

# Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen

Marc Steiner, Bezirksgerichtspräsident, Aarau

## I. Umweltfreundliche Beschaffung als strategische Vorgabe

Die EU-Kommission legt den Mitgliedstaaten der EU nahe, Aktionspläne für eine ökologischere Gestaltung ihrer öffentlichen Aufträge zu erstellen<sup>1</sup>. Ebenso bemüht sich der Bundesrat gemäss der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 um eine Verlagerung der Nachfrage seitens der öffentlichen Hand auf Produkte, die hohen wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Standards entsprechen<sup>2</sup>. Damit hat sich die Landesregierung für das Beschaffungswesen des Bundes das strategische Ziel gesetzt, Rahmenbedingungen zu schaffen, die gewährleisten, dass sich die Beschaffungspraxis insbesondere der Bundesverwaltung nicht nur, aber auch nach ökologischen Vorgaben ausrichtet. In diesem Sinne lautet beispielsweise die neueste auch von der IPB und der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) mitgetragene Empfehlung der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB), es solle nachhaltig produziertes Holz beschafft werden<sup>3</sup>.

Die dargestellte strategische Vorgabe bedeutet einerseits, dass zu prüfen sein wird, inwieweit die einschlägigen Gesetzesbestimmungen im Rahmen der bevorstehenden Revision des BoeB anzupassen sind. Um die Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Beschaffung nach geltendem Recht zu fördern, muss sichergestellt werden, dass sich die Beschaffungsstellen in Bezug auf den Spielraum, den das Beschaffungsrecht gewährt, und die rechtlichen Schranken, welche es setzt, genügend sicher orientieren können.

## II. Hinweise zur Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund

Den Rahmen der vorliegenden Ausführungen sprengen würde eine Analyse der Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB (Arbeitsbedingungen und Gleichstellung von Frau und Mann) oder der vergleichbaren (inter)kantonalen Bestimmungen. Einige Hinweise müssen genügen. Ihren Biss erhalten die Verfahrensgrundsätze dadurch, dass Art. 11 BoeB bei Verstoss gegen dieselben den Ausschluss des Anbieters bzw. den Widerruf des Zuschlags als Sanktion vorsieht (Art. 11 lit. d BoeB). Die in Art. 11 BoeB gewählte Kann-Formulierung weist darauf hin, dass die Verhältnismässigkeit des Ausschlusses bzw. Widerrufs in jedem Einzelfall zu prüfen ist.

Im Hinblick auf den anzustrebenden Analogieschluss von den Verfahrensgrundsätzen auf den Mindeststandard der Umweltschutzgesetzgebung ist hervorzuheben, dass das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb die Begründung liefert, warum die Verfahrensgrundsätze gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB statuiert worden sind. Art. 7 UWG, wonach die Nichteinhaltung

von Mindeststandards im Bereich der Arbeitsbedingungen gegen das UWG verstösst, ist Ausdruck der allgemeinen Erkenntnis, dass es unlauter sein kann, wenn ein Wettbewerber sich durch den Verstoss gegen ausserlauterkeitsrechtliche Normen einen Wettbewerbsvorsprung verschafft<sup>4</sup>. Dies trifft auch auf die Umweltschutzgesetzgebung als Mindeststandard zu. Insoweit ist die Berücksichtigung von ökologischen Gesichtspunkten zwar ihrer Natur nach ein vergabefremder Aspekt, soweit diese sich auf den Hersteller beziehen und nicht das zu beschaffende Produkt bzw. dessen Herstellung zum Gegenstand haben. Entscheidend ist aber, dass die Gewährleistung des Mindeststandards das Ergebnis einer auf der Logik des Wettbewerbs aufbauenden Argumentation und deshalb im Vergaberecht zu beachten ist. Entsprechend verlangt etwa bauseitig im Hinblick auf die Revision des Binnenmarktgesetzes den einheitlichen Vollzug von umweltrechtlichen Erlassen, damit Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden<sup>5</sup>. Zugleich gilt es aus staatsrechtlicher Sicht, ein Mindestmass an Kohärenz der schweizerischen Rechtsordnung sicherzustellen. Interessant ist überdies, dass Art. 8 Abs. 1 lit. b BoeB auch von Anbietern, die keinem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, die Einhaltung nicht allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge der jeweiligen Branche verlangt. Damit werden aus sozialpolitischen Gründen – soziale Errungenschaften sollen gesichert und der Arbeitsfriede gewahrt werden – Standards, die über die gesetzlichen Vorgaben (inkl. allgemeinverbindlich erklärte GAV) hinausgehen, als Teilnahmebedingung vorausgesetzt<sup>6</sup>. Umso mehr rechtfertigt es sich daher de lege ferenda, den wesentlich elementareren Standard der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes als Verfahrensgrundsatz zu verankern<sup>6a</sup>.

Am heikelsten ist die Frage, inwieweit die Einhaltung von am Leistungsort massgebenden Normen auch am Herstellungsort von den Anbietern generell verlangt werden darf. Im Unterschied zu Herstellungsbedingungen, die die Vergabestelle individuell für einen Auftrag als technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien vorsieht, sind die Mindeststandards immer einzuhalten und

<sup>1</sup> Mitteilung der EU-Kommission zur Integrierten Produktpolitik vom 18. Juni 2003 (KOM[2003] 302 endg.), S. 13 f. Diese Mitteilung stützt sich auf das EU-Grünbuch zur integrierten Produktpolitik vom 7. Februar 2001 (KOM[2001] 68 endg.).

<sup>2</sup> Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002, Bericht des Bundesrates vom 27. März 2002, S. 17. Für die Schweiz von Bedeutung ist auch die OECD-Empfehlung «on Improving the Environmental Performance of Public Procurement» vom 23. Januar 2002 (C[2002]3).

<sup>3</sup> Gemeinsame Empfehlung KBOB/IPB/BKB 2004/3 «Nachhaltig produziertes Holz beschaffen», auf [www.kbob.ch](http://www.kbob.ch) seit dem 13. Mai 2004.

<sup>4</sup> CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001, Art. 7 Rz. 3.

<sup>5</sup> Vernehmlassung vom 11. Juni 2004.

<sup>6</sup> Vgl. GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBl 1999 IV 960, S. 1186. Auch das öffentliche Interesse an der Ausbildung von Lehrlingen ist kein derartiger Mindeststandard.

<sup>6a</sup> Vgl. dazu die Erwägungen 43 zur konsolidierten EU-Richtlinie (Fussnote 33).

schränken daher den Wettbewerb auch mehr ein. Die Lehre weist allerdings zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien oder der technischen Spezifikationen gestellte Anforderungen im Vergleich zu generellen Importbeschränkungen vergleichsweise milde Mittel sind<sup>7</sup>. Demnach vermöge das Cassis-de-Dijon-Prinzip keine Handlungsanweisung abzugeben<sup>8</sup>. Diese Frage stellt sich – wenn auch mit anderer Akzentsetzung – in Bezug auf ökologische Mindeststandards im Beschaffungsrecht ebenfalls. Unbestritten dürfte immerhin sein, dass die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung am Herstellungsort verlangt werden darf, wenn diese weniger streng ist als diejenige, die am Ort der Lieferung gilt<sup>9</sup>.

