungsgericht tätige Verfasser äussert ausschliesslich seine persönliche Auffassung. Frau lic.iur. Elisabeth Lang, Rechtsanwältin, Brugg, gebührt herzlicher Dank für die kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise.

freundlichen Beschaffung stellen⁵. Unter dem Oberbegriff "Soziale Aspekte" werden in einem umfassenden Sinne⁶ auftragsgemäss die Themen Mindeststandards im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau, Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen, Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung und soziale Standards für die Produktion im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen behandelt. Ausgangspunkt ist dabei in der Regel das Beschaffungsrecht des Bundes. Indessen lassen sich die Erkenntnisse weitgehend auf das interkantonale bzw. kantonale Recht übertragen.

2. Ausgangslage

2.1 Das Beschaffungsrecht als Wirtschaftsverwaltungsrecht

Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA)⁷ wie auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)⁸, mit welchem die Eidgenossenschaft das GPA umgesetzt hat, haben zum Zweck, den Gedanken des Wettbewerbs und der Liberalisierung zum Durchbruch zu verhelfen. Das BöB ist ein wichtiges Element im „Prozess der marktwirtschaftlichen Erneuerung“⁹. Auf kantonaler Ebene verfolgt das Binnenmarktgesetz (BGBM)¹⁰, insbesondere in Art. 5 und Art. 9 BGBM, unter anderem dasselbe Ziel. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. c BöB will der Bund mit dem Beschaffungsrecht des Bundes den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. Die Optimierung des Beschaffungsvorgangs im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bedeutet zugleich, dass das Beschaffungs-

⁵ Vgl. dazu etwa Grolimund, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen (im Folgenden: Ökologische Aspekte), ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004; Blaas, Ökologische Aspekte im Vergaberecht, Zürich 2004, und Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006 (im Folgenden: Studie), aufbauend namentlich auf den einschlägigen Publikationen von Hauser

⁶ Nach Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen (im Folgenden: Faires Beschaffungswesen), Gutachten, 2. Fassung, Bonn 2009, S. 15, sind soziale Aspekte "all jene Gesichtspunkte, die die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen sichern oder verbessern sollen".

⁷ Übereinkommen vom 15. April 1994, SR 0.632.231.422

⁸ Gesetz vom 16. Dezember 1994, SR 170.056.1; auf kantonaler Ebene erfolgt die Umsetzung durch die (am 15. März 2001 revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

⁹ Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (im Folgenden: Abkommen), in: Thüerer et alii (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EG, Ein Handbuch, Zürich 2007, S. 651 ff., S. 688; vgl. auch den Schlussbericht der parlamentarischen Verwaltungskontrolstelle "Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht" zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 14. März 2002 (im Folgenden: Liberalisierungsbericht), Punkt 1.2 S. 1

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

wesen der Fremdbestimmung durch politische Ziele entzogen werden soll¹¹; „government by procurement“ erscheint aus dieser Sicht unerwünscht¹². Um die Versuche politischer Determination des Beschaffungswesens zu beschreiben wird unter Beschaffungsjuristinnen und -juristen der Begriff „Berücksichtigung vergabefremder Aspekte“ verwendet¹³. Diese sind besonders dann verpönt, wenn sie zum protektionistischen Instrument werden, indem sie der Bevorzugung inländischer bzw. ortsansässiger Anbieter dienen sollen. Die Rechtsprechung nennt namentlich regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen¹⁴. Entsprechend hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Rahmen der Erörterung der Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung vorab festgehalten, dieses bilde jedenfalls keine Grundlage für eine Bevorzugung lokaler Anbieter¹⁵.

2.2 Die Nachhaltigkeit der Beschaffung als langfristiger Trend

Gemäss Art. 2 Abs. 2 BV¹⁶ hat die Schweizerische Eidgenossenschaft unter anderem zum Zweck, die gemeinsame Wohlfahrt und die nachhaltige Entwicklung zu fördern. Der Begriff der Nachhaltigkeit wird hier im umfassenden Sinne, das heisst in seiner ökonomischen, sozialen und ökologischen Dimension verwendet¹⁷. Neben das dargestellte Konzept des Vergaberechts ist deshalb die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates getreten, mit welcher sich die Landesregierung das Ziel gesetzt hat, Rahmenbedingungen zu schaffen, die gewährleisten, dass die Beschaffungspraxis insbesondere der Bundesverwaltung auch soziale Aspekte berücksichtigt¹⁸. Ausserdem will der Bund selbst bei seinem Konsumverhalten eine Vorbildfunktion einnehmen, indem er im Rahmen seiner

¹¹ Priess, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, S. 621 ff., insb. S. 648; vgl. auch Grolimund, Ökologische Aspekte, a.a.O. [Fn. 5], S. 17

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

¹³ Vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, S. 307 Rz. 1298, und zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 16 f. Zufferey/Dubey schlagen in ihrer Ergänzungsstudie zum Vergaberecht des Bundes und der Kantone betreffend die sogenannten vergabefremden Kriterien (im Folgenden: Ergänzungsstudie) vor, den Begriff "fremde Kriterien" nur für Aspekte zu verwenden, deren Berücksichtigung nicht zulässig sein soll (a.a.O., S. 19).

¹⁴ Vgl. etwa den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. Mai 1999, in: Baurecht 2/2002, S. 57 S11 mit zustimmender Anmerkung Esseiva, der insbesondere auf die Prozentklauseln hinweist, mit welchen lokale Anbieter bisher regelmässig begünstigt worden sind. Derartige Prozentklauseln sind insbesondere nicht GPA-konform (vgl. Liberalisierungsbericht, a.a.O. [Fn. 9], Punkt 2.2 S. 7).

¹⁵ Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, E. 3a mit Hinweis auf BEZ 1999 Nr. 37 E. 5

¹⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101

¹⁷ Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: AJP 1999, S. 698 ff., S. 704

¹⁸ Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 27. März 2002, S. 17; vgl. dazu auch die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 2

Beschaffungstätigkeit Produkte nachfragt und Bauwerke realisiert, die wirtschaftlich, umweltschonend und gesundheitsverträglich sind und die sozial verantwortungsvoll produziert werden¹⁹. Die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates geht dabei im Grundsatz davon aus, dass sich die im Beschaffungsrecht zu konkretisierenden wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Zielsetzungen in Einklang bringen lassen²⁰. Indessen darf die Berücksichtigung sozialer Anliegen nicht dazu führen, dass das Ziel der Wirtschaftlichkeit aus den Augen verloren wird²¹. Derzeit ist in gewissem Masse eine Gegenbewegung zum rein wirtschaftsliberalen Ansatz der 90er Jahre festzustellen. Deutlichstes Beispiel sind die neuen europäischen Richtlinien zum Vergaberecht²². Auf diese aufbauend setzt sich die EU-Kommission für die umweltfreundliche Beschaffung ein, weil dadurch der Markteinstieg möglichst umweltschonender Produkte und Dienstleistungen gefördert wird. Das führt nach dem Konzept der Kommission zu einem nachhaltigeren Verbrauch, fördert aber auch Öko-Innovationen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der EU²³. Ausserdem ist – allerdings seit einiger Zeit – ein Handbuch ("guide") der EU-Kommission zur Berücksichtigung sozialer Kriterien in Vorbereitung²⁴. In diesem Sinne halten denn Zufferey und Dubey auch zutreffend fest, dass die die Beschaffung beeinflussenden öffentlichen Interessen ein dynamisches Konzept sind und bleiben müssen, das sich mit der Gesellschaft entwickelt²⁵. Entsprechend wandeln sich auch die rechtlichen Auffassungen zu vergabefremden Aspekten allgemein und zur Berücksichtigung sozialer Aspekte im Besonderen. Folgerichtig geht etwa die ILO davon aus, dass die gegenwärtige Situation, wonach in Bezug auf soziale Mindeststandards im Rahmen der Produktion eine erhöhte öffentliche Aufmerksamkeit festzustellen sei, dazu genutzt werden sollte, die Bedeutung der ILO-Standards

¹⁹ Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008-2011, Bericht des Schweizerischen Bundesrates vom 16. April 2008, S. 21 f.

²⁰ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 18; ganz allgemein zu Koordination und Erhöhung der Kohärenz zwischen den verschiedenen betroffenen Politikbereichen vgl. Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, a.a.O. [Fn. 18], S. 12

²¹ Vgl. dazu etwa die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 2

²² Richtlinien 2004/17/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff.) und 2004/18/EG vom 31. März 2004 (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff.)

²³ So insbesondere die Mitteilung der Kommission "Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen" (KOM[2008]400 endg.) vom 16. Juli 2008, S. 13

²⁴ Mitteilung der Kommission "Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung: Die Rolle des Fairen Handels und handelsbezogener nichtstaatlicher Nachhaltigkeitskonzepte" (KOM[2009] 215 endg.) vom 5. Mai 2009, S. 9 f. Vgl. zum Ganzen auch den Bericht des EP-Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen vom 10. Mai 2010, S. 12 f., und die darauf gestützte Entschliessung des EP vom 18. Mai 2010

²⁵ Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 18

hervorzuheben und die Revision von Vergaberechtsordnungen in ihrem Sinne zu beeinflussen²⁶.

