

**Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus
bei öffentlichen Beschaffungen**

–

Rechtliche Zulässigkeit und praktische Umsetzung

Rechtsgutachten zuhanden der Bau-, Planungs- und
Umweltdirektoren-Konferenz BPUK

erstattet von Prof. Hans Rudolf Trüb und Dr. Martin Zobl

Zürich, 11. März 2020
(überarbeitete Version vom 13. Mai 2020)

Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage und Fragestellung	4
2. Executive Summary (für den eiligen Leser)	4
2.1. Spielraum für kantonales Ausführungsrecht	4
2.2. Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus im Staatsvertragsbereich	5
2.3. Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus ausserhalb des Staatsvertragsbereichs	5
2.4. Praktische Umsetzungsschwierigkeiten	7
2.5. Alternative Ansätze	8
2.6. Tabellarische Übersicht	9
3. Rechtsquellen	10
3.1. Vorbemerkung	10
3.2. Völkerrecht	10
3.3. Bundesrecht und kantonales Recht	12
4. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts	13
4.1. Bedeutung der Vergabegrundsätze und -ziele	13
4.2. Marktzugang und Wettbewerb	13
4.3. Wirtschaftlichkeit der Beschaffung, haushälterischer Umgang mit öffentlichen Mitteln	15
4.4. Gleichbehandlung	16
4.4.1. Staatsvertragliche Dimension: Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung	16
4.4.2. Verfassungsrechtliche Dimension	17
4.4.3. Vergaberechtliche Dimension	18
4.5. Transparenz	19
4.6. Sekundärziele: Ökologie, Sozialschutz und volkswirtschaftliche Anliegen	20
4.7. Exkurs: Umgang mit Zielkonflikten im Allgemeinen	21
5. Anwendungsbereich der Sekundärziele	22
5.1. Staatsvertragsbereich	22
5.1.1. Umwelt- und sozialpolitische Ziele	22
5.1.2. Wirtschaftspolitische Ziele	24
5.2. Nichtstaatsvertragsbereich	25
5.2.1. Beschränkte Bedeutung des Nichtstaatsvertragsbereichs	25
5.2.2. Verpflichtungen der Schweiz nach dem BilatAbk mit der EU	27
5.2.3. Auslandsbeschaffungen bei Gegenrecht	28

6.	Zuschlagskriterien.....	29
6.1.	Funktion von Zuschlagskriterien.....	29
6.2.	Gestaltungsfreiheit der Vergabestellen	29
6.3.	Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien	30
6.4.	Bedeutung des Preiskriteriums	32
6.5.	Berücksichtigung der „unterschiedlichen Preisniveaus“ als mögliches Zuschlagskriterium?.....	33
7.	Reichweite der Delegationsnorm (Art. 63 Abs. 4 revIVöB).....	35
7.1.	Ausgangslage: Umfassende Regelungen in der revIVöB.....	35
7.2.	Wortlaut und Zweck der Norm.....	36
7.3.	Entstehungsgeschichte der Norm.....	37
7.4.	Vergleich zur Parallelbestimmung (Art. 60 revBöB) und zur revVöB.....	38
7.5.	Vorrang des Bundes- und Konkordatsrechts	39
8.	Praktische Umsetzung des Preisniveau-Kriteriums.....	39
8.1.	Fehlende sektor- oder branchenspezifische Kaufkraftvergleiche	40
8.2.	Fehlende Kriterien zur Abgrenzung inländischer und ausländischer Angebote	41
8.3.	Fehlende Methode zur Berücksichtigung von Preisniveau-Unterschieden	42
8.4.	Bürokratie, Rechtsunsicherheit und Beschwerderisiko.....	43
9.	Alternative Möglichkeiten.....	43

1. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (**INöB**) hat an der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 in Bern die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**revl-VöB**) einstimmig verabschiedet. In den Kantonen werden derzeit die gesetzlichen Grundlagen für den Beitritt zur revIVöB erarbeitet. Der Spielraum für kantonales Ausführungsrecht wird durch Art. 63 Abs. 4 revIVöB festgelegt. Nach dieser Bestimmung können die Kantone insbesondere Ausführungsbestimmungen zu Art. 10, 12 und 26 erlassen, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz.
- 2 Aufgrund verschiedener Anfragen sah sich die BPUK veranlasst, das Verständnis von Art. 63 Abs. 4 revIVöB gutachterlich klären zu lassen. In diesem Zusammenhang wurden wir um Beantwortung der folgenden Fragen gebeten:
 1. *Erlaubt die Delegation in Art. 63 Abs. 4 IVöB den Kantonen, in ihren Einführungsgesetzen zusätzliche Zuschlagskriterien, insbesondere die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistungen erbracht werden, zu statuieren?*
 2. *Welche anderen, konkordatskonformen Möglichkeiten bestehen, um den Anliegen schweizerischer Gewerbe- und Dienstleistungsunternehmen angemessen Rechnung zu tragen?*

Das Gutachten wurde ergebnisoffen erbeten. Die hierin enthaltenen Meinungen sind ausschliesslich diejenigen der Autoren.

2. Executive Summary (für den eiligen Leser)

2.1. Spielraum für kantonales Ausführungsrecht

- 3 Art. 63 Abs. 4 revIVöB erlaubt den Kantonen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, und zwar insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 des Konkordats. „Ausführungsbestimmungen“ sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Ausführungsbestimmungen müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen.