Gemäss § 23 Abs. 1 lit. f der Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in der Fassung vom 1. Dezember 1995 kann eine Anbieterin von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie sich bei der Produktion nicht an Vorschriften über den Umweltschutz hält, die mit demjenigen am Ort der Ausführung vergleichbar sind. Nach GALLI/MOSER/LANG ist diese Vorschrift unbedenklich<sup>10</sup>. Gleichwohl ist sie in den VRöB in der Fassung vom 2. Mai 2002 nicht mehr enthalten. Entsprechend dieser Änderung sieht auch die neue Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003, in Kraft seit dem 1. Januar 2004, keinen Ausschlussgrund mehr vor für Unternehmer, die den umweltrechtlichen Mindeststandard nicht einhalten. Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Bern (ÖBG) vom 11. Juni 2002 enthält eine Bestimmung, wonach der Zuschlag widerrufen werden kann, wenn die Zuschlagsempfängerin die Einhaltung der schweizerischen und bernischen Umweltschutzgesetzgebung im Rahmen der Produktion nicht gewährleisten kann (Art. 8 Abs. 1 lit. f ÖBG). Versteht man den Wortlaut dieser Bestimmung so, dass sich die Gewährleistung der Gesetzgebung nur auf die Herstellung des zu beschaffenden Produkts bezieht, so ist die Verletzung der Umweltschutzgesetzgebung zu einem früheren Zeitpunkt nur als ein widerlegbares Indiz dafür zu sehen, dass auch im Rahmen der Beschaffung der in Frage stehende Mindeststandard nicht gewährleistet werden kann. So verstanden ist in dieser Vorschrift nicht nur eine zwingende lauterkeitsrechtliche Vorgabe, sondern auch kein vergabefremder Aspekt zu sehen. Vielmehr soll eine Wettbewerbsverzerrung im Rahmen der zu tätigen Beschaffung vermieden werden. Zu diesem Zwecke kann der Zuschlag widerrufen werden. Zu Diskussionen Anlass geben kann – wie oben gesehen – allenfalls die Frage, ob von einer ausserkantonalen Unternehmung an einem ausserkantonalen Produktionsstandort die Einhaltung bernischer Umweltschutzvorschriften verlangt werden kann. Entscheidend ist aber, dass von allen schweizerischen Anbieterinnen gefordert werden kann und muss, dass sie im Rahmen der zu tätigen Beschaffung die eidgenössische Umweltschutzgesetzgebung einhalten. Dasselbe gilt für ausländische Unternehmen, die in der Schweiz im Auftrag der öffentlichen Hand tätig werden. Es ist angesichts der skizzierten Möglichkeiten, eine differenzierte Lösung vorzusehen, bedauerlich, dass die neuen VRöB den Kantonen nicht empfehlen, eine entsprechende gesetzliche Grundlage für den Ausschluss der fehlbaren Anbieterinnen bzw. für den Widerruf des Zuschlags zu schaffen.

### III. Die unbestrittenen rechtlichen Rahmenbedingungen der ökologischen Beschaffung in Bezug auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Das nach der Umsetzung des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>11</sup> noch gelegentlich kol-

portierte Missverständnis, dass die anwendbaren Normen sowohl auf Bundes- wie auch kantonaler Ebene die Berücksichtigung des billigsten Angebots verlangen, dürfte inzwischen als ausgeräumt gelten. Richtig ist vielmehr, dass Art. 21 Abs. 3 BoeB in die entgegengesetzte Richtung weist. Nach dieser Bestimmung kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Dies lässt ohne weiteres den Umkehrschluss zu, dass der Gesetzgeber ein derartiges Vorgehen bei nicht weitgehend standardisierten Gütern und namentlich bei Dienstleistungen als nicht sachgerecht erachtet. In diesem Sinne hat etwa GANZ festgehalten, das öffentliche Vergaberecht stelle der nachhaltigen Beschaffung keine Hindernisse in den Weg<sup>12</sup>. Um der gegenteiligen, einseitigen Interpretation des geltenden Rechts durch manche Beschaffungsstellen den Boden zu entziehen, fordert etwa bauenschweiz, dass nach dem revidierten Beschaffungsrecht anstelle des «wirtschaftlich günstigsten» das «nachhaltig beste Angebot» den Zuschlag erhalten soll<sup>13</sup>. Ebenfalls als rechtlich unproblematisch sind Kostenberechnungen anzusehen, die neben dem Anschaffungspreis auch die Betriebs- bzw. Fullservicekosten während des ganzen Lebensweges etwa von Reinigungs- oder Mehrzweckfahrzeugen berücksichtigen<sup>14</sup>. Damit ist unbestritten, dass auch ökologische Aspekte im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden dürfen, welche sich unmittelbar auf die Anschaffungs-, Betriebs- oder Entsorgungskosten des nachgefragten Produkts auswirken<sup>15</sup>. Selbstverständlich muss die umweltfreundliche – wie auch jede andere – Beschaffung einer Überprüfung im Lichte der Grundprinzipien des Vergaberechts wie Nichtdiskriminierung und Transparenz standhalten.

### IV. Besondere Anforderungen an die Transparenz der umweltfreundlichen Beschaffung?

In der Lehre wird verlangt, dass gerade im Zusammenhang mit ökologischen Kriterien definiert wird, welcher diesbezügliche Gesichtspunkt im konkreten Beschaffungsgeschäft wie bewertet wird<sup>16</sup>. Dabei versteht sich von selbst, dass die Erfüllung dieser Vorgaben der Vergabebehörde desto leichter fällt, je mehr Fachwissen etwa über Umwelteigenschaften von Produkten ihr zur

<sup>7</sup> Vgl. zum ÜoEB MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht (im Folgenden: Zuschlagskriterien), S. 1416; DERS., Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht (im Folgenden: Umweltaspekte), in: URP 2002, S. 339 ff., S. 365.

<sup>8</sup> Vgl. zum schweizerischen Binnenmarkt PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 52.

<sup>9</sup> Vgl. dazu in Bezug auf die Arbeitsbedingungen SUE ARROWSMITH, Secondary Policies under the GPA, in: DIES., Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 325 ff., S. 330.

<sup>10</sup> PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, Zürich 2003, Rz. 434.

<sup>11</sup> Abkommen vom 15. April 1994 (ÜoEB; SR 0.632.231.422).

<sup>12</sup> GEORGE GANZ, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG 1/2003, S. 5 ff., S. 15.

<sup>13</sup> BKB/KBOB (Hrsg.), Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis, Bern 2004, S. 63 Rz. 338.

<sup>14</sup> Vgl. dazu den dem Entscheid der Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2002-004 vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG gegen Gruppe Rüstung, publiziert in: VPB 66.86, zugrunde liegenden Sachverhalt.

<sup>15</sup> PASCAL GROLIMUND, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen, ZSR-Beiheft Nr. 41, Basel 2004, S. 37 f. mit den in Fussnote 170 enthaltenen Hinweisen.

<sup>16</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 424; DENIS ESSEIVA, Urteilsanmerkung zu S6, in: BR/DC 2/2000, S. 56.

Verfügung steht<sup>17</sup>. Weniger streng ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Bundesgericht hält fest, es sei zulässig, unter dem Kriterium «Wiederverwendung des Belagfräsguts» die Offerten auch nach ökologischen Gesichtspunkten zu bewerten. Der Umstand, dass die Umweltverträglichkeit (als Ganzes) nicht zum Zuschlagskriterium erhoben worden ist, schliesse nicht generell aus, dass die Vergabebehörde im Rahmen der gewählten Kriterien Umweltaspekte berücksichtige. Dies umso weniger in einem Bereich, in dem es – wie bei der Wiederverwendung des abgetragenen Strassenbelags – zum Vornherein und für alle Bewerber erkennbar vorab um Anliegen des Umweltschutzes und der Nachhaltigkeit gehe. Angesichts der bedeutenden Mengen des zu befördernden Fräsguts dränge sich eine Berücksichtigung der Art und Weise, wie der Transport organisiert werden soll, geradezu auf. Bei solchen Gegebenheiten hätten die Bewerber in der heutigen, für ökologische Anliegen zunehmend sensibilisierten Gesellschaft ohne weiteres damit rechnen müssen, dass die Vergabebehörde in einem gewissen Ausmass auch die allenfalls resultierende Schadstoffbelastung in ihre Bewertung einbeziehen würde<sup>18</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Berücksichtigung der Transportwege wegen des möglichen Missbrauchs dieses Kriteriums im Sinne der Ortsansässigenbevorzugung<sup>19</sup> immer transparent zu machen. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht aber vor allem hervor, dass die Frage nach den Anforderungen der Transparenz in Bezug auf die umweltfreundliche Beschaffung differenziert zu beurteilen ist. Generell kann folgende Faustregel gelten: Je evidenter die Art der Berücksichtigung ökologischer Aspekte aufgrund der Natur der Beschaffung ist, desto weniger hohe Anforderungen sind an die Transparenz der Umweltvorgaben zu stellen<sup>20</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, wie ein Anbieter die Ausschreibung in guten Treuen verstehen muss<sup>21</sup>. Je detaillierter die Angaben der Vergabestelle sind, desto eher kann sich allenfalls ein Hinweis auf die Möglichkeit, eine Unternehmervariante einzureichen, aufdrängen, um Angebote zu erhalten, die den ökologischen Anliegen in erhöhtem Ausmass Rechnung tragen.