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

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

Nach Gauch/Stöckli werden vergabefremde Kriterien definiert als Eignungskriterien, die nicht die leistungsbezogene Eignung der Anbieter betreffen, oder als Zuschlagskriterien, die nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots beschlagen^{27,28}. Soweit in der Lehre erwogen wird, die Ausbildung von Lehrlingen als Ausdruck von Solidität und finanzieller Leistungsfähigkeit und damit als klassischen Eignungsnachweis zu verstehen, erscheint diese Argumentation wenig überzeugend²⁹. Vor allem kann die Tatsache, dass die Lehrlingsausbildung als zu berücksichtigender Gesichtspunkt, zwar rechtlich "stark umstritten" ist³⁰, aber "relativ breite politische Akzeptanz" findet, nicht dazu führen, dass dieser "nicht mehr als vergabefremd" gilt³¹. In diesem Sinne ist ein juristisches Schulbeispiel gebildet worden, nach welchem der zu vergebende Auftrag darin besteht, Jugendlichen in Bezug auf eine bestimmte Branche Perspektiven aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang kann der Frage, ob es möglich ist, mit Lehrlingen über ihre ersten Erfahrungen zu sprechen, eine gewisse Bedeutung zukommen³². In einer solchen Konstellation kann ausnahmsweise als Eignungsnachweis eine Bescheinigung verlangt werden, dass der Anbieter eine gewisse Anzahl Lehrlinge ausbildet. Normalerweise geht es demgegenüber bei der Anstellung von Lehrlingen vergaberechtlich nicht darum, die Erfüllung des Auftrags durch den Anbieter zu sichern, sondern vielmehr um einen sozial-

²⁶ Vgl. dazu International Labour Office, Labour clauses in public contracts, Geneva 2008, insb. S. 100 Rz. 280

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

²⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine vergabefremde Anforderung an den Anbieter begriffsnotwendig kein Eignungskriterium (Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 63 f). Vgl. zum Eignungsbegriff des GPA Kapitel II Punkt 4.2.1 S. 22 f. hiernach

²⁹ Vgl. dazu etwa Esseiva, Mise en oeuvre de la nouvelle législation cantonale en matière des marchés publics, Baurecht 1998, S. 104 ff., S. 106

³⁰ So etwa Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 13

³¹ So aber Ganz, Neue Ansätze beim Beschaffungsrecht: Ein Vorschlag de lege ferenda, Baurecht 2006, S. 196 ff., S. 197

³² Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 64

politisch begründeten Zusatzaspekt des Angebots³³. Bleibt demnach nur die Feststellung, dass mit der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung letztlich sichergestellt werden soll, dass Unternehmen, die Verfassungs- und Gesetzesvorgaben und -ziele einhalten und damit tendenziell höhere Allgemeinkosten auf sich nehmen, bei der Vergabe nicht benachteiligt werden³⁴. Das ist für einen vergabefremden Aspekt typisch; die Berücksichtigung eines solchen erfolgt immer mit Blick auf die Kohärenz des im geltenden Recht zum Ausdruck kommenden Wertungsgefüges, damit sich die öffentliche Hand nicht widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen muss.

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

Die Tatsache, dass ein Gesichtspunkt als vergabefremd beurteilt wird, bedeutet nicht per se, dass die Berücksichtigung desselben unzulässig ist. Zulässig sein können vergabefremde Kriterien, die nach Massgabe des anwendbaren Vergaberechts berücksichtigt werden müssen oder dürfen³⁵. Indessen bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung für die Integration vergabefremder Gesichtspunkte in den Beschaffungsprozess einer formell-gesetzlichen Grundlage³⁶. Dafür spricht auch der materielle Gesetzesbegriff, wie er in der neuen Bundesverfassung verankert ist (Art. 164 Abs. 1 BV)³⁷. Demnach ist nach geltendem Recht die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung auf Bundesebene im Sinne eines Zuschlagskriteriums unzulässig³⁸. Anders sieht die Lage etwa in den Kantonen Aargau und Zürich aus³⁹, welche eine gesetzliche Grundlage im Sinne der Integration

³³ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 4. Entsprechend wird denn auch in den Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 3 und S. 14, festgehalten, bei sozialen Kriterien könne in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob ein bestimmter Bauunternehmer Lehrlinge ausbildet.

³⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 9. August 2001, AGVE 2001, S. 342 ff., E. 1c/bb/aaa S. 345

³⁵ Gauch/Stöckli, a.a.O. [Fn. 27], S. 28

³⁶ So hat das aargauische Verwaltungsgericht etwa festgehalten, dass wenn die Lehrlingsausbildung nur als Zuschlagskriterium vorgesehen sei, dieser Gesichtspunkt nicht als Eignungskriterium definiert werden darf (AGVE 1999, S. 294 ff., E. 2c/bb/ccc S. 300).

³⁷ Vgl. zur wirtschaftspolitischen Bedeutung und dem damit verbundenen Bedarf an demokratischer Legitimation als Argument für materielle Gesetzesqualität etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, publiziert in BVGE 2009/17, E. 8.2

³⁸ Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts (im Folgenden: Praxis), Band 1, 2. Auflage, Zürich 2007, Rn. 589 mit Fn. 1154, Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 13, und Steiner, Nachhaltige Beschaffung – Vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 58 ff., S. 60; anderer Ansicht Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1418

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

eines vergabefremden Kriteriums kennen, das wie ein Zuschlagskriterium berücksichtigt wird. Allerdings bringt das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen InöB wie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich⁴⁰ insofern einen Vorbehalt an, als dieses Kriterium gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/ WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewendet werden darf⁴¹. Diesen Bedenken trägt auch Art. 27 Abs. 3 VöB Rechnung, indem dort klargelegt wird, dass die Lehrlingsausbildung, soweit deren Berücksichtigung bei ansonsten gleichwertigen Angeboten zulässig ist, nur beim Vergleich schweizerischer Anbieter relevant sein kann⁴². Auf die konkreten Kautelen bei der Anwendung des Kriteriums (vgl. etwa die Berücksichtigung der Grösse eines Unternehmens im Rahmen der Bewertung der Anzahl Lehrlinge) ist hier nicht weiter einzugehen⁴³.

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

Mit Blick auf die Ziele des Binnenmarktgesetzes hält das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass sich die Frage stellt, wie weit mit der Anwendung des Kriteriums gegangen werden darf, ohne den freien Marktzugang im Sinne des Binnenmarktgesetzes übermässig zu beschränken. Dabei könne es offensichtlich nicht darum gehen, öffentliche Beschaffungen ausschliesslich oder überwiegend nach dem Einsatz von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben⁴⁴. Ausserdem hätten sich die der IVöB beigetretenen Kantone gemäss Art. 13 lit. f IVöB dazu verpflichtet, in ihren Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorzusehen, "die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten". Die Umschreibung von Art. 13 lit. f IVöB sei klarerweise auf den Nutzen der Angebote für das vergebende Gemeinwesen ausgerichtet und spreche daher grundsätzlich gegen die Anwendung von leistungsfremden, insbesondere sozialpolitischen Kriterien. Es sei zwar davon auszugehen, dass

⁴⁰ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3b und 3e

⁴¹ Beurteilung vom 20. Februar 2005 betreffend Aufnahme der Ausbildungsanstrengungen als Zuschlagskriterium in der IVöB bzw. den Vergaberichtlinien, Punkt 3.3, S. 5

⁴² Vgl. dazu auch den Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, S. 21 f. zu Art. 27 Abs. 3 VöB

⁴³ Vgl. BGE 129 I 313 E. 8.3, Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis, a.a.O. [Fn. 38], Rn. 590 mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung und Stöckli; Anmerkung zu Nr. S18-S20, in: Baurecht 2/2008, S. 97

⁴⁴ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3c

das Kriterium Lehrlingsausbildung im Geltungsbereich der IVöB Verwendung finden dürfe, indessen sei im Sinne einer einfach anzuwendenden Regel festzulegen, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10 Prozent des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten dürfe⁴⁵. In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht eine Beschwerde einer Walliser Gemeinde abgewiesen, welche dem Walliser Kantonsgericht eine Verletzung der Gemeindeautonomie vorgeworfen hatte, und es als nicht willkürlich bezeichnet, dass das Kantonsgericht erkannt hatte, dem Kriterium Lehrlingsausbildung sei im Verhältnis zum Zuschlagskriterium Preis ein allzu grosses Gewicht beigemessen worden⁴⁶. In Bezug auf die zitierte Rechtsprechung ist zunächst festzuhalten, dass das Binnenmarktgesetz nicht das entscheidende Argument liefert zur Beurteilung der Frage, ob die Berücksichtigung des Lehrlingskriteriums zulässig ist, da alle Kantone gestützt auf gemeinsame Rechtsgrundlagen der Eidgenossenschaft das gleiche System der Lehrlingsausbildung kennen⁴⁷. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob dem *Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots* (vgl. auf Bundesebene Art. 21 Abs. 1 BöB) eine Regel entnommen werden kann, welche besagt, dass dieses im Wesentlichen aufgrund nicht vergabefremder Kriterien ermittelt werden soll⁴⁸. So geht es nach der im Entscheid BE.99.00179 des aargauischen Verwaltungsgerichts vom 15. September 1999, E. 3f, wiedergegebenen Minderheitsmeinung generell nicht an, dass zwei submissionsfremde Kriterien ("Umwelt" und Lehrlingsausbildung) ein Gewicht von rund 43 Prozent erhalten; dies führe zum vornherein zu einer Wettbewerbsverzerrung. Zudem sei eine qualifiziert fehlerhafte Ermessenshandhabung stets dann anzunehmen, wenn das (sachfremde) Kriterium "Lehrlingsausbildung" (gewichtet mit 19.5 Prozent) vor dem Kriterium des Preises (gewichtet mit 12 Prozent) rangiere⁴⁹. Diese Erwägung ist gleich mehrfach interessant. Erstens nimmt sie in gewisser Weise die bundesgerichtliche Rechtsprechung vorweg, nach welcher dem Preis grundsätzlich ein Mindestgewicht von 20 Prozent zukommen soll⁵⁰. Zweitens dokumentiert sie die heute weitgehend überwundene

⁴⁵ Entscheid VB.2002.00255 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, E. 3d und 3e

⁴⁶ BGE 129 I 326 E. 8.4 und E. 9; vgl. zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis, a.a.O. [Fn. 38], Rz. 591 ff.

⁴⁷ Auch aus Gründen der Kompetenzausscheidung hat denn der Bundesrat in seiner Antwort auf die Motion Galladé (04.3061) vom 7. Juni 2004 unter anderem festgehalten, das BGBM sei nicht der richtige Ort für die Regelung öffentlicher kantonaler und kommunaler Beschaffungsverfahren (in Bezug auf die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium). Solche Regelungen müssen vielmehr in der IVöB sowie in den kantonalen Ausführungserlassen Eingang finden.

⁴⁸ Vgl. Stöckli, Baurecht 2/2000, S. 59, Anmerkung zu den Entscheiden S17 und S18

⁴⁹ Vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis, a.a.O. [Fn. 38], Rz. 592

⁵⁰ BGE 129 I 313 E. 9.2, S. 327; vgl. zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den Zwischenentscheid B-3311/2009 vom 16. Juli 2009, E. 6.3 und E. 6.5 f. mit Hinweisen, und zu derjenigen der BRK Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis, a.a.O. [Fn. 38], Rz. 527 und Rz. 573

vergaberechtliche Argumentation, nach welcher in der Umweltverträglichkeit generell ein vergabefremder Aspekt zu sehen ist⁵¹. Drittens wird – im Ergebnis dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nahe kommend – die These aufgestellt, dass ein vergabefremdes Kriterium wie die Lehrlingsausbildung die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nur in gewissem Ausmass beeinflussen darf. Dies hat das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau denn auch mit späteren Entscheiden festgehalten. Die niedrige Gewichtung des Kriteriums diene auch der Prävention mit Blick auf die Gefahr verdeckter Diskriminierung⁵². Daraus ergibt sich einerseits, was mit Blick auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch der hier vertretenen Ansicht entspricht, dass das Kriterium nur mit niedriger Gewichtung berücksichtigt werden darf. Andererseits bedeutet dies nicht, dass der Lehrlingsausbildung nur dann Rechnung getragen werden darf, wenn zwei gleichwertige Angebote in Frage stehen, wie das Art. 39 Abs. 5 VE BöB und vor allem der seit dem 1. Januar 2010 geltende Art. 27 Abs. 3 VöB vorsieht⁵³.