## V. Ist das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit konkret-wirtschaftlich zu verstehen? – Der Helsinki Bus Case des EuGH und die Schweiz

Im Gegensatz zum wirtschaftlich günstigsten Angebot, das – wie gesehen – nicht das billigste zu sein braucht, ist beim Kriterium der Umweltverträglichkeit umstritten, ob ökologische Aspekte auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie keinen unmittelbaren finanziellen Vorteil für die Vergabestelle mit sich bringen.

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. b des Binnenmarktgesetzes ist der Schutz der natürlichen Umwelt als ein überwiegendes öffentliches Interesse zu betrachten, das eine verhältnismässige Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen kann<sup>22</sup>. Art. 21 Abs. 1 BoeB sieht das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit ausdrücklich vor<sup>23</sup>. Dieses ist nach GAUCH/STÖCKLI konkret-wirtschaftlich zu verstehen, was bedeutet, dass Umweltaspekte nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie für die Vergabestelle mit einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verbunden sind<sup>24</sup>. So interpretiert kann zwar ein geringerer Energieverbrauch, der sich auf die Betriebskosten günstig auswirkt, nicht aber eine geringere Schadstoffbelastung einen höheren Preis rechtfertigen. GAUCH/STÖCKLI stützen sich zur Begründung dieser Auffassung auf die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission über die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>25</sup>. Anders definiert wird der Anwendungsbereich des Zuschlagskriteriums durch GALLI/MOSER/LANG. Nach der dort vertretenen Ansicht ist es gemäss dem Willen des historischen Ge-

setzgebers der Vergabestelle versagt, mittels der entsprechenden Definition der Zuschlagskriterien die Verfolgung globaler Umweltschutzziele als indirekte Vorteile mit zu berücksichtigen. Vielmehr dürfen nur die aus dem Beschaffungsgegenstand fließenden Vorteile für die Vergabestelle wie etwa die Schadstoffbelastung berücksichtigt werden<sup>26</sup>. Damit können aber entgegen GAUCH/STÖCKLI auch Vorteile nicht konkret-wirtschaftlicher Art in die Bewertung der Angebote einfließen. Dies entspricht dem Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wie er im Vergaberecht Verwendung findet. Ansonsten wäre es der Vergabestelle beispielsweise untersagt, bei Planung und Bau von Gebäuden auf die Ästhetik zu achten, deren Berücksichtigung nie einen konkret-wirtschaftlichen, sondern immer einen anderweitigen Vorteil für die Vergabestelle mit sich bringen soll. Die Tatsache, dass Art. 21 Abs. 1 BoeB das Zuschlagskriterium der Ästhetik ausdrücklich vorsieht, spricht vielmehr dafür, dass ausser den Kosten (Preis und Betriebskosten) und der Wirtschaftlichkeit, soweit sich diese von den Kosten überhaupt unterscheidet, kein Zuschlagskriterium konkret-wirtschaftlich zu verstehen ist. Vielmehr soll die Umweltverträglichkeit wie auch die Qualität und allenfalls die Ästhetik gegen den Preis abgewogen werden. Dies entspricht der relativen Natur der Zuschlagskriterien. Zu Recht wird in den Materialien zum BoeB festgehalten, dass die Umwelteigenschaften eines Produktes sogar Teilaspekt der Qualität sein können<sup>27</sup>, welche unbestrittenermassen nicht konkret-wirtschaftlich zu verstehen ist. Im Übrigen weist HAUSER darauf hin, dass das Kriterium Umweltverträglichkeit andernfalls vollumfänglich in den Kriterien Wirtschaftlichkeit und Betriebskosten aufgehen würde<sup>28</sup>.

<sup>17</sup> GROLIMUND, a.a.O. (Fn. 15), S. 45. Der geleistete Aufwand bei den notwendigen Abklärungen ist ein Indiz für glaubwürdige ökologische Beschaffung (AGVE 1997, S. 367; so indirekt auch das Verwaltungsgericht Zürich, Entscheid VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 259 ff. = URP 1999, S. 168 ff., E. 3c).

<sup>18</sup> BGr. 21. Januar 2004 (2P.111/2003), E. 2.2.2 f.

<sup>19</sup> Vgl. dazu unten unter IV.

<sup>20</sup> Strenger wäre wahrscheinlich die Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen; vgl. zur Rechtsprechung des BRK zur Transparenz GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 399 f. mit Hinweisen. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Anforderungen an die Transparenz nach dem Gesagten tendenziell weniger hoch bei der ökologischen Beschaffung als bei der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung (vgl. dazu AGVE 2001, S. 348).

<sup>21</sup> Urteil des EuGH in der Rechtssache C-448/01 «EVN AG / Wienstrom GmbH» vom 4. Dezember 2003, Rz. 57; vgl. auch AGVE 1998, S. 393 ff., S. 394, und den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 5. Juli 2001 i.S. Bietergemeinschaft X [BRK 2001-003], publiziert in: VPB 65.94, E. 3d und 5.

<sup>22</sup> Diese Bestimmung soll allerdings mit der Revision des Binnenmarktgesetzes wegfallen. Eine Auflistung der Tatbestände, welche ein überwiegendes öffentliches Interesse begründen – so die Erläuterungen des Vernehmlassungsentwurfs – erübrige sich. Daraus lässt sich schliessen, dass der Umweltschutz auch weiterhin als überwiegendes öffentliches Interesse anerkannt ist. Allerdings erscheint es fraglich, ob es nicht der Lesbarkeit dienen und den mit Art. 3 Abs. 2 BGBM angestrebten Ausgleich zwischen den zu berücksichtigenden Interessen transparent machen würde, die in Frage stehenden öffentlichen Interessen wie bisher explizit zu nennen.

<sup>23</sup> Dies im Gegensatz zur europäischen Rechtsordnung, wie sie der EuGH vor allem mit Entscheid in der Rechtssache C-513/99 «Concordia Bus Finland» vom 17. September 2002 angewendet hat (vgl. dort Rz. 54).

<sup>24</sup> PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 22.

<sup>25</sup> Interpretierende Mitteilung vom 4. Juli 2001 (KOM [2001] 274 endg.). S. 21.

<sup>26</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 398. So wohl schon GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, a.a.O. (Fn. 8), Rz. 467.

<sup>27</sup> GATT-Botschaft 2, BBl 1999 IV 950 ff., S. 1193.

<sup>28</sup> Vgl. dazu MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien, a.a.O. (Fn. 7), S. 1412.

In der bereits erwähnten interpretierenden Mitteilung über die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hat die EU-Kommission in einer Fussnote erwähnt, dass die Frage, wie das Kriterium Umweltverträglichkeit zu verstehen ist, bald durch den EuGH geklärt werden könnte. Dies ist inzwischen geschehen. Der Gerichtshof hat im so genannten Helsinki Bus Case am 17. September 2002 entschieden, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung des Zuschlags auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht mit einem direkten finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind. Verlangt wird aber, dass die gewählten Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen<sup>29</sup>. Nach dem vorgelegten Sachverhalt hatte die Stadt Helsinki im Rahmen der Beschaffung neuer Busse für den Stadtverkehr beschlossen, Fahrzeuge mit geringen Emissionen durch Bewertungsvorteile zu begünstigen. Deshalb hat die Concordia Bus Finland den Zuschlag nicht erhalten, obwohl sie den günstigsten Preis offeriert hat. Diesem Vorgehen steht nach dem Urteil des EuGH auch der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht entgegen. Es kann nämlich – so der Gerichtshof – nicht ausgeschlossen werden, dass sich Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, auf den Wert eines Angebots für den Auftraggeber auswirken können. Diese Feststellung werde auch durch den Wortlaut der anzuwendenden Vorschrift, nach welcher die Ästhetik eines Angebots ausdrücklich berücksichtigt werden könne, bekräftigt<sup>30</sup>. Die mit ehrgeizigen ökologischen Vorgaben verbundene Marktbeschränkung nimmt der EuGH in Kauf: Es ist festzustellen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien nicht allein deshalb entgegensteht, weil nur wenige Unternehmen in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht<sup>31</sup>. Mit dem Entscheid vom 4. Dezember 2003 in Sachen EVN/Wienstrom hat der Gerichtshof diese Rechtsprechung bestätigt<sup>32</sup>. Damit ist die interpretierende Mitteilung der EU-Kommission in diesem Punkt überholt. Im Übrigen haben sich die Legislativorgane der EU bei den Gesetzgebungsarbeiten für das neue EU-Vergaberecht<sup>33</sup> ausdrücklich an der Rechtsprechung des EuGH zur Berücksichtigung des Umweltschutzes orientiert<sup>34</sup>. Diese Trendwende ist auch für das schweizerische Vergaberecht von Bedeutung. Denn wenn GAUCH/STÖCKLI sich auf die genannten interpretierenden Mitteilungen gestützt haben, um das konkret-wirtschaftliche Verständnis des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit zu begründen, so muss auch die europäische Rechtsentwicklung, aufgrund welcher sich neuerdings die entgegengesetzte Rechtsauffassung stützen lässt, im Hinblick auf die Auslegung des schweizerischen Rechts berücksichtigt werden<sup>35</sup>. Zusammenfassend ergibt sich, dass mit GALLI/MOSER/LANG davon auszugehen ist, dass das Zuschlagskriterium auch dann berücksichtigt werden kann, wenn es der Vergabestelle keinen eng verstandenen wirtschaftlichen Vorteil bringt.