III. Das GPA als völkerrechtlicher Rahmen

1. Einleitung

In diesem Kapitel werden die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der öffentlichen Beschaffung erörtert. Dabei sollen, soweit möglich, induktiv die in Bezug auf das Kriterium "Lehrlingsausbildung" gewonnenen Erkenntnisse fruchtbar gemacht werden. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim GPA im Unterschied zum multilateralen WTO-"Einheitspaket" um ein plurilaterales Abkommen handelt⁵⁴. Mit der Bestimmung von Art. V GPA sollte den Entwicklungsländern der Beitritt erleichtert werden, was aber nichts daran geändert hat, dass das GPA ein unter Industrienationen Wirkung entfaltendes Vertragswerk geblieben ist⁵⁵. Des Weiteren ist zu erwäh-

⁵¹ Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], passim und in Bezug auf die Gewichtung insb. S. 85 f. mit Fn. 373. Umweltaspekte sind regelmässig in Form herkömmlicher technischer Spezifikationen und unter dem Zuschlagskriterium "Umweltverträglichkeit" als Teilgehalt der gewünschten Produktqualität integrierbar. Neuralgische Punkte wie die Berücksichtigung von Transportdistanzen sind die untypische Ausnahme.

⁵² AGVE 2001, S. 342 ff., insb. E. c/bb/aaa S. 345 f. mit Hinweis auf AGVE 1999, S. 298 f.

⁵³ Aus dem Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB (S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB) geht hervor, dass der Bundesrat an seiner Position, wonach leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne eines "purity principle" nicht vermischt werden dürfen, festhält. Vgl. dazu Kapitel VI Punkt 2 S. 34 f.

⁵⁴ Siehe dazu etwa Hilf/Oeter, WTO-Recht, Baden-Baden 2005, S. 473

⁵⁵ Arrowsmith geht – allerdings vor der Verabschiedung der neuen EU-Richtlinien zum Vergaberecht – davon aus, dass auch die beschränkte Möglichkeit, soziale Aspekte zu berücksichtigen, mit ein Grund sein könnte, vom Beitritt abzusehen (Expanding Participation in WTO Procurement Disciplines, in: Dies.,

nen, dass der Anwendungsbereich des Abkommens gemäss Art. 1 Abs. 4 GPA insbesondere durch Schwellenwerte begrenzt ist⁵⁶.

1. Das GPA als reines Wirtschaftsrecht?

Im Rahmen dieses Arbeitspapiers kann nicht auf das Verständnis des GPA generell eingegangen werden⁵⁷. Erörtert werden ausschliesslich diejenigen Bestimmungen, welche für die Berücksichtigung sozialer Aspekte relevant sind. Selbstverständlich sind diese immer mit Blick auf Art. III GPA bzw. die dort verankerten Grundsätze der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung zu interpretieren. Wichtig ist indessen festzuhalten, dass das GPA nicht auf eine umfassende Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens zielt, sondern Transparenz schaffen und Diskriminierungen vermeiden will⁵⁸. Ein andere Lesart würde im Übrigen auch dem erklärten Ziel, weitere WTO-Mitgliedstaaten zum Beitritt zu ermuntern, zuwiderlaufen⁵⁹.

3. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Abkommens bzw. des Gesetzes

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a und b BöB (wie auch Art. 10 Abs. 1 lit. a IVöB⁶⁰) ist das Gesetz nicht anwendbar für Aufträge an Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten einerseits sowie für Aufträge, die im Rahmen von Agrar- oder Ernährungshilfsprogrammen erteilt werden, andererseits⁶¹. Damit werden mit im weiten Sinne sozialpolitischer Begründung Bereichsausnahmen vom Anwendungsbereich des BöB vorgesehen. Entsprechend ist auch des GPA ausgehandelt worden im Sinne der Suche nach einem Gleichgewicht zwischen den Konzessionen der Vertragsstaaten⁶².

Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 438 ff., insb. S. 440).

⁵⁶ Vgl. dazu auch Art. 6 BöB

⁵⁷ Vgl. dazu etwa McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, S. 470 ff., und Steiner, *Studie*, a.a.O. [Fn. 5], S. 24 ff., insbesondere die Ausführungen zur Frage nach einem "purity principle" S. 25 mit Fn. 56; Arrowsmith, *Secondary Policies under the GPA*, in: Dies., *Government Procurement in the WTO*, Den Haag 2003, S. 325 ff., insb. S. 331 f.

⁵⁸ Biaggini, *Abkommen*, a.a.O. [Fn. 9], S. 678

⁵⁹ Vgl. dazu Fn. 55 hiervor

⁶⁰ Vgl. den Entscheid VB.2007.00531 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2008, E. 3.4.8

⁶¹ Vgl. dazu den Anhang 1 zum GPA, notes générales

⁶² Vgl. dazu etwa McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, S. 470, und zu den weiter gehenden Bereichsausnahmen der USA etwa Cottier/Oesch, *International Trade Regulation*, Bern/London 2005, S. 1044

4. Die Auslegung einiger einschlägiger Normen des GPA

4.1 Art. VI GPA: Technische Spezifikationen

Mittels technischer Spezifikationen werden nach dem Wortlaut von Art. VI GPA die Merkmale der zu kaufenden Ware bzw. der zu beschaffenden Leistung beschrieben ("laying down the characteristics of the products to be procured"). Während den technischen Spezifikationen im Bereich der umweltfreundlichen Beschaffung eine wesentliche Bedeutung zukommt, können soziale Aspekte, welche an Anbieterverhalten anknüpfen, nach herrschender Ansicht mangels technischen Produktbezugs in den seltensten Fällen unter dieser Kategorie subsumiert werden. Soziale Anforderungen fallen auch nicht unter die Produktionsbedingungen ("process and methods for their production")⁶³, welche im Bereich der Frage nach der Umweltverträglichkeit der Herstellung relativ weitgehend in die Beschaffungsvorgaben integriert werden können⁶⁴. Ausnahmen im Sinne zulässiger technischer Spezifikationen sind die behindertengerechten Eigenschaften einer öffentlichen Baute oder eines (beispielsweise öffentlich zugänglichen) Computers (etwa in einer Bibliothek)⁶⁵. In diesem Sinne wird auch im Erwägungsgrund 29 unter Bezugnahme auf Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG ausgeführt, die Auftraggeber sollten, wo immer dies möglich ist, technische Spezifikationen festlegen, die das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium der Konzeption für alle Benutzer berücksichtigen⁶⁶. Dieser Appell hat allerdings nur eingeschränkte normative Wirkung. Der Anbieter kann nicht behindertengerechte technische Spezifikationen verlangen, soweit diese über gesetzliche Mindeststandards hinausgehen⁶⁷.

⁶³ So etwa Gaedtker, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (im Folgenden: Politische Auftragsvergabe); weniger eindeutig Cottier/Oesch, International Trade Regulation, Bern/ London 2005, S. 1044. In diesem Sinne wird denn auch in den Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 14, darauf hingewiesen, dass bei sozialen Anliegen in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden kann. Dies wäre dann anders, wenn in der Konsumentenwahrnehmung aufgrund der entsprechenden, auf die Unterschiede hinweisenden Vermarktung das entscheidende Kriterium gesehen würde (vgl. zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 75 mit Hinweis in Fn. 322).

⁶⁴ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 32 f. Nach Trüeb, Umweltrecht in der WTO, S. 500, wird vor allem kein direkter Bezug zu den physischen Charakteristika eines Erzeugnisses vorausgesetzt, welcher etwa bei der Vorgabe, Strom soll aus erneuerbarer Energie produziert werden, fehlt.

⁶⁵ Vgl. McCrudden, Buying Social Justice, Oxford 2007, S. 484, und Boyle, Disability Issues, in: Arrow-smith/Kunzlik (Hrsg.) Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, S. 301 ff., insb. S. 320 ff.

⁶⁶ Man denke etwa an die Bezeichnung von Eisenbahnwagen mit Blindenschrift, mit welcher den Reisenden erklärt wird, ob sie einen Wagen erster oder zweiter Klasse besteigen.

⁶⁷ Vgl. dazu Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, Rz. 1079

4.2 Art. VIII GPA: Die Qualifikation der Anbieter

4.2.1 Der Eignungsbegriff des GPA

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des Auftrags in der Lage sind ("conditions essential to ensure the firm's capability to fulfil the contract")⁶⁸. Eignungskriterien müssen einen hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand haben, welcher etwa gegeben ist, wenn von einem Architekten im Hinblick auf die Erstellung einer behindertenfreundlichen Baute der Nachweis verlangt wird, dass er bereits Pläne für entsprechende Gebäude erstellt hat. Art. VIII lit. b GPA ist demnach so zu verstehen, dass es nach dieser Bestimmung unzulässig ist, einer Anbieterin mit vergabefremder Begründung die Eignung abzusprechen⁶⁹. Das ist jedenfalls die klare Mehrheitsmeinung in Bezug auf den Ausschluss von Firmen, welche Geschäftskontakte mit Burma/Myanmar pflegen⁷⁰. Vergabefremde Mindestanforderungen können demnach, soweit sie sich auf den Anbieter beziehen, aber nicht dessen Eignung zum Gegenstand haben, nur in der Form von Ausschlussgründen oder besonderen "Bedingungen für die Auftragsausführung"⁷¹ in den Beschaffungsprozess eingeführt werden. Soweit etwa in Anhang 3 zu Art. 9 VöB unter dem Titel Eignungsnachweis in Ziffer 6 eine Erklärung betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen verlangt wird, ist darin ein Nachweis zu sehen, dass kein Ausschlussgrund vorliegt⁷². Insoweit ist auch die Erläuterung in der Botschaft zu Art. 11 BöB, wonach die in Frage stehende Bestimmung schwerwiegende Gründe nennt, welche die Anbieterin als nicht mehr zur Auftragserfüllung geeignet erscheinen lässt, so zu lesen, dass diese "Eignung" weiter zu verstehen ist als der Eignungsbegriff, wie er in Art. VIII lit. b GPA verwendet wird⁷³.