## VI. Die Berücksichtigung der Transportwege im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit

Nach GAUCH/STÖCKLI darf das Ausmass der Immissionen, die mit weiträumigen Transportfahrten verbunden sind, keine Rolle spielen, obwohl sich derartige Immissionen negativ auf die Umwelt auswirken. Oft werde die Umweltverträglichkeit ohnehin nur vorgeschoben, um ortsfremde Anbieter fernzuhalten<sup>36</sup>. Das Bundesgericht hat demgegenüber Voraussetzungen definiert, unter welchen die Berücksichtigung der Transportwege zulässig ist. Das Leiturteil betreffend die Kehrtrabfuhr in einer aargauischen Gemeinde ist einem breiten Fachpublikum bekannt geworden<sup>37</sup>.

Das höchste Gericht hat erkannt, dass die Transportdistanz dann nicht berücksichtigt werden darf, wenn der Transportvorgang insgesamt eine nebensächliche Rolle spielt<sup>38</sup>. Im Umkehrschluss ist die umweltschonende Auftragsausführung als Vergabekriterium unbedenklich und kann sogar sachlich geboten sein, wenn etwa grössere Mengen Aushub zu transportieren sind<sup>39</sup>. Ein Indiz für die – auch aus der Sicht der richtig verstandenen nachhaltigen Beschaffung – verpönte Bevorzugung von Ortsansässigen ist gegeben, wenn sich die Vergabestelle nur für die Transportdistanz, nicht aber für die Transportart interessiert (Schadstoffwerte von Lastwagen; allenfalls Vergleich Bahntransport/Strassentransport)<sup>40</sup>. Aber auch hier gilt der für die umweltfreundliche Beschaffung positive Umkehrschluss: Wenn die Transportart ebenfalls bewertet wird und in einem vernünftigen Gewichtungverhältnis zur Transportdistanz steht, steht die Berücksichtigung der Transportwege im Einklang mit dem geltenden Vergaberecht<sup>41</sup>. Zuletzt ist – nicht nur in Bezug auf die Berücksichtigung von Transporten – darauf zu achten, dass die Umweltverträglichkeit im Verhältnis zum Preis nicht zu hoch gewichtet wird<sup>42</sup>. Aber auch hier gibt es ein für die umweltfreundliche Beschaffung günstiges, aber selten zitiertes, ebenfalls die Abfallbeseitigung (diesmal des Gemeinde-

<sup>29</sup> Urteil in der Rechtssache C-513/999 «Concordia Bus Finland» vom 17. September 2002, Slg. 2002, I-7213, Rz. 64; vgl. dazu die Urteilsbesprechung von MATTHIAS HAUSER unter dem Titel «Umweltschutz als Zuschlagskriterium», in: BR/DC 1/2003, S. 35 ff. Von den zahlreichen Besprechungen im europäischen Raum seien erwähnt SÖREN RÖSSNER/CHRISTOPH SCHALAST, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland, in: NJW 2003, S. 2361 ff., sowie MARC BUNGENBERG, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 2003, S. 314 ff.

<sup>30</sup> Urteil «Concordia Bus Finland», a.a.O. (Fn. 29), Rz. 55.

<sup>31</sup> A.a.O., Rz. 86. Brisant ist nicht die Beschränkung des Marktes, sondern vielmehr der Umstand, dass die städtischen Busbetriebe HKL den Auftrag erhalten haben (HAUSER, a.a.O. [Fn. 29], S. 36). Diskriminierung wird hingegen vermutet, wenn der Wettbewerb nicht geöffnet wird: EuGH-Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-20/01 und C-28/01 «Kommission gegen Deutschland» vom 10. April 2003, RZ-63.

<sup>32</sup> Urteil in der Rechtssache C-448/01 «EVN AG/Wienstrom GmbH» vom 4. Dezember 2003, Rz. 32 f.

<sup>33</sup> Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Konsolidierte Richtlinie) sowie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie) sind publiziert im EU-Amtsblatt L 134 vom 30. April 2004.

<sup>34</sup> Vgl. dazu die Berichte A5-0007/2004 und A5-0008/2004 der Delegation des Europäischen Parlaments im Vermittlungsausschuss an das Europäische Parlament vom 21. Januar 2004.

<sup>35</sup> MARC STEINER, Nachhaltige Beschaffung und Vergaberecht – ein Wink aus Europa, in: Beschaffungsmanagement 5/2004, S. 12 f.

<sup>36</sup> GAUCH/STÖCKLI, a.a.O. (Fn. 24), S. 22 f. mit Fussnote 86.

<sup>37</sup> BGr. 31. Mai 2000 (2P.342/1999), publiziert in: Pra 2000 Nr. 150 = URP 1999, S. 168 ff. = ZBl 2001, S. 317 ff.

<sup>38</sup> A.a.O. (Fn. 37), E. 4a.

<sup>39</sup> A.a.O. (Fn. 37), E. 4a; fast wörtlich gleichlautend das Verwaltungsgericht Aargau: AGVE 1997, S. 364 f. und S. 366 f.

<sup>40</sup> A.a.O. (Fn. 37), E. 4c; vgl. auch AGVE 1997, S. 367.

<sup>41</sup> Ein Indiz für die glaubwürdige Vergabe kann auch die Antwort auf die Frage liefern, ob bei einem mit Transporten in rechtlich erheblichem Ausmass verbundenen Bauauftrag nicht nur die Transportdistanzen, sondern auch auf die für das zu erstellende Gebäude verwendeten Baumaterialien Gegenstand erhöhter Aufmerksamkeit sind (nicht veröffentlichtes Urteil BE.99.00179 des Verwaltungsgerichts Aargau vom 15. September 1999, E. 3).

<sup>42</sup> HAUSER, Zuschlagskriterien, a.a.O. (Fn. 7), S. 1417. Vgl. zur Gewichtung des Preises den Entscheid BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004 in Sachen X gegen BBL, Erw. 46.

verbands Surselva) betreffendes Präjudiz aus Lausanne<sup>43</sup>. Mit dem entsprechenden Transport ist teilweise die Rhätische Bahn beauftragt worden. Eine nicht berücksichtigte Arbeitsgemeinschaft hat ohne Erfolg geltend gemacht, das Kriterium der Ökologie sei willkürlich gehandhabt worden. Das Bundesgericht führt dazu aus, die Vergabestelle habe zugunsten der umweltfreundlicheren Transportart einen Preisunterschied von 4 bzw. 11 Prozent in Kauf genommen. Es ist nach höchstrichterlicher Ansicht ohne weiteres vertretbar, die evidente Minderbelastung, welche ein Transport per Bahn für die Umwelt mit sich bringt, entsprechend zu gewichten. Das Verwaltungsgericht Graubünden habe auch deutlich gemacht, dass es nicht jeglichen Mehrpreis als durch ökologische Vorteile aufgewogen betrachtet hätte. Bei anderen Teilaufträgen habe die Preisdifferenz zugunsten der Beschwerdeführer 34 bzw. 50 Prozent betragen, was dazu geführt habe, dass das Verwaltungsgericht die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft Rhätische Bahn nicht für angebracht gehalten habe<sup>44</sup>. Zusammenfassend steht damit fest, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Transportwege im Rahmen der öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden dürfen, wenn die Vergabestelle das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit genügend differenziert handhabt. Skeptisch hat sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gezeigt, das sich aber – und dies in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht – vor allem gegen die isolierte Betrachtung der Transportdistanz als Zuschlagskriterium wendet<sup>45</sup>. In der Doktrin gehen die Ansichten nach wie vor auseinander. Unterstützt wird die bundesgerichtliche Sichtweise, die auch hier vertreten wird, insbesondere durch HAUSER<sup>46</sup>, der zugleich die Belege für den Meinungsstand in der Lehre zusammengetragen hat<sup>47</sup>. Damit darf mit der Vermeidung von Verkehr oder mit der Verbesserung der Schadstoffbilanz von Transporten auch ein ökologischer Vorteil mitberücksichtigt werden, der sich nicht nur bzw. vielleicht nicht einmal in erster Linie direkt zugunsten der Vergabestelle auswirkt<sup>48</sup>. Teilweise wird verlangt, dass die Vergabestelle, die Transportwege berücksichtigen will, auch sonst über ein in Bezug auf Umweltbelange glaubwürdiges Verkehrskonzept verfügt<sup>49</sup>. Daran ist richtig, dass der Verwaltungsrichter rein faktisch die angefochtene ökologische Vergabe einer Gemeinde, von der er weiss, dass sie sonst kaum über den gesetzlichen Mindeststandard hinausgehende umweltpolitische Vorgaben kennt, genau prüfen wird. Im Übrigen kann es sich aber bei der erhobenen Forderung nur um ein Postulat, mangels Justiziabilität aber nicht um eine Bedingung für die Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe handeln<sup>50</sup>.