⁶⁸ Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis, a.a.O. [Fn. 38], Rz. 362

⁶⁹ Zum Verhältnis zwischen Art. VIII und Art. XIII Abs. 4 lit. a GPA vgl. Gaedtke, Politische Auftragsvergabe, a.a.O. [Fn. 63], S. 122

⁷⁰ Arrowsmith, Secondary Policies unter the GPA, a.a.O. [Fn. 57], S. 338 mit Fn. 45

⁷¹ Vgl. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG

⁷² Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 lit. d BöB

⁷³ GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 960, S. 1188. In diesem Zusammenhang verwendete Begriffe wie "Gesetzestreue" und "Zuverlässigkeit" belegen dieses weitere Verständnis.

4.2.2 Die Zulässigkeit vergabefremder Anforderungen an die Anbieter

Der für den Fall der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB angedrohte Ausschluss ist auch Ausdruck der Erkenntnis, dass es unlauter sein kann, wenn ein Wettbewerber sich durch den Verstoss gegen ausserlauterkeitsrechtliche Normen einen Wettbewerbsvorteil verschafft⁷⁴. Es sollen im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs gleich lange Spiesse geschaffen werden⁷⁵. Soweit mit einem Ausschlussgrund lediglich die Einhaltung von gesetzlichen Mindeststandards verlangt wird, wird teilweise die Auffassung vertreten, der Ausschlussgrund sei nicht vergabefremd⁷⁶. Das trifft nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu, aber klar ist jedenfalls, dass die Sanktionierung der Nichteinhaltung von gesetzlichen Mindestvorgaben im Bereich der Arbeitsbedingungen (unter schweizerischen Anbietern, für welche die gleichen Regeln gelten) aus dogmatischer Sicht weniger hohe Wellen wirft als die Berücksichtigung des Kriteriums Lehrlingsausbildung, da es gerade keine gesetzliche Pflicht gibt, Lehrlinge auszubilden. Dies vor Augen stellt sich die Frage, wie Art. VIII lit. h GPA zu interpretieren ist. Nach dieser Vorschrift steht keine Bestimmung der Buchstaben a-g (des Art. VIII GPA) dem entgegen, dass ein Anbieter zum Beispiel wegen unwahrer Erklärungen ausgeschlossen wird, sofern dies mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung vereinbar ist⁷⁷. Aus der ratio dieser Bestimmung ergibt sich auch die Zulässigkeit des Ausschlussgrundes gemäss Art. 11 lit. d BöB, welcher die Einhaltung der Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann (Art. 8 lit. b und lit. c BöB) durchsetzen soll⁷⁸. Damit verstösst die Integration von gesetzlichen Mindeststandards in den Beschaffungsprozess nicht gegen Art. VIII GPA. Als Sanktion kann nicht nur der Ausschluss oder der Widerruf des Zuschlags drohen, sondern wie etwa im Bereich der Schwarzarbeit auch die Auftragsperre, also der Ausschluss von künftigen Vergaben für

⁷⁴ Vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) vom 19. Dezember 1986; GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 960, S. 1186; Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 43; vgl. zum Ganzen Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 59

⁷⁵ Vgl. dazu etwa den Entscheid VB.2007.00540 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2008, E. 3.6

⁷⁶ Vgl. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen 2004, S. 95

⁷⁷ Vgl. McCrudden, Buying Social Justice, Oxford 2007, S. 485 f.

⁷⁸ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 36 mit Hinweis; differenzierend zwischen Ausschlussgründen und der Auswahl der am besten geeigneten Unternehmen Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, Rz. 1311

eine Dauer von bis zu fünf Jahren⁷⁹. Dabei ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten⁸⁰.

4.3 Art. XIII Abs. 4 GPA: Zuschlagserteilung

Nach Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA erteilt die Beschaffungsstelle den Zuschlag dem Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot entweder das billigste ist oder anhand der spezifischen Bewertungskriterien in den Bekanntmachungen oder den Vergabeunterlagen als das günstigste ("most advantageous") beurteilt wird⁸¹. Aus der kantonalen Gerichtspraxis betreffend die Lehrlingsausbildung⁸² kann der Schluss abgeleitet werden, dass es auch im Lichte von Art. XIII Abs. 4 GPA nicht unzulässig ist, die Angebote im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots teilweise auch anhand von vergabefremden Kriterien zu bewerten⁸³. Dieses Ergebnis entspricht auch der hier vertretenen Auffassung; das Erfordernis, dass keines der im Rahmen der Evaluation berücksichtigten Kriterien vergabefremd sein darf, würde der Interpretation des GPA als Mindeststandard widersprechen⁸⁴. In diesem Sinne hält auch Odendahl fest, dass die Kategorie der Zuschlagskriterien am ehesten vergabefremden Gesichtspunkten zugänglich ist⁸⁵. Dies wiederum bedeutet, dass es keine völkerrechtliche Verpflichtung gibt, die Lehrlingsausbildung nur unter der Voraussetzung zu berücksichtigen, dass die Angebote ansonsten gleichwertig sind (vgl. dazu Art. 39 Abs. 5 VE BöB)⁸⁶.

⁷⁹ Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) vom 17. Juni 2005

⁸⁰ Vgl. dazu etwa den Entscheid VB.2007.00540 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Mai 2008, E. 3.8; Zufferey/Dubey (Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 7) führen dazu aus, dass das im Rahmen von Art. 8 BöB auch bedeute, dass der Ausschluss, wenn er verhältnismässig ist, erfolgen müsse und entgegen der in Art. 8 BöB verwendeten "kann"-Formulierung nicht im Ermessen der Auftraggeberin liege.

⁸¹ McCrudden geht grundsätzlich davon aus, dass das vorteilhafteste nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot zu sein braucht (Buying Social Justice, Oxford 2007, S. 487).

⁸² Vgl. Kapitel II Punkt 2 S. 16 f. hiervor mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich und AGVE 2001, 342 ff, insb. E. 1c/bb/aaa S. 344 ff.

⁸³ So auch Gaedtker, Politische Auftragsvergabe, a.a.O. [Fn. 63], S. 123

⁸⁴ Vgl. dazu Fn. 57 und Fn. 58 hiervor sowie Arrowsmith, Secondary Policies under the GPA, a.a.O. [Fn. 57], S. 343 f. mit dem Hinweis auf den Umstand, dass sich vergabefremde Zuschlagskriterien regelmässig weniger marktbeschränkend auswirken als andere Formen der Berücksichtigung von "secondary policies". So können beispielsweise "conditions for performance of contracts" in der Wirkung einem Ausschlussgrund gleichkommen. In diesem Sinne spricht die Tatsache, dass die Bedingungen für die Auftragsausführung gemäss Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG als GPA-konform gelten, aufgrund eines Grössenschlusses für die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen auch vergabefremde Zuschlagskriterien als GPA-konform zu betrachten.

⁸⁵ Odendahl, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 2004, S. 647 ff., insb. S. 651; anders etwa Kunnert, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 275

⁸⁶ Ausdrücklich gegenteiliger Ansicht der Bundesrat in seiner Antwort vom 7. Juni 2004 auf die Motion Galladé zur Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium für öffentliche Aufträge (04.3061); dieser Auffas-

Allerdings ist Art. XIII Abs. 4 GPA vorsichtigerweise so auszulegen, dass die Bestimmung in Bezug auf die Gewichtung der Kriterien nicht rein formaler Natur ist. Dies hat zur Folge, dass Art. XIII GPA wohl dadurch verletzt werden kann, dass das Kriterium Lehrlingsausbildung im Vergleich zum Preis zu stark gewichtet wird; damit wäre die Rechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte zur Lehrlingsausbildung⁸⁷ insoweit auch als Auslegung von Art. XIII Abs. 4 GPA zu verstehen^{87a}.

4.4 Art. XXIII GPA: Ausnahmebestimmungen

Die Auslegung der Ausnahmebestimmungen ist strittig⁸⁸. Deren Erörterung würde den Rahmen des vorliegenden Arbeitspapiers sprengen. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass gewisse sozialpolitische Anliegen in diesem Zusammenhang als öffentliche Interessen anerkannt sind, welche gegen die Zielsetzungen des GPA abgewogen werden können. In Art. XXIII GPA werden in diesem Sinne Massnahmen "in Bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren" erwähnt⁸⁹.

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

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

Art. 8 BÖB trägt den Titel Verfahrensgrundsätze. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB (vgl. dazu für kantonale Beschaffungen Art. 11 lit. d IVöB) vergibt die Auftraggeberin den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter, welcher die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der

sung nach dürften etwa die zürcherische und die aargauische Submissionsgesetzgebung im Anwendungsbereich des GPA wegen Verstosses gegen Art. XIII GPA nicht angewendet werden (so im Ergebnis schon Stöckli, Baurecht 2/2000, S. 59, Anmerkung zu den Entscheiden S17 und S18; weiterhin ablehnend Stöckli, Baurecht 2/2008, S. 97, Anmerkung zu den Entscheiden S18-S20).

⁸⁷ Vgl. dazu Kapitel II Punkt 3 S. 17 f.

^{87a} Damit ist die Antwort auf die Frage, ob das in Frage stehende politische Ziel nicht mit anderen Mitteln volkswirtschaftlich effizienter zu erreichen wäre, nicht ein Auslegungsergebnis in Bezug auf Art. XIII Abs. 4 des GPA, sondern ein rechtspolitischer Entscheid des schweizerischen Gesetzgebers (vgl. zum Ganzen etwa Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007, S. 477 ff., insb. S. 497 f.).

⁸⁸ Vgl. McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, S. 491 ff., Gaedtke, *Politische Auftragsvergabe*, a.a.O. [Fn. 63], S. 17 ff., S. 44 und S. 162 ff., sowie in Bezug auf die ökologischen Aspekte namentlich Grolimund, *Ökologische Aspekte*, a.a.O. [Fn. 5], S. 15 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu Arrowsmith, *Secondary Policies under the GPA*, a.a.O. [Fn. 57], S. 346

Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer gewährleisten. Als Arbeitsbedingungen gelten nach Art. 7 Abs. 1 VöB die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge und, wo diese fehlen, die tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB auch von Anbietern, die keinem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, die Einhaltung nicht allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge der jeweiligen Branche verlangt⁹⁰. Gemäss Art. 6 Abs. 5 VöB sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss zur Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 BÖB Konventionalstrafen vor.

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

Im Ausland erbrachte Arbeitsleistungen sind vom Wortlaut des Art. 8 BÖB nicht explizit erfasst. Im Rahmen der GATT-Botschaft 2 wird dazu festgehalten, eine Regelung, welche für die Produktion im Ausland schweizerischen Standards verlangen würde, "würde als diskriminatorisch erachtet"⁹¹. Der in der Botschaft enthaltene Satz, die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen und der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots von Frau und Mann "sollten ... vor allem [im Verkehr mit] ausländischen Anbieterinnen zusätzlich vertraglich vereinbart werden"⁹², kann einerseits so verstanden werden, dass sich Ausschlussgrund und Konventionalstrafensystem in Bezug auf in der Schweiz erbrachte Leistungen ergänzen sollen. Andererseits kann daraus die Intention gelesen werden, auch in Bezug auf die Produktion im Ausland gewisse elementare Standards zu definieren. Inzwischen gilt in Ergänzung zu Art. 8 BÖB als flankierende Massnahme zu den Bilateralen das Entsendegesetz⁹³. Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes müssen die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens gewisse Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normal-

⁹⁰ Stöckli, Vergaberecht 2004, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetagung 2004, S. 4 ff., S. 5, und Steiner, Nachhaltige Beschaffung, a.a.O. [Fn. 38], S. 54 mit Hinweis auf GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBI 1994 IV 960, S. 1186. Vgl. zum Ganzen Wyler, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 247 ff., insb. S. 272 f.

⁹¹ GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 960, S. 1186

⁹² GATT-Botschaft 2, BBI 1994 IV 960, S. 1186 f.

⁹³ Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20)

arbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind⁹⁴. Dazu gehören allerdings nach dem Konzept dieser flankierenden Massnahmen, welches die Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von GAV als Instrument vorsieht, im Lichte systematischer Auslegung auch im Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts wohl keine nicht allgemein verbindlichen GAV⁹⁵. Nach Art. 25 Abs. 1 lit. b VE BÖB sollen auch für schweizerische Anbieter nur noch allgemeinverbindlich erklärte GAV massgebend sein⁹⁶. Ausserdem ist Art. 25 Abs. 3 VE BÖB nach dem Erläuternden Bericht so zu verstehen, dass im Falle einer Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz die Schweiz als Leistungsort gilt⁹⁷. Wie gemäss Art. 5 Abs. 1 des Entsendegesetzes hat die Anbieterin auch nach Art. 25 Abs. 2 VE BÖB die Folgen eines Fehlverhaltens einer Subunternehmerin zu tragen.

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

Es ist unstrittig, dass für die Herstellung von Waren im Ausland (z.B. Textilien aus Thailand), welche in die Schweiz geliefert werden, als Leistungsort das Produktionsland gilt. Daraus ergibt sich de lege ferenda nach dem Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, dass das im Ausland geltende Recht einzuhalten ist. Unterschreitet das jeweilige Recht des Leistungsortes die Regeln der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, so müssen nicht nur nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Vorentwurfs für die Totalrevision (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 VE BÖB), sondern auch nach dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB zumindest diese eingehalten werden⁹⁸. Dies setzt voraus, dass die Rechtsnatur der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation derart ist, dass eine Einhaltung derselben zumindest in allen ILO-Mitgliedstaaten, bestenfalls aber weltweit eingefordert werden kann. Dazu

⁹⁴ Vgl. zum Ganzen Wyler, *Les conditions de travail*, a.a.O. [Fn. 90], S. 259 ff.

⁹⁵ Indessen lässt sich mit Stöckli, *Vergaberecht 2004*, a.a.O. [Fn. 90], S. 5, sagen, Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB und Art. 7 VöB seien Gesetz und Verordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Entsendegesetzes. Neuerdings stellt sich die Frage, ob nicht auch der Entscheid des EuGH in der Rechtssache C-346/06 Ruffert vom 20. September 2007 bei der Auslegung von Art. 2 des Entsendegesetzes zu berücksichtigen ist. In diesen Zusammenhang gehört auch die ILO-Konvention Nr. 94 betreffend Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen, zu welcher die Schweiz ausgeführt hat, sie werde die Ratifizierung im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts prüfen (*International Labour Office, Labour clauses in public contracts*, Genf 2008, S. 103 Rz. 291).

⁹⁶ Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 44

⁹⁷ Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 44

⁹⁸ Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 44. Gemäss § 84 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 vom 31. Jänner 2006 sind ausserdem die ILO-Abkommen Nrn. 94, 95 und 183 einzuhalten.

ist zunächst festzuhalten, dass mit den ILO-Kernübereinkommen⁹⁹ Mindeststandards in Bezug auf die Aspekte Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen, Beseitigung der Zwangsarbeit, Abschaffung der Kinderarbeit sowie Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf statuiert werden. Von vornherein unproblematisch erscheint demnach die Aussage, dass von allen Anbietern, welche in Staaten produzieren, welche diese Kernübereinkommen ratifiziert haben, verlangt werden darf, dass sie diese Mindeststandards einhalten. Indessen sind die Mitglieder der ILO noch einen Schritt weitergegangen. Mit der Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen¹⁰⁰ hat die ILO "den Realitäten der Globalisierung der Wirtschaft einen echten Mindestsozialsockel auf weltweiter Ebene" entgegengestellt¹⁰¹. Im Rahmen dieser Erklärung ist einerseits Klarheit darüber geschaffen worden, welchen der über 180 Übereinkommen fundamentaler Charakter zukommt¹⁰². Andererseits wird in der Erklärung darauf hingewiesen, dass alle derzeit 183 Mitgliedstaaten, auch wenn sie die betreffenden Übereinkommen nicht ratifiziert haben, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation verpflichtet sind, die Grundsätze betreffend die grundlegenden Rechte, die Gegenstand der Kernübereinkommen sind, in gutem Glauben zu fördern und zu verwirklichen¹⁰³. Damit sind die entsprechenden Normen mehr als nur Völkervertragsrecht. Das Verbot der Zwangsarbeit wird, obwohl immer noch Schwierigkeiten in der Durchsetzung bestehen, inzwischen aus völkerrechtlicher Sicht als *ius cogens* beschrieben¹⁰⁴. In Bezug auf das Verbot der schlimmsten Formen der Kinderarbeit zieht Brupbacher sowohl die Qualifikation als Völkergewohnheitsrecht als auch diejenige als *ius cogens* in Erwägung¹⁰⁵. Damit ist davon auszugehen, dass die Einhaltung

⁹⁹ Bestehend aus dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, dem Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit, dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, dem Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit, Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, dem Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung sowie dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit; vgl. www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm und Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (im Folgenden: Fundamentale Arbeitsnormen), Bern 2002, S. 12 ff.

¹⁰⁰ Angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf, 18. Juni 1998

¹⁰¹ Hansenne, Vorstellung der in Fn. 100 genannten Erklärung auf der ILO-Homepage (vgl. Fn. 99)

¹⁰² Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 99], S. 11 und S. 22. Die entsprechenden Abkommen sind als neuer *Anhang 2a* zur VöB aufgezählt (AS 2009 6169); vgl. zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB das Kapitel IV Punkt 4 S. 29 ff. hiernach.

¹⁰³ Vgl. dazu die Antwort des Bundesrates vom 5. September 2001 auf die als Postulat überwiesene Motion 01.3362 Christian Grobet vom 21. Juni 2001 betreffend Clean Clothes Campaign

¹⁰⁴ Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 99], S. 14

¹⁰⁵ Brupbacher, Fundamentale Arbeitsnormen, a.a.O. [Fn. 99], S. 16

der Kernübereinkommen jedenfalls in allen Mitgliedstaaten der ILO und zumindest in Bezug auf Zwangs- und Kinderarbeit weltweit nicht nur von den Staaten selbst, sondern auch von den dort produzierenden Anbietern verlangt werden darf. Nach dem Gesagten sind jedenfalls die rechtlichen Risiken einer standardmässigen Anforderung an die Anbieter, die ILO-Mindeststandards einzuhalten, absolut vernachlässigbar. Davon geht im Übrigen auch das EU-Vergaberecht aus, wenn in Erwägungsgrund 33 zur Richtlinie 2004/18/EG gesagt wird, als Bedingung sei etwa die Vorgabe möglich, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der ILO seien auch dann im Wesentlichen einzuhalten, wenn diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind¹⁰⁶.

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

Die Tatsache, dass die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen verlangt werden kann, bedeutet aber nicht automatisch, dass den Anbietern auch der Ausschluss oder der Widerruf des Zuschlags für den Fall der Nichteinhaltung angedroht werden muss oder kann¹⁰⁷. Hierzu bedarf es vielmehr einer gesetzlichen Grundlage. Diese ist für die Arbeitsbedingungen (im Unterschied etwa zur Umweltschutzgesetzgebung auf Bundesebene *de lege lata*¹⁰⁸) mit Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB gegeben. Mit dem Entsendegesetz ist dieselbe Zielsetzung auch in Bezug auf einen grösseren Zusammenhang nochmals betont worden. Damit lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung im Sinne objektiv-zeitgemässer Auslegung auch die Androhung des Ausschlusses für den Fall der Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen auf Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Art. 11 lit. d BöB stützen. Denn die ILO-Mindeststandards dienen dem mit Art. 8 BöB verfolgten Zweck. Es soll im Sinne einer gesamtheitlichen Sicht auf die Folgen der Globalisierung durch die Statuierung eines Ausschlussgrundes verhindert werden, dass gewisse Anbieter durch die Nichteinhaltung von Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen Wettbewerbsvorteile erlangen und der Staat sich diesen Umstand zunutze macht. Würde sich der Bund anders verhalten, würde er im Ergebnis seine als Mitglied der ILO

¹⁰⁶ Vgl. zum entsprechenden Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2004/17/EG Arrowsmith/Maund, CSR in the utilities sector, in: Arrowsmith/Kunzlik (Hrsg.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, S. 436 ff., insb. S. 448

¹⁰⁷ Vgl. dazu etwa Ziekow, *Faires Beschaffungswesen*, a.a.O. [Fn. 6], S. 19; zur Grundrechtsqualität der ILO-Kernübereinkommen und sich daraus allenfalls ergebenden Schutzpflichten vgl. Ziekow, a.a.O. [Fn. 6], S. 31