## VII. Die Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen

Während die Möglichkeit der Berücksichtigung der Herstellungsbedingungen im Rahmen des Zuschlagskriteriums Umweltverträglichkeit umstritten ist, gesteht die Lehre der Vergabestelle im Bereich der technischen Spezifikationen mehr Spielraum zu. Das konkret-wirtschaftliche Verständnis des Zuschlagskriteriums Umweltschutz schliesst nach GAUCH/STÖCKLI nicht aus, dass eine öffentliche Auftraggeberin den Umweltschutz in umfassender Weise fördert, indem sie z.B. schon bei der Beschreibung der Produkte oder Dienstleistungen, die sie anschaffen will, oder in die Definition der technischen Anforderungen, denen die zu beschaffende Leistung zu genügen hat, umweltrelevante Überlegungen einfließen lässt<sup>51</sup>. Auch hier hat die bereits zitierte interpretierende Mitteilung der EU-Kommission Pate gestanden. Diese ist im Bereich der technischen Spezifikationen allerdings weit fortschrittlicher als im Bereich der Zuschlagskriterien. So hat die Kommission

etwa festgehalten, dass die Verwendung eines bestimmten Produktionsverfahrens vorgeschrieben werden kann, wenn dies dazu beiträgt, die (un)sichtbaren Anforderungen an das Produkt oder die Dienstleistung zu spezifizieren. Das Produktionsverfahren deckt alle herstellungsspezifischen Anforderungen und Gesichtspunkte ab, welche zur Charakterisierung des Produktes beitragen, ohne im Endprodukt sichtbar zu werden. Als Beispiele werden organisch gewachsene Nahrungsmittel oder grüner Strom genannt. Ebenfalls zulässig ist nach dem ergänzenden Memo 01/257 der EU-Kommission vom 5. Juli 2001 die Vorgabe, zu beschaffendes Holz solle aus nachhaltiger Forstwirtschaft stammen. Zu Recht als systemfremd abgelehnt werden demgegenüber Umwelanforderungen für Produktionsverfahren, die sich nicht auf das Produkt selbst beziehen, wie etwa die Form, in der das Unternehmen geführt wird<sup>52</sup>. Diese Definition der EU-Kommission ist dahingehend kommentiert worden, dass sie versucht habe, eine Mitte zwischen produktbezogenen und nicht produktbezogenen Produktionsmethoden zu finden. Es sei bezeichnend, dass die gemachten Konzessionen in dieser Form in einem ersten Entwurf der interpretierenden Mitteilung nicht vorgesehen gewesen seien<sup>53</sup>. Die EU-Kommission stützt sich bei ihren Ausführungen auf das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. Auch dort stellen sich Fragen, insbesondere zur Inländerbehandlung. ARROWSMITH hält fest, dass ökologische Anforderungen an Produkte, die sich auf das Produkt beziehen, wie das Erfordernis, dass ein Produkt aus biologisch abbaubarem Material hergestellt sein muss, das Gebot der Inländerbehandlung nicht verletzt, auch wenn die entsprechenden Produkte von einheimischen Herstellern leichter geliefert werden können<sup>54</sup>. Die Umschreibung darf aber nicht der protektionistischen Festlegung des Herkunftsorts (etwa von Holz) dienen. Zum die technischen Spezifikationen betreffenden Artikel VI Üoeb führt KUNZLIK aus, diese Bestimmung gehe davon aus, dass Anforderungen in Bezug auf die «processes and production methods (PPM)» grundsätzlich in technische Spezifikationen aufgenommen werden können, solange dadurch kein unnötiges Handelshemmnis geschaffen wird. Dabei erscheine es als bedeutsam, dass im Übereinkommen keine Unterscheidung gemacht werde zwischen produktbezogenen und nicht produktbezogenen Erfordernissen. Vielmehr scheine der Wortlaut der Bestimmung darauf hinzudeuten, dass die nicht produktbezogenen Aspekte ausdrücklich mitumfasst seien<sup>55</sup>.

<sup>43</sup> BGr. 6. November 2000 (2P.122/2000) in Sachen ARGE C.

<sup>44</sup> A.a.O. (Fn. 43), E. 6; vgl. zum grossen Ermessensspielraum der Vergabestelle in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch das BGr. 2. März 2000 (2P.274/1999), E. 3f, sowie GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 426; siehe zur Rechtsprechung des EuGH unten unter VII., insb. Fussnote 65.

<sup>45</sup> Entscheid VB.98.00369 vom 15. Dezember 1998, publiziert in: ZBI 2000, S. 259 ff. = URP 1999, S. 168 ff., E. 5a.

<sup>46</sup> HAUSER, Umweltaspekte, a.a.O. (Fn. 7), S. 382 ff.

<sup>47</sup> MATTHIAS HAUSER, Umweltschutz als Zuschlagskriterium, BR/DC 1/2003, S. 35.

<sup>48</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 398; anders HERBERT LANG, Ofertbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 2000, S. 225 ff., S. 244 mit Hinweis; vgl. auch die Hinweise bei GROLIMUND, a.a.O. (Fn. 15), S. 39.

<sup>49</sup> HERBERT LANG, a.a.O. (Fn. 48), S. 245 mit Hinweisen.

<sup>50</sup> So zutreffend HAUSER, Zuschlagskriterien, a.a.O. (Fn. 7), S. 1409.

<sup>51</sup> GAUCH/STÖCKLI, a.a.O. (Fn. 24), S. 22 f.

<sup>52</sup> Interpretierende Mitteilung, a.a.O. (Fn. 25), S. 12 f.

<sup>53</sup> REGINE BARTH/ALMUT FISCHER, The European legal regime on green public procurement, in: Christoph Erdmenger (Hrsg.), Buying into the Environment, Sheffield 2003, S. 51 ff., S. 67.

<sup>54</sup> ARROWSMITH, Secondary Policies under the GPA, a.a.O. (Fn. 9), S. 331.

<sup>55</sup> PETER KUNZLIK, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in:

Die Umwelanforderungen an Produkte können mit Hilfe von durch Umweltzeichen (Labels) definierte Eigenschaften umschrieben werden. Es wird allerdings überwiegend verlangt, dass den Anbietern der Nachweis offen stehen müsse, dass die Anforderungen auch ohne Umweltzeichen erfüllt seien<sup>56</sup>. Entsprechend lautet auch die Holzempfehlung, wonach für einen möglichst grossen Anteil des zu beschaffenden Holzes die Kriterien eines der drei Labels FSC, PEFC oder Q zu erfüllen sind<sup>57</sup>.

Nach dem Gesagten kann jedenfalls der von GAUCH/STÖCKLI ausdrücklich anerkannte, von der EU-Kommission in ihren interpretierenden Mitteilungen vertretene Standpunkt auch für das schweizerische Recht als gesichert gelten<sup>58</sup>. GALLI/MOSER/LANG beurteilen die Berücksichtigung ökologischer Aspekte in Bezug auf die Produktionsbedingungen am Heimatstandort des Anbieters im Rahmen der Zuschlagskriterien als konform mit dem Binnenmarktgesetz, sofern sie geeignet sind, der Umsetzung des ins Auge gefassten Umweltschutzinteresses wirkungsvoll zu dienen und insofern sie diskriminierungsfrei bzw. wettbewerbsneutral ausgestaltet sind<sup>59</sup>. Damit muss dasselbe nach dieser Lehrmeinung umso mehr für die technischen Spezifikationen gelten. In Bezug auf das Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit ist nach wie vor umstritten, ob die Produktionsbedingungen am Herstellungsort in die Bewertung miteinbezogen werden dürfen<sup>60</sup>. HAUSER schliesst aus dem Umstand, dass die Transportwege nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtigt werden dürfen, dass das höchste Gericht auch die Berücksichtigung von Produktionsbedingungen befürworten würde<sup>61</sup>.

Die Praktiker der umweltfreundlichen Beschaffung haben die rechtlichen Rahmenbedingungen analysiert und daraus ihre Konsequenzen gezogen. So hat etwa der Zürcher Stadtrat festgehalten, der Aspekt der Ökologie werde in der Praxis regelmässig nicht als Zuschlagskriterium angewendet. Die strengen ökologischen Anforderungen würden vielmehr bereits im Rahmen der Projektierung erarbeitet und so in den Inhalt der Submission einfließen. Nach dieser Konzeption werden Anbietende, die den im Leistungsbeschrieb formulierten ökologischen Anforderungen nicht genügen, – so der Stadtrat – vom Vergabeverfahren zwangsläufig ausgeschlossen<sup>62</sup>. Die Empfehlung «Nachhaltig produziertes Holz beschaffen»<sup>63</sup> sieht demgegenüber, sofern es sich als notwendig erweist, eine Kombination von technischer Spezifikation und dem Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit vor, damit mit ausgewogenen Vorgaben auf die Marktbedingungen Rücksicht genommen werden kann. Dies gibt zu einer grundsätzlichen Feststellung Anlass: Weil die nicht konkret-wirtschaftlichen Zuschlagskriterien aufgrund ihrer relativen Natur gegen den Preis abgewogen werden, greifen sie – je nach Bewertungsschema – weniger stark in den Wettbewerb ein als (anspruchsvolle) technische Spezifikationen. Damit stellt sich die Frage, ob es im Lichte der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sachgerecht ist, eine Unterscheidung zwischen technischen Spezifikationen einerseits und Zuschlagskriterien andererseits zu treffen, oder ob nicht die Berücksichtigung ökologischer Aspekte in Bezug auf beide vergaberechtlichen Kategorien unter den gleichen Voraussetzungen möglich sein sollte.

Auch zum Thema der Herstellungsbedingungen drängt sich ein Vergleich mit der Rechtslage in der Europäischen Union auf: Das österreichische Bundesvergabeamt hat dem Gerichtshof in Luxemburg unter anderem die Frage vorgelegt, ob die geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einem öffentlichen Auftraggeber verwehren, bei der Vergabe eines Energielieferungsauftrags im Rahmen des Zuschlags – also nicht in Form einer technischen Spezifikation – die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern zu verlangen. Dies hat der EuGH zunächst zum Anlass genommen, seine Rechtsprechung zu bestätigen, wonach es dem Auftraggeber erlaubt ist, ökologische Aspekte auch dann

zu berücksichtigen, wenn sie ihm keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verschaffen<sup>64</sup>. Anschliessend hält das Gericht fest, dass es dem Auftraggeber im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gestattet ist, für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, sofern dieses Kriterium mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängt, also nach der Definition des EuGH nicht vergabefremd ist. Auch bei der Gewichtung dieses Aspekts kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu. In Anbetracht der Bedeutung des mit dem Kriterium verfolgten Ziel steht der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch der Gewichtung des Kriteriums mit 45 Prozent nicht im Wege<sup>65</sup>. Gleichwohl ist die umweltfreundliche Beschaffung nicht schrankenlos zulässig. Der EuGH hat der Vergabestelle ins Stammbuch geschrieben, dass ein Anbieter, der ein Zuschlagskriterium festlegt und dabei angibt, dass er weder bereit noch in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu prüfen, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstösst. Ein derartiges Vorgehen gewährleistet nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens<sup>66</sup>. Zudem rügt der Gerichtshof die Berücksichtigung eines vergabefremden Aspekts. Die Vergabestelle hat versucht, das Verhalten des Anbieters über den in Frage stehenden Auftrag hinaus zu steuern: Ein Zuschlagskriterium, das sich ausschliesslich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauch übersteigt, kann nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden<sup>67</sup>. Zusammenfassend ergibt sich, dass nach europäischem Vergaberecht die Herstellungsbedingungen auch bei der Definition der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen. Diese Rechtsauffassung sollte nach der hier vertretenen Auffassung auch im Rahmen der Auslegung des schweizerischen Vergaberechts berücksichtigt werden.

## VIII. Das Schlagwort des vergabefremden Aspekts am Beispiel der Eignung des Anbieters

International in Bezug auf das WTO-Recht<sup>68</sup> ebenso wie in der schweizerischen rechtlichen bzw. rechtspolitischen Debatte gehen die Wogen hoch, wenn von den vergabefremden Aspekten die

OECD (Hrsg.), *The Environmental Performance of Public Procurement*, Paris 2003, S. 157 ff., S. 159.

<sup>56</sup> Dies gilt insbesondere für das Europarecht: Art. 23 Abs. 6 der konsolidierten Richtlinie (Fn. 33) sowie KUNZLIK, a.a.O. (Fn. 55), S. 161 f. und S. 169 f.

<sup>57</sup> Vgl. Fussnote 3, S. 5. Nach HAUSER, *Umweltaspekte* (a.a.O., [Fn. 7]), S. 353, kann für das schweizerische Recht und das GPA auf die alternative Zulässigkeit individueller Nachweise verzichtet werden, wenn die Labels allgemein verbreitet, aussagekräftig und für alle Anbieter fair und innert vernünftiger Frist zugänglich sind.

<sup>58</sup> Abweichend wohl das Verwaltungsgericht Zürich, a.a.O. (Fn. 45), E. 4.

<sup>59</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 434.

<sup>60</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei HAUSER, *Umweltschutz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 35.

<sup>61</sup> HAUSER, *Zuschlagskriterien*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1413.

<sup>62</sup> Antwort des Zürcher Stadtrats vom 16. April 2003 auf die Interpellation Diem und Bärtschi vom 20. November 2002.

<sup>63</sup> Siehe oben Fussnote 3.

<sup>64</sup> Urteil in der Rechtssache C-448/01 «EVN AG/Wienstrom GmbH» vom 4. Dezember 2003, Rz. 32.

<sup>65</sup> A.a.O. (Fn. 52), Rz. 42.

<sup>66</sup> A.a.O. (Fn. 52), Rz. 51.

<sup>67</sup> A.a.O. (Fn. 52), Rz. 68.

<sup>68</sup> Siehe nur ARROWSMITH, *Secondary Policies under the GPA*, a.a.O. (Fn. 9), S. 325 ff.