¹⁰⁸ Vgl. dazu Steiner, *Studie*, a.a.O. [Fn. 5], S. 59, sowie die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 4. *De lege ferenda* vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. d VE BöB

eingegangenen Verpflichtungen in Frage stellen¹⁰⁹. Zudem soll der sich aus den unterschiedlichen Arbeitsbedingungen ergebende Wettbewerbsvorteil eines in Thailand produzierenden Unternehmens dem Ziel der Norm entsprechend nicht grösser sein als die Differenz zwischen den schweizerischen und den in den ILO-Kernübereinkommen gewährleisteten Standards¹¹⁰. In diesem Sinne setzt die Berücksichtigung der ILO-Kernübereinkommen als absolut elementarer Mindeststandards im Rahmen des Vergaberechts zwar eine gesetzliche Grundlage voraus. Indessen genügt es in Bezug auf die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm, dass die Arbeitsbedingungen in Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB geregelt werden; einer expliziten Nennung der ILO-Kernübereinkommen im Beschaffungsgesetz bedarf es nicht¹¹¹. Davon ausgehend hat der Bundesrat am 18. November 2009 Art. 7 Abs. 2 VöB verabschiedet¹¹². Nach dieser Bestimmung hat die Anbieterin zumindest die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen zu gewährleisten, wenn die Leistung im Ausland erbracht wird¹¹³. Ob eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage gegeben ist, erscheint demgegenüber fraglich für weitergehende "Zusatzanforderungen für menschenwürdige Arbeitsbedingungen", namentlich was Mindestlohnvorgaben betrifft, soweit

¹⁰⁹ Vgl. zur besonders aktiven Rolle der Schweiz im Rahmen der ILO die Antwort des Bundesrates vom 5. September 2001 auf die als Postulat überwiesene Motion 01.3362 Christian Grobet vom 21. Juni 2001 betreffend Clean Clothes Campaign

¹¹⁰ Dasselbe Argument ist auch auf die am Produktionsort geltenden Gesetze betreffend Arbeitsbedingungen anwendbar. Deshalb geht der Erläuternde Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 44, davon aus, dass auch diese Bestimmungen nicht nur einzuhalten sind, sondern bei Nichteinhaltung de lege ferenda auch ein Ausschluss erfolgen kann (vgl. in diesem Sinne bereits die Antwort des Bundesrates vom 28. September 2007 zur Motion 07.3540 Vreni Müller-Hemmi/Evi Allemann vom 22. Juni 2007). Zur vergleichbaren Konstellation in Bezug auf die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung am Produktionsort Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 61 f.

¹¹¹ Die Gegenmeinung liesse sich damit begründen, dass auch die ILO-Mindeststandards als vergaberechtlicher Ausschlussgrund politisch nicht unumstritten sind (vgl. dazu etwa die Behandlung der Motion 06.3850 Evi Allemann betreffend IAO-Kernübereinkommen im öffentlichen Beschaffungswesen vom 20. Dezember 2006 oder die Diskussion im Zürcher Kantonsrat vom 20. August 2009 zur Motion Julia Gerber et alii betreffend Berücksichtigung der IAO-Kernübereinkommen vom 2. April 2007). Mit Blick auf dieses Argument betont der Bundesrat im Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB (S. 7 zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB), die entsprechende Neuerung habe in der Vernehmlassung zum VE BÖB einhellige Zustimmung gefunden. Die Aufnahme weitgehend unbestritten gebliebener Bestimmungen, welche "zur Klärung gewisser Sachverhalte beitragen", auch wenn sie sich nicht oder nur indirekt konjunkturfördernd auswirken, entspricht denn auch der erklärten Strategie des Verordnungsgebers in Bezug auf die ganze Verordnungsänderung (Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB, S. 4).

¹¹² Zur Frage der Normierungsstufe führt die Regierung im Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB (S. 7 zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB) aus, es wäre wünschbar, diese Bestimmung im Rahmen der geplanten Revision BÖB auf Gesetzesstufe anzuheben.

¹¹³ Wenn der Verordnungsgeber zu den ILO-Kernarbeitsnormen als Ausschlussgrund ausführt, "diese Neuerung" werde bereits auf Verordnungsstufe eingeführt, und zur Frage, ob auch die gesetzlichen Mindeststandards im Produktionsland als Ausschlussgrund gelten, schweigt (Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB, S. 7 zum neuen Art. 7 Abs. 2 VöB; im gleichen Sinne auch die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], insb. S. 7), bringt er damit zum Ausdruck, dass derselbe Schritt in Bezug auf die gesetzlichen sozialen Mindeststandards im Produktionsland erst mit der Gesetzesrevision getan werden soll (vgl. zum Ganzen auch Fn. 110 hiavor).

der Staat, in welchem produziert wird, die entsprechenden Abkommen nicht ratifiziert hat. Je höher die verlangten Standards sind, desto eher geraten sie in den Geruch protektionistischer Zielsetzung¹¹⁴, was dann einerseits eine vertiefte Prüfung betreffend deren Vereinbarkeit mit dem GPA und andererseits eine präzise und detaillierte gesetzliche Grundlage voraussetzen würde¹¹⁵.

Auch im Rahmen der Umsetzung stellen sich noch rechtliche Fragen: Während der EuGH im Rahmen der Vergaberechtskonformitätsprüfung von Zuschlagskriterien formuliert hat, es dürfen nur solche statuiert werden, welche einer Überprüfung und Bewertung zugänglich sind¹¹⁶, können Mindeststandards als Ausschlussgründe wohl politisch, aber nicht rechtlich mit der Begründung in Frage gestellt werden, der Vollzug und die Kontrolle gestalteten sich schwierig¹¹⁷. Die Art des zu fordernden Nachweises hat indessen mit dem faktischen Funktionieren der Kontrolle zu tun¹¹⁸. Jedenfalls muss, wenn bestimmte Zertifikate als Nachweis für hinreichend erklärt werden, auch der anderweitige Nachweis zulässig sein¹¹⁹. Der vorgesehene Ausschluss für den Fall der Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen ist den Anbietern im Rahmen der Ausschreibung bekannt zu machen¹²⁰. Ausserdem ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten¹²¹. Beyeler empfiehlt den Vergabestellen, die Nichteinhaltung der ILO-Übereinkommen ausserdem als vertraglichen Auflösungsgrund zu stipulieren¹²².

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b VöB sollen Subunternehmer und Lieferanten, denen die Anbieter Aufträge weitergeben, durch diese vertraglich verpflichtet werden, die Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB einzuhalten.

¹¹⁴ Vgl. zu Standards im Bereich der Arbeitnehmerrechte etwa Christoph Eisenring, Amerikas neuer Protektionismus, NZZ vom 13. April 2010, S. 27

¹¹⁵ Vgl. dazu etwa Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. (Hrsg.), Buy IT fair, Leitfaden zur Beschaffung von Computern nach sozialen und ökologischen Kriterien (im Folgenden: Buy IT fair), Berlin 2009, S. 14. Hier werden andere zusätzliche ILO-Konventionen aufgezählt als in § 84 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 (vgl. Fn. 98 hiavor).

¹¹⁶ Vgl. Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 47 mit Hinweisen; zum selben Problem in Bezug auf die Umschreibung des Auftragsgegenstands vgl. etwa Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 115], S. 23

¹¹⁷ Vgl. zum Ganzen ausführlich die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], insb. S. 10 f.

¹¹⁸ Vgl. dazu unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit der entsprechenden Anforderungen etwa Ziekow, Faires Beschaffungswesen, a.a.O. [Fn. 6], S. 32

¹¹⁹ Vgl. etwa Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 115], S. 25

¹²⁰ Vgl. Ziekow, Faires Beschaffungswesen, a.a.O. [Fn. 6], S. 29, sowie die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 9; zur Unbestimmtheit des Begriffs Arbeitsbedingungen in diesem Zusammenhang vgl. etwa Buy IT fair, a.a.O. [Fn. 115], S. 21

¹²¹ So kann beispielsweise nicht die Beschaffung von Natursteinen aus Indien generell ausgeschlossen werden mit der Begründung, dort seien mehrere Verstösse gegen die ILO-Kernübereinkommen nachgewiesen worden.

¹²² Baurecht 2010, S. 106 mit dem Hinweis, eine entsprechende Anpassung von Art. 6 Abs. 1 VöB sei offenbar vergessen worden. Vgl. zur vorgesehenen Absicherung durch Konventionalstrafen und der Möglichkeit der Vertragsauflösung die Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 12 f., insb. zum Punkt "Formulierung der AGB"

Inspiziert durch diese Bestimmung sehen die Empfehlungen der Beschaffungskommission vor, Subunternehmer und Lieferanten auch in Bezug auf die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen miteinzubeziehen¹²³, wobei die Kontrolle aus verwaltungsökonomischen Gründen auf wichtige Dritte beschränkt werden soll, welche einen wesentlichen Teil des Auftrags erfüllen¹²⁴. Die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen durch wichtige Dritte kann sich nach dem Konzept der Empfehlungen auch auf die Anbieterin selbst im Sinne eines Ausschlussgrundes auswirken¹²⁵.

V. Gleichstellungsstandards im Rahmen des Beschaffungsrechts

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c BÖB (vgl. dazu für kantonale Vergaben Art. 11 lit. f IVÖB) vergibt die Auftraggeberin den Auftrag nur an Anbieter, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten¹²⁶. Auch dieser Verfahrensgrundsatz ist bei Nichteinhaltung zugleich ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 11 lit. d BÖB. In ihrer Vernehmlassung zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen¹²⁷ weist die Eidg. Kommission für Frauenfragen auf die Bedeutung von Konventionalstrafen zur Durchsetzung der Lohngleichheit hin. Sie bedauert ausserdem, dass nicht geklärt wird, wie die Informationen betreffend Unternehmen gehandhabt werden, die die Lohngleichheit oder andere gesetzliche Anforderungen nicht einhalten¹²⁸. Dadurch werde ein einheitliches Vorgehen des Bundes oder der Kantone gegenüber fehlbaren Unternehmen verhindert¹²⁹. Schliesslich sei das entscheidende Problem der Vollzug¹³⁰. Dabei wird von der Prämisse ausgegangen, dass die Vergabestellen faktisch – ausser bei entsprechenden Hinweisen von aussen, welche im Falle, dass Öffentlichkeit geschaffen wird, zu Reputationsrisiken führen können – weder Anreiz verspüren noch über Ablaufplanung, Res-

¹²³ Vgl. dazu auch die Weisungen betreffend die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen im öffentlichen Beschaffungswesen des Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements Graubünden vom 22. April 2010 mit entsprechender Anpassung des Selbstdeklarationsblattes

¹²⁴ Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 8, wobei dort als wichtiger Dritter auch bezeichnet wird, wer in einem besonders risikofälligen Bereich tätig ist.

¹²⁵ Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 12

¹²⁶ Aufgrund der Schutzrichtung der ILO-Konvention Nr. 100 (und wohl auch Nr. 111) gibt es hier eine Überschneidung zu den Arbeitsbedingungen. Insoweit dient auch Art. 8 Abs. 1 lit. c BÖB als gesetzliche Grundlage für die Einhaltung der Kernarbeitsübereinkommen als Ausschlussgrund.

¹²⁷ Frauenfragen 2.2008, S. 142 f.

¹²⁸ Vgl. dazu Erläuternder Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 3], S. 45

¹²⁹ Vgl. dazu Art. 13 Abs. 3 BGSA (vgl. Fn. 79)

¹³⁰ Vgl. zum vom Büro BASS entwickelten Instrumentarium für einen Lohngleichheitscheck Marianne Geisser und Sajeela R. Schmid, Aufträge der öffentlichen Hand verlangen Lohngleichheit, in: Die Volkswirtschaft, 1. September 2005

sources und Know-how verfügen, um die Lohngleichheitsfrage zu prüfen. Die Eidg. Kommission für Frauenfragen schlägt deshalb vor, dass auf Bundesebene das Eidg. Gleichstellungsbüro als zuständige Kontrollinstanz eingesetzt und mit den notwendigen Ressourcen ausgestattet wird¹³¹. Die Berücksichtigung der Verbesserung der Beschäftigungs- und Aufstiegschancen von Frauen über den Mindeststandard hinaus als Offertbewertungsargument vergleichbar der Lehrlingsausbildung wird hierzulande kaum diskutiert.

VI. Vergabefremde Aspekte de lege lata und de lege ferenda / Berücksichtigung von "Fair-Trade"-Standards im Rahmen der Offertbewertung

1. Die Ausgangslage

Weder der Bund noch die Kantone kennen derzeit eine etwa mit Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG (bzw. Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG) vergleichbare Norm, welche die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte im Sinne von "Bedingungen für die Auftragsausführung" regeln würde. Demnach ist zu prüfen, ob das anzuwendende Recht ein vergabefremdes Kriterium kennt, welches "Fair-Trade"-Standards abdeckt und neben den klassischen Zuschlagskriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf. Zufferey und Dubey fordern de lege ferenda, dass sich die Schweizer Vergabegesetze zu den vergabefremden Kriterien, soweit solche berücksichtigt werden sollen, mit mehr Präzision äussern, als dies derzeit der Fall ist; dies betreffe insbesondere die IVöB¹³². Dieser Gedanke ist indessen auch für die Revision des Beschaffungsrechts auf Bundesebene massgebend. Aufgrund der rechtspolitischen Bedeutung der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte müsste im Sinne der Bestimmtheit der Regelung klar erkennbar sein, welche vergabefremden Aspekte vorgesehen werden sollen¹³³.

¹³¹ Frauenfragen 2.2008, S. 142 f.

¹³² Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 18

¹³³ Darum ist nach der hier vertretenen Auffassung bei der Verwendung einer Generalklausel für vergabefremde Aspekte Vorsicht walten zu lassen. Eine solche müsste zumindest im Rahmen der Materialien hinreichend konkretisiert werden (vgl. dazu wohl weniger einschränkend Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 19). Als Beispiel vgl. etwa § 19 Abs. 6 des österreichischen Bundesvergabegesetzes 2006 vom 31. Jänner 2006. Nach dieser Bestimmung kann im Vergabefahren auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Massnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden.

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

Nach geltendem Beschaffungsrecht des Bundes ist die Betterbewertung von sogenannten "Fair-Trade"-Produkten im Rahmen des Zuschlags (vergleichbar mit der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung) ebensowenig zulässig wie entsprechende "Bedingungen für die Auftragsausführung" ausserhalb der Dogmatik von Art. 21 BÖB¹³⁴. Seit dem 1. Januar 2010 sieht zwar Art. 27 Abs. 3 VöB vor¹³⁵, dass bei gleichwertigen Angeboten schweizerischer Anbieterinnen im Sinne eines "Züngleins an der Waage"¹³⁶ berücksichtigt wird, inwieweit diese "Ausbildungsplätze"¹³⁷ anbieten. Dies bedeutet e contrario, dass aus der Sicht des Bundesrates vergabefremde Kriterien wie etwa das Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" bzw. "Ausbildungsplätze" gerade nicht gewollt ist¹³⁸. Daran ändert auch die Verankerung des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" in Art. 27 Abs. 2 VöB nach der hier vertretenen Auffassung nichts. Mag diese Verordnungsänderung als Bekenntnis der Regierung zur nachhaltigen Beschaffung rechtspolitisch erwünscht sein, so ist die Tragweite derselben aus rechtsdogmatischer Sicht mit einer gewissen Vorsicht zu beurteilen. Entsprechend wird denn in den Erläuterungen zwar einerseits im Sinne einer strategischen Erklärung kundgetan, dass der Bundesrat eine nachhaltige Beschaffungspraxis fördert¹³⁹. Andererseits wird zum Kriterium "Nachhal-

¹³⁴ Vgl. dazu Kapitel II Punkt 2 S. 16 f. hiavor. De lege ferenda wünschen einige Vernehmlassungsteilnehmer, dass im neuen BÖB folgende Kriterien explizit genannt werden: Lehrlingsausbildung, Emissionen auf den Transportwegen, nachhaltige Entwicklung, soziale Nachhaltigkeit bzw. Sozialverträglichkeit (Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 18. November 2009, S. 24 zu Art. 32 VE BÖB).

¹³⁵ Vgl. dazu auch Art. 39 Abs. 5 VE BÖB

¹³⁶ Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 14

¹³⁷ Unter dem Gesichtspunkt Ausbildungsplätze können gemäss dem Erläuternden Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB, auch Praktikanten- und Doktorandenplätze berücksichtigt werden.

¹³⁸ Dazu der Erläuternde Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, S. 21 zu Art. 27 Abs. 3 VöB: "Die Berücksichtigung der Anzahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze eignet sich hingegen weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, da ansonsten leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien vermischt würden. Eine solche Vermischung würde den Wettbewerb einschränken und sich verzerrend auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auswirken." So wörtlich auch der Erläuternde Bericht Totalrevision, a.a.O. [Fn. 2], S. 55 zu Art. 39 Abs. 5 VE BÖB. Lutz (Art. 32 und 39 f. VE-BÖB: Zuschlagskriterien und ihre Auswertung, in: Baurecht 2008, S. 194) kritisiert die Norm als nicht "überzeugende Lösung". Dies bedeute de facto nichts anderes als die Einführung eines neuen Zuschlagskriteriums. Wenn schon, wäre – so Lutz – der Weg über die ausdrückliche Nennung als Kriterium mit einer maximalen Gewichtung gradliniger. Vgl. zum Ganzen auch Fn. 157 hiernach. De lege ferenda fordern verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer, die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung schon bei "annähernd gleichwertigen Angeboten" zuzulassen (Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BÖB), Zusammenstellung der Stellungnahmen vom 5. August 2009, S. 209 f.).

¹³⁹ Der Sache nach handelt es sich um eine eher programmatische Aussage, wie sie typischerweise in einem Zweckartikel zu finden ist (vgl. zum normativen Gehalt derartiger Bestimmungen etwa in Bezug auf

tigkeit" im Ergebnis trotz des Hinweises auf wünschenswerte hohe wirtschaftliche, soziale und ökologische Anforderungen etwas verklausuliert festgehalten, dass damit rechtlich nichts ermöglicht wird, was nicht bisher schon möglich war¹⁴⁰. Wäre dies gewollt, müsste das Beschaffungsgesetz selbst geändert werden¹⁴¹. De lege lata sind Kriterien wie "Kosten" (inkl. Lebenswegkosten) und "Umweltverträglichkeit" massgebend für die Frage, was auf Verordnungsebene unter "Nachhaltigkeit" zu verstehen ist¹⁴². Die Tatsache, dass die Zuschlagskriterien in Art. 21 Abs. 2 BÖB nicht abschliessend aufgezählt werden, ist nur relevant in Bezug auf nicht vergabefremde Kriterien, die keiner formell-gesetzlichen Grundlage bedürfen.

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

In Bezug auf das interkantonale Recht ist interessant, dass in Art. 23 der revidierten VRöB nicht mehr die "Umweltverträglichkeit", sondern die "Nachhaltigkeit" als Zuschlagskriterium genannt wird¹⁴³. Das deutet möglicherweise eine Ausweitung der Perspektive auch in Richtung der sozialen Aspekte an. Indessen genügt die VRöB – insoweit ist die Lage in gewisser Weise vergleichbar mit dem geltenden Beschaffungsrecht des Bundes – als kantonale gesetzliche Grundlage nicht. Wer soziale Aspekte im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigen will, muss eine Rechtsgrundlage dafür in der IVöB oder im kantonalen Recht selbst nachweisen bzw. schaffen. Dies ist beispielsweise in § 33 der Zürcher Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 geschehen. Demnach ist durch Auslegung zu

die Staatszwecke Ehrenzeller, in: Ders. et alii (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Rn. 10 ff. zu Art. 2 BV).

¹⁴⁰ Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 VöB. Davon wird auch im Rahmen der Empfehlungen der Beschaffungskommission, a.a.O. [Fn. 2], S. 14, ausgegangen, wenn dort festgehalten wird, bei sozialen Anliegen könne in der Regel kein genügender Bezug zum Beschaffungsgegenstand hergestellt werden. Entsprechend floskelhaft sind denn auch die Ausführungen zum Thema Nachhaltigkeit auf S. 6 der Empfehlungen. Vgl. zu einem vergleichbaren legislativen Problem in Bezug auf die Pflicht der Vergabestelle, Varianten zuzulassen (Art. 22a Abs. 1 VöB) den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010, E. 4.3.

¹⁴¹ Entsprechend hat die Vernehmlassung zum VE BÖB denn auch ergeben, dass die Berücksichtigung sozialer Aspekte – auch wenn dabei das Thema Fair-Trade kaum spezifisch beleuchtet worden ist – nicht nur im Bereich der Arbeitsbedingungen sehr kontrovers ist. Auch die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Sinne von Art. 27 Abs. 3 VöB bzw. Art. 39 Abs. 5 VE BÖB bei gleichwertigen Angeboten ist mit dem Argument kritisiert worden, diese Neuerung führe zur Berücksichtigung von vergabefremden sozialpolitischen Anliegen, die keinen Bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nehmen (Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 18. November 2009, S. 6).