Rede ist. Zu Recht wird auf die Gefahr hingewiesen, dass die Berücksichtigung von anderen Politikbereichen im Beschaffungswesen dazu führen könnte, dass die eben noch als Ziel definierte Überprüfbarkeit von Vergabeentscheiden anhand von nicht protektionistischen Kriterien wieder aufgegeben werden müsse wegen Begehrlichkeiten, das öffentliche Beschaffungswesen als Instrument zur Verfolgung von wirtschafts- und strukturpolitischen Zielen zu missbrauchen<sup>69</sup>. Dabei lohnt es sich, sich darüber Rechenschaft zu geben, wer den Begriff des vergabefremden Aspekts wie versteht<sup>70</sup>. Der Bericht «Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft» des Instituts für Baurecht definiert den Gegensatz dazu wie folgt: Es muss eine direkte Beziehung zwischen den Kriterien und dem ausgeschriebenen Auftrag geben. Die Eignungskriterien müssen demnach mit den Qualitäten des Anbieters in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag zusammenhängen, und die Zuschlagskriterien müssen in einer Beziehung mit dem wirtschaftlichen Charakter des Angebots stehen<sup>71</sup>. Ein klassisches Beispiel für einen vergabefremden Aspekt ist die hier nur am Rande zu streifende Lehrlingsausbildung. Während HAUSER die Berücksichtigung dieses Kriteriums offenbar befürwortet<sup>72</sup>, lehnt es die herrschende Lehre ab<sup>73</sup>. Unbestritten ist, dass die Frage, ob ein Anbieter Lehrlinge ausbildet, nichts mit dessen Eignung zur Auftragsausführung zu tun hat<sup>74</sup>. Aus dogmatischer Sicht kann dieses Kriterium aber ebenso wenig dazu dienen, die nachzufragende Dienstleistung bzw. das gewünschte Produkt zu umschreiben, wie dies die Zuschlagskriterien tun. Damit ist die Lehrlingsausbildung ein besonderer Gesichtspunkt, der seinem Inhalt nach am ehesten den Verfahrensgrundsätzen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und c BoeB vergleichbar ist, aber nur im Einzelfall bei entsprechender Vorgabe der Vergabestelle Anwendung finden soll. Das Europarecht hat für derartige Aspekte mangels Möglichkeit der dogmatischen Zuordnung den Begriff *additional award criteria* geprägt<sup>75</sup>. Nach hiesigem Verständnis soll der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung gegen den Preis abgewogen oder nur bei gleichwertigen Angeboten berücksichtigt werden<sup>76</sup>. Dies ist nach der – allerdings nicht einheitlichen – Praxis der kantonalen Verwaltungsgerichte bei entsprechender gesetzlicher Grundlage<sup>77</sup> zulässig, solange dem vergabefremden Aspekt nur untergeordnete Bedeutung zukommt<sup>78</sup>. Dem steht – so das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich – auch der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht entgegen<sup>79</sup>. Auf Bundesebene ist die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung wegen fehlender gesetzlicher Grundlage ausgeschlossen.

Nach dem «Depotcontainer»-Beschluss des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 13. November 2002<sup>80</sup> ist die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Umweltstandards nur dann ein vergabefremder Aspekt, wenn sie sich nicht auf die zu erbringende Leistung bezieht, sondern nur allgemein das Verhalten des Bieters betrifft<sup>81</sup>. Gegenstand des beurteilten Vergabeverfahrens sind der Transport und die Reinigung von Containern. Zur Reinigung ist folgende Vorgabe gemacht worden: «Das Reinigungsfahrzeug ist mit einer Wasseraufbereitung auszurüsten, die den Wasserverbrauch auf das absolut notwendige Mindestmass reduziert. Die Entsorgung des nicht aufbereitungsfähigen Restwassers hat durch den Auftragnehmer zu erfolgen.»<sup>82</sup> Das Oberlandesgericht ist zum Schluss gekommen, die verlangte Zertifizierung der Anbieter als Entsorgungsfachbetrieb stehe in einem sachlichen Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen. Es stehe der Vergabestelle grundsätzlich frei, welche Qualitätsanforderungen sie an die zu erbringende Leistung stelle. Bei der Ausschreibung von umweltrelevanten Tätigkeiten sei sie deshalb auch berechtigt, die Einhaltung bestimmter umweltschützender Qualitätsstandards für diese Tätigkeiten zu fordern. Die Forderung nach Einhaltung bestimmter Umweltkriterien stellt – so das Gericht – nur dann ein unzulässiges, weil vergabefremdes Kriterium dar, wenn diese vom

Bieter ganz allgemein unabhängig von der zu erbringenden Leistung verlangt wird. Innerhalb der zu beurteilenden Vergabe (bzw. genauer des in Frage stehenden Loses) haben die abfallrechtlich relevanten Tätigkeiten mehr als nur die Bedeutung einer Hilfstätigkeit zur Erbringung der Hauptleistung und prägen das Gesamtbild der Leistung mit. Deshalb kann der Vergabestelle nach Ansicht des Oberlandesgerichts kein Fehler in der Handhabung ihres Ermessens vorgeworfen werden<sup>83</sup>.

Der wiedergegebene Entscheid zeigt, wie falsch es ist, die Gesichtspunkte Lehrlingsausbildung und Umweltverträglichkeit im gleichen Atemzug zu nennen. Während bei der Lehrlingsausbildung der Bezug zum Auftragsgegenstand von vornherein nicht hergestellt werden kann, ist dies bei der Berücksichtigung ökologischer Aspekte von Fall zu Fall zu entscheiden. Werden in den Zuschlagskriterien und/oder mit Hilfe technischer Spezifikationen ökologische Anforderungen an die zu erbringende Leistung bzw. das nachgefragte Produkt gestellt, so kann die Vergabestelle auch in Bezug auf die Eignung zur umweltverträglichen Ausführung des Auftrags Vorgaben machen<sup>84</sup>. Dabei kann etwa die Erfahrung des Anbieters mit ähnlichen Aufträgen oder die Ausbildung der Schlüsselpersonen eine Rolle spielen. Unter den genannten Voraussetzungen kann auch ein Umweltmanagementsystem als Eignungsnachweis dienen<sup>85</sup>. Würde demgegenüber von sämtlichen Anbietern, die Bundesaufträge erhalten wollen, ein Umweltmanagementzertifikat verlangt, würde, was für vergabefremde Aspekte typisch ist, versucht, das Verhalten der Anbieter

<sup>69</sup> Vgl. etwa RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band Schweizerisches Ausenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 1999, S. 8.

<sup>70</sup> Zur Bedeutung dieser Definition vgl. nur GROLIMUND, a.a.O. (Fn. 15), S. 16 mit Hinweisen. Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Aargau liegt es in der Natur von vergabefremden Zuschlagskriterien, dass sich diese den die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffenden Vergabekriterien nicht zuordnen lassen (AGVE 2001, S. 348). Ist das Kriterium Umweltverträglichkeit nicht konkret-wirtschaftlich zu verstehen, so ist die Umweltverträglichkeit, soweit sie sich auf das Produkt bezieht, kein vergabefremdes Kriterium.

<sup>71</sup> JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MARC AMSTUTZ/DENIS ESSEIVA, Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft, Fribourg 2004, S. 54.

<sup>72</sup> HAUSER, Zuschlagskriterien, a.a.O. (Fn. 7), S. 1418.

<sup>73</sup> Vgl. nur HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung zu S17-S18, BR/DC 2/2000 S. 59, und die Übersicht in BGE 129 I 313 E. 8.3 S. 325.

<sup>74</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 28. Mai 1999, publiziert in: AGVE 1999, S. 294 ff., S. 298.

<sup>75</sup> Vgl. KUNZLIK, a.a.O. (Fn. 55), S. 163 und S. 171 f.; vgl. dazu die Urteile des EuGH in der Rechtssache 31/87 «Beentjes» vom 20. September 1988 sowie in der Rechtssache C-225/98 «Nord-Pas-de-Calais» vom 26. September 2000. Nach dieser Rechtsprechung ist es zulässig, die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auflagen zur Beschäftigung lokaler Arbeitsloser zu verknüpfen. Vgl. auch die «conditions for performance of contracts» gemäss Art. 26 der konsolidierten Richtlinie (Fussnote 33).

<sup>76</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 428 mit Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 21. September 2001.

<sup>77</sup> GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 424.

<sup>78</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 9. August 2001, publiziert in: AGVE 2001, S. 342 ff., E. 1c/bb/aaa S. 345; vgl. GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. (Fn. 10), Rz. 427 mit Hinweis auf die abweichende Auffassung des Verwaltungsgerichts Thurgau; offen gelassen in BGE 129 I 313 E. 8 und 9 S. 323 ff.

<sup>79</sup> Entscheid VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003, E. 3d in fine.

<sup>80</sup> Publiziert in: GEORG FISCHER/RAINER NOCH/UWE MONKEMÜLLER (Hrsg.); VergabE, Nr. C-12-1/02.

<sup>81</sup> A.a.O. (Fn. 79), zweiter Leitsatz.

<sup>82</sup> A.a.O. (Fn. 79), Rz. 5.

<sup>83</sup> A.a.O. (Fn. 79), E. II/2a Rz. 30 f.

<sup>84</sup> Vgl. zu Art. VIII ÜoeB PETER KUNZLIK, a.a.O. (Fn. 55), S. 162.

<sup>85</sup> DENIS ESSEIVA, Urteilsanmerkung zu S6, in: BR/DC 2/2000, S. 57; HAUSER, Umweltaspekte, a.a.O. (Fn. 7), S. 356 f.