¹⁴² Deshalb denn auch kritisch zur legislativen Qualität der Änderung und zum Nutzen des Zuschlagskriteriums "Nachhaltigkeit" Beyeler, Die revidierte VöB - ein Kurzkomentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff., insb. S. 111

¹⁴³ Vgl. dazu etwa Ganz, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG aktuell 1/2003, S. 5 ff.

ermitteln, welches Nachhaltigkeitsverständnis dieser Bestimmung zugrunde liegt¹⁴⁴. Dazu heisst es im Antrag des Regierungsrates vom 23. Juli 2003, die Definition habe sich dabei am übergeordneten Recht und insbesondere an den sich aus Art. 73 der Bundesverfassung ergebenden Begriffen zu orientieren. Diese Bestimmung ist in ihrer Zielsetzung stark "ökologielastig", womit der ökologische Aspekt – insbesondere gegenüber den sozialen Gesichtspunkten – mehr in den Vordergrund tritt als etwa im Rahmen von Art. 2 BV, dem "Zweckartikel" der Eidgenossenschaft, der in Absatz 2 im Sinne eines umfassenden Nachhaltigkeitsbegriffs auch die soziale Dimension einschliesst¹⁴⁵. In den internationalen Handelsbeziehungen verfolgt die Eidgenossenschaft das Ziel der Integration von Umwelt- und elementaren Sozialstandards¹⁴⁶. Dies auch im Wissen darum, dass soziale Mindeststandards Voraussetzung sind, um die Durchsetzung der Umweltstandards zu ermöglichen. Das trifft indessen etwa auf die viel höheren Standards im Inland nicht zu, was wiederum bedeutet, dass der Begriff Nachhaltigkeit nach Zürcher Submissionsrecht aufgrund der Materialien von vornherein keine gesetzliche Grundlage abgibt für die Besserbewertung von Unternehmen, welche im Bereich der Gleichstellung vorbildlich sind. Entsprechend wird das Kriterium Lehrlingsausbildung separat genannt. Idealerweise sollten indessen die Gesetzgebungsmaterialien in Bezug auf derart rechtspolitische Fragen wie diejenige nach dem massgebenden Nachhaltigkeitsverständnis ergiebiger sein.

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

De lege ferenda ist je nach zu beurteilendem Konzept der Berücksichtigung vergabefremder Aspekte auch die GPA-Konformität differenziert zu beurteilen. Ausserdem wird auch im Rahmen von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG grundsätzlich ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand verlangt¹⁴⁷. Darin spiegelt sich die Erkenntnis, dass "Unternehmer-

¹⁴⁴ Vgl. zur juristischen Zeitgeschichte der Nachhaltigkeit Klippel/Otto, Nachhaltigkeit und Begriffsgeschichte, in: Wolfgang Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 39 ff.

¹⁴⁵ Ehrenzeller, in: Ders. et alii (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Rn. 20 zu Art. 2 BV, und Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: AJP 1999, S. 698 ff., insb. S. 703 f. Vgl. zum Ganzen Kapitel I Punkt 2.2 S. 13

¹⁴⁶ Art. 101 BV ist in diesem Sinne auch zu Art. 54 Abs. 2 BV in Bezug zu setzen. Vgl. dazu auch das Kapitel zum Thema Nachhaltigkeit im Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen 2009 vom 13. Januar 2010 (BBI 2010 479, insb. S. 493 ff.)

¹⁴⁷ Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, Rz. 1314; vgl. § 97 Abs. 4 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung des am 19. Dezember 2008 beschlossenen Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Bundesgesetzblatt 2009 I S. 790 ff.). Dieser Zu-

umerziehungsprogramme" nicht ins Vergaberecht gehören. Wer zum Beispiel "Fair-Trade"-Produkte nur bei Unternehmen einkaufen will, deren ganze Angebotspalette ausschliesslich aus "Fair-Trade"-Produkten besteht¹⁴⁸, will zu viel politische Steuerung gemessen an der primären Zielsetzung des Beschaffungsrechts¹⁴⁹. Demgegenüber ist es nach der hier vertretenen Auffassung gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage ohne Weiteres denkbar, dass bei der Beschaffung von marktgängigen Fruchtsäften, deren Fruchtanteil aus Entwicklungsländern importiert wird, derjenige Anbieter mit einem Bewertungsvorteil (allerdings mit moderater Gewichtung¹⁵⁰) belohnt wird, der "Fair-Trade"-Bedingungen einhält¹⁵¹; dies insbesondere im Zusammenspiel mit ökologischen Anforderungen. Dabei ist selbstverständlich darauf zu achten, dass transparent gemacht wird, welche Anforderungen zu erfüllen sind, um den Bewertungsvorteil zu erhalten. Bei der Verwendung von Labels ist ausserdem ein gleichwertiger Nachweis zuzulassen. Als Schlussthese kann in diesem Sinne folgender Satz gelten: Wenn die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung bei hinreichender gesetzlicher Grundlage GPA-konform ist, was nach der hier vertretenen Ansicht zutrifft¹⁵², dann gilt das unter denselben Bedingungen auch für die Belohnung eines Anbieters für die Erfüllung von "Fair-Trade"-Anforderungen im Rahmen der Offertbewertung.

sammenhang ist weiter zu verstehen als der klassische und engere Leistungsbezug, wie er nach europäischem Recht für Zuschlagskriterien vorausgesetzt wird. Die Vergabestelle "kann ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen, auch wenn sich das Unternehmen ansonsten am Markt anders verhält" (BT-Drucksache 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16, betreffend § 97 Abs. 4 GWB).

¹⁴⁸ Abgewandeltes Schulbeispiel nach einer Äusserung von Sue Arrowsmith, die eine Klausel als unzulässig bezeichnet hat, wonach Anbieter keine Anteile an Unternehmen aus der Tabakindustrie halten sollen; vgl. zu den vergleichbaren Schranken für die ökologische Vergabe Steiner, Studie, a.a.O. [Fn. 5], S. 47 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH

¹⁴⁹ Rechtsdogmatisch setzen insoweit das Wirtschaftsverfassungsrecht und die Grundsätze des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 19) der Statuierung von vergabefremden Kriterien unabhängig von der Frage nach der gesetzlichen Grundlage gewisse Grenzen. Der deutsche Gesetzgeber geht indessen bei Lehrlingsausbildung, Quotierung von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung sowie der generellen Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen davon aus, dass diese gestützt auf Bundes- oder Landesgesetz unter Wahrung der Verhältnismässigkeit als Bedingungen für die Auftragsausführung formuliert werden dürfen (BT-Drucksache 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16 f., betreffend § 97 Abs. 4 GWB).

¹⁵⁰ Vgl. dazu Kapitel II Punkt 3 S. 17 f. hiervor

¹⁵¹ Vgl. dazu rechtspolitikvergleichend etwa den Bericht des EP-Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen vom 10. Mai 2010, mit welchem dem EP unter anderem beantragt wird, seine bereits früher ergangene Aufforderung an die Kommission, die Anwendung von sozialen Kriterien zum Beispiel durch die Ausarbeitung konstruktiver Leitlinien für die Beschaffung nach den Grundsätzen des fairen Handels zu fördern (a.a.O., S. 13), zu erneuern. Das EP hat den Bericht am 18. Mai 2010 angenommen; die entsprechende Entschliessung trägt die Dokumentennummer P7_TA(2010)0173.

¹⁵² Vgl. Kapitel III Punkt 4.3 S. 24 f.

VII. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich einerseits, dass die Beschaffungsstellen des Bundes gestützt auf das geltende Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. b BÖB betreffend Arbeitsbedingungen als Mindeststandard in Verbindung mit dem seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 7 Abs. 2 VöB) befugt sind, die Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen als Ausschlussgrund zu definieren¹⁵³. Andererseits erweist sich die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte (wie etwa des Kriteriums "Lehrlingsausbildung") im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne von Art. 21 BÖB de lege lata mangels gesetzlicher Grundlage als unzulässig¹⁵⁴. Auch das seit dem 1. Januar 2010 auf Verordnungsebene vorgesehene Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" führt nach der hier vertretenen Auffassung nicht dazu, dass soziale Aspekte im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots mit Bewertungsvorteilen belohnt werden dürfen¹⁵⁵. Zulässig ist nach Art. 27 Abs. 3 VöB lediglich die Berücksichtigung des Kriteriums "Ausbildungsplätze" bei der Beurteilung gleichwertiger Angebote schweizerischer Anbieterinnen¹⁵⁶. Schliesslich hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts folgende Optionen: Erstens den expliziten oder sinngemässen¹⁵⁷ Verzicht auf die Integration sozialer Kriterien, zweitens der Empfehlung von Zufferey und Dubey folgend¹⁵⁸ die Übernahme der Lösung des EU-Vergaberechts (Berücksichtigung von vergabefremden Aspekten im Sinne von Ausführungsbedingungen)¹⁵⁹ oder drittens die Integration vergabefremder Aspekte "à la Suisse" im Sinne der Rechtsprechung namentlich der Verwaltungsgerichte Aargau und Zürich als Gesichtspunkte, die als Zuschlagskriterien funktionieren und demnach im Rahmen der Offertbewertung de lege ferenda gestützt auf Art. 21 BÖB berücksichtigt werden können¹⁶⁰.

¹⁵³ Siehe Kapitel IV Punkt 4 S. 29 ff.

¹⁵⁴ Anders ist die Rechtslage wie erwähnt etwa in den Kantonen Zürich und Aargau (vgl. zum Ganzen Kapitel II Punkt 2 S. 16 f.).

¹⁵⁵ Vgl. zum neuen Art. 27 Abs. 2 VöB das Kapitel VI Punkt 2 S. 34 f.

¹⁵⁶ Vgl. dazu Kapitel VI Punkt 2 S. 34 f.

¹⁵⁷ So der Bundesrat in Art. 39 Abs. 5 VE BÖB. Der Vorschrift von Art. 27 Abs. 3 VöB, wonach die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung unter schweizerischen Anbietern bei gleichwertigen Angeboten zulässig ist, wird nach der hier vertretenen Auffassung mangels gleichwertiger Angebote kaum praktische Bedeutung zukommen (so mit wesentlich deutlicheren Worten auch Beyeler, Die revidierte VöB - ein Kurzkomentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff., insb. S. 111 f.; anderer Ansicht wohl Lutz, a.a.O. [Fn. 138], S. 194). Zur ablehnenden Haltung des Bundesrates gegenüber vergabefremden Kriterien vgl. Kapitel III Punkt 4.3 S. 24 f. mit Fn. 86 und Kapitel VI Punkt 2 S. 34 f. mit Fn. 138.

¹⁵⁸ Ergänzungsstudie, a.a.O. [Fn. 13], S. 21

¹⁵⁹ Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG

¹⁶⁰ Siehe zur GPA-Konformität dieses Vorgehens insbesondere Kapitel III Punkt 4.3 S. 24 f.