über die Erfordernisse der konkreten Beschaffung hinaus zu steuern. Denkbar wäre de lege ferenda demgegenüber eine Gesetzesbestimmung, nach welcher die Vergabestelle von den Anbieterinnen und Anbietern unabhängig von der Eignung den Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangen kann, wenn ein Auftrag unter besonderer Berücksichtigung ökologischer Aspekte vergeben werden soll. Damit würde zwar ein vergabefremder Aspekt ins Beschaffungsrecht eingeführt, der aber als verhältnismässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erschiene<sup>86</sup>. Wenn aus den technischen Spezifikationen und/oder den Zuschlagskriterien hervorgeht, dass eine besonders umweltfreundliche Beschaffung getätigt werden soll, könnte die Art des Auftrags eine solche Vorgabe unabhängig vom Eignungsnachweis rechtfertigen<sup>87</sup>. Dasselbe würde gelten für eine Regelung, die bei Angeboten, die aufgrund der Zuschlagskriterien die gleiche Bewertung erfahren haben, die Bevorzugung des umweltverträglicheren Angebots bzw. Produkts oder des Anbieters vorsieht, der ein Umweltmanagementsystem nachweist. Aber auch hier bedürfte es einer gesetzlichen Grundlage.

## IX. Ausblick: Balance zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung als Ziel

Als Gemeinsamkeit in Bezug auf all die aufgeworfenen Streitfragen kann aus schweizerischer Sicht gelten, dass die Doktrin wie auch die Rechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte mehrheitlich den Zielkonflikt zwischen Wettbewerb einerseits und Nachhaltigkeit andererseits betont. Das Bundesgericht, welches das Thema der umweltfreundlichen Beschaffung bisher meist nur am Rande gestreift hat, wie auch vor allem neuere Lehrmeinungen versuchen demgegenüber, im Vergaberecht eine Balance zwischen Umwelt- und Wettbewerbsverfassung zu erreichen. Oberste Leitlinie dieser Annäherung an das Thema ist die Kohärenz der Rechtsordnung<sup>88</sup>. Mit Hilfe der konkordanten Auslegung insbesondere von Verfassungsnormen soll unter anderem vermieden werden, dass die öffentliche Hand in Wertungswidersprüche gerät. Staatsaufgaben, die sich – im vorliegenden Fall wie gesehen nur teilweise – als gegenläufig erweisen, sind so gegeneinander abzuwägen, dass beiden verfassungsrechtlichen Anliegen weitest möglich Rechnung getragen wird<sup>89</sup>. An dieser Konzeption sollte sich auch die Auslegung des Vergaberechts orientieren<sup>90</sup>.

Ein Blick über die Grenzen bringt auch zur Abwägung zwischen Wirtschafts- und Umweltverfassung wertvolle Anregungen: Nach Artikel 6 des EG-Vertrages in der Fassung des Vertrages von Amsterdam sind die Erfordernisse des Umweltschutzes in den Politikbereichen des EG im Sinne einer Querschnittsklausel zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften<sup>91</sup>. Im Helsinki Bus Case hat der EuGH festgehalten, dass das Vergaberecht auch mit Blick auf Art. 6 des EG-Vertrages auszulegen sei<sup>92</sup>, was aber nicht bedeute, dass alle aus der Sicht des Umweltschutzes wünschbaren Kriterien vom Auftraggeber berücksichtigt werden dürfen. Insbesondere wäre – so das Gericht – ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit dem EU-Vergaberecht<sup>93</sup>. Im Wienstrom-Entscheid wird festgehalten, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen diene dem Umweltschutz, da sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beitrage, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zähle, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet hätten. Deshalb solle die Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektri-

tätsbinnenmarkt gefördert werden<sup>94</sup>. Implizit sagt der EuGH damit auch, dass es mit der Wettbewerbsordnung vereinbar ist, ökologische Aspekte bei der Beschaffung zu berücksichtigen, soweit ein Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag besteht. Die EU-Kommission erachtet die umweltfreundliche Beschaffung im Grünbuch zur Integrierten Produktpolitik im Hinblick auf die Verbreitung umweltfreundlicher Produkte ausdrücklich als zweckmässig<sup>95</sup>. Dies im Unterschied zu (vergabefremden) Aspekten, die der Verfolgung politischer Ziele dienen, die aus ökonomischer Sicht mit anderen, direkten Instrumenten zweckmässiger und/oder kostengünstiger verfolgt werden können<sup>96</sup>.

Wie in Europa drängt sich auch für unsere Rechtsordnung, insbesondere das Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone, die Suche nach dem Ausgleich zwischen den Anliegen des Wettbewerbs und denjenigen des Umweltschutzes auf<sup>97</sup>. So lautet – gestützt auf den in der geltenden Bundesverfassung verankerten Nachhaltigkeitsgedanken – auch die Botschaft der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2002 des Bundesrates<sup>98</sup>. Wenn die beteiligten Akteure in genügender Anzahl bereit sind, diesen Weg zu gehen, ist es möglich, dem erklärten Ziel der Landesregierung nach geltendem Recht wie auch mit Blick auf die Revision des Beschaffungsrechts einen guten Schritt näher zu kommen.

<sup>86</sup> Vgl. zur Wirtschaftsfreiheit und ökologischen Vorgaben HAUSER, Zuschlagskriterien, a.a.O. (Fn. 7), S. 1407.

<sup>87</sup> Vgl. Erwägung 44 in Verbindung mit Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Konsolidierte Richtlinie). Nach schweizerischem Recht ist dies anhand der Dogmatik zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit bzw. der Grundprinzipien des Binnenmarkts zu prüfen (vgl. GROLIMUND, a.a.O. [Fn. 15], S. 41 ff. mit Hinweis auf die massgebenden Ausführungen von HAUSER).

<sup>88</sup> Vgl. zum Europarecht etwa MARC BUNGENBERG/CARSTEN NOWAK, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, in: ZUR 2003, S. 10 ff. Zum selben Argument in Bezug auf die Lehrlingsausbildung AGVE 2001, S. 342 ff., E 1dbb S. 345 f.

<sup>89</sup> Selbstverständlich bedeutet die «Herstellung praktischer Konkordanz» (KONRAD HESSE) nicht, dass über Antinomien hinweggetäuscht werden soll, die nicht vollständig aufgelöst werden können (JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 104).

<sup>90</sup> Zudem hat die Umweltverfassung an Gewicht gewonnen. Dies belegt die Konstitutionalisierung ökologischer Anliegen im Rahmen der Entstehung der geltenden Bundesverfassung. Über die bloss Nachführung hinaus hat die Aufnahme neuer Konzepte etwa in Bezug auf die Nachhaltigkeit, die weit mehr ist als nur eine Akzentverschiebung, dazu geführt, dass die Umweltverfassung ein zeitgenössisches Staatsverständnis vermittelt. Die neue Verfassung ist Anstoss und Auftrag, den ökologischen Aspekten in allen Politikbereichen mehr Beachtung zu schenken (LUZIUS MADER, Die Umwelt in neuer Verfassung?, in: UR 2000, S. 105 ff., insb. S. 119).

<sup>91</sup> Vgl. etwa das Urteil in der Rechtssache C-379/98 «PreussenElektra» vom 13. März 2001, Rz. 73 ff. mit Hinweisen.

<sup>92</sup> Vgl. dazu die Erwägungen 1 und 5 zur konsolidierten EU-Richtlinie (Fussnote 33). Dies würde in der Schweiz etwa der Verankerung des Nachhaltigkeitsgedankens im Zweckartikel des BoeB entsprechen.

<sup>93</sup> Urteil «Concordia Bus Finland» vom 17. September 2002, a.a.O. (Fn. 29), Rz. 57 f.

<sup>94</sup> Urteil «EVN AG/Wienstrom GmbH» vom 4. Dezember 2003, a.a.O. (Fn. 62), Rz. 40 f.

<sup>95</sup> Grünbuch, a.a.O. (Fn. 1), S. 19.

<sup>96</sup> Vgl. dazu AYO BRUNETTI, Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Nuove tendenze negli appalti pubblici in Italia, in: Svizzera e nell'unione europea, Mailand 2002, S. 61 ff., S. 63.

<sup>97</sup> Der Rechtsvergleich mit der EU ist aus schweizerischer Sicht auch im Hinblick auf die Auslegung des GATT/WTO-Übereinkommens bedeutungsvoll, weil die Legislative der EU davon ausgeht, dass die inzwischen kodifizierte Neukonzeption des Vergaberechts WTO-konform ist.

<sup>98</sup> Vgl. Fussnote 2.