- 4 Wortlaut, Entstehungsgeschichte und ein Vergleich mit der Parallelbestimmung von Art. 60 revBöB führen zum Ergebnis, dass es einem Kanton verwehrt ist, auf dem Weg des Ausführungsrechts neue (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien zu normieren.

2.2. Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus im Staatsvertragsbereich

- 5 Im Staatsvertragsbereich besteht kein Raum für die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus am ausländischen Leistungsort. Ein solches Zuschlagskriterium würde diametral gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung) verstossen. Die zwischen der Schweiz und den anderen Vertragsstaaten eingegangenen Verpflichtungen (Freihandelsabkommen) dienen der gegenseitigen Marktöffnung. Ein Zuschlagskriterium, wonach unterschiedliche Preisniveaus am ausländischen Leistungsort mit berücksichtigt werden, könnte von vornherein nur bei Beschaffungen in Märkten zum Tragen kommen, in denen die Schweiz keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Marktöffnung eingegangen ist.
- 6 Da Dienstleistungen durch Annex 5 des schweizerischen Länderanhangs zum GPA 2012 recht umfassend dem Staatsvertragsbereich unterstellt wurden, bliebe für die Berücksichtigung (und Korrektur) unterschiedlicher Preisniveaus nur noch der unter-schwellige Bereich. Im unter-schweligen Bereich gilt für das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und den Ländern der EU zusätzlich allerdings Art. 6 Abs. 3 des Bilateralen Beschaffungsabkommens CH-EU. Im EU-Binnenmarkt, zu dem die Schweiz über das Bilaterale Beschaffungsabkommen mit der Europäischen Union einen freien Marktzugang genießt, finden demnach die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auch bei unter-schweligen Beschaffungen Berücksichtigung. Diese (verbindliche) völkerrechtliche Verpflichtung würde durch ein Zuschlagskriterium verletzt, das Leistungen aus Ländern der EU aufgrund unterschiedlicher Preisniveaus oder Kaufkraft taxiert.

2.3. Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

- 7 Auch wenn man die völkerrechtlichen Verpflichtungen im unter-schweligen Bereich ausser Acht liesse, wäre der Anwendungsbereich des diskutierten Preiskriteriums eng begrenzt. Die Bandbreite zwischen den (niedrigeren)

binnenrechtlichen Schwellenwerten für das offene bzw. selektive Verfahren und den (höheren) staatsvertraglichen Schwellenwerten ist sehr schmal. Zu unterscheiden ist zwischen Lieferungen und Dienstleistungen einerseits und Bauleistungen andererseits.

- 8 Bei Lieferungen und Dienstleistungen könnten, bei Ausserachtlassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen im unterschweligen Bereich und Unterstellung dieser Beschaffungen unter das diskutierte Preiskriterium, Aufträge mit einem geschätzten Wert zwischen CHF 250'000 und CHF 350'000 „preisniveaubereinigt“ gewertet werden. Für die Beschaffung von Lieferungen und Dienstleistungen mit einem Auftragswert unter CHF 250'000 steht das Einladungsverfahren zur Verfügung. In diesem Verfahren können die einzuladenden Anbieter durch den Auftraggeber ausgewählt werden.
- 9 Es bliebe dem Preisniveaukriterium daher lediglich bei den Bauleistungen mit einem Auftragswert zwischen CHF 250'000 (Baunebengewerbe) bzw. CHF 500'000 (Bauhauptgewerbe) und CHF 8.7 Mio. ein gewisser Anwendungsbereich. Allerdings ist die praktische Bedeutung dieses Bereichs insofern eingeschränkt, als der Auftragswert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts aller für ein Bauwerk massgeblichen Bauleistungen bestimmt wird, auch wenn verschiedene Auftragsgattungen vergeben werden (sog. Bauwerksregel; Art. 16 Abs. 3 revIVöB). Dadurch werden auch kleinere Beschaffungen rasch in den Staatsvertragsbereich fallen, wenn sie Teil eines Gesamtprojekts bilden.
- 10 Diese Restbedeutung der Preisniveauklausel ist indessen nur theoretischer Natur. Sie wird durch verschiedene Faktoren weiter begrenzt. So könnte das Kriterium immer dann nicht angewandt werden, wenn der (Sitz-)Staat einem ausländischen Anbieter gegenüber schweizerischen Anbietern Gegenrecht gewährt. Eine Preisniveaurektur stünde überdies in einem unlösbaren Widerspruch zum Gebot der Wettbewerbsneutralität des Staates (Wirtschaftsfreiheit) sowie zu tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen und Zielen, namentlich dem Wirtschaftlichkeitsgebot (haushälterischer Einsatz öffentlicher Mittel) und dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.
- 11 Die Bedeutung des Preisniveaukriteriums im Nichtstaatsvertragsbereich wird durch eine weitere Bestimmung der IVöB relativiert (Art. 6 Abs. 2 revIVöB). Gemäss dieser Bestimmung müssen ausländische Anbieter nur dann und so weit zum Verfahren zugelassen werden, als ihr (Sitz-)Staat Gegenrecht gewährt. Einem Auftraggeber steht es daher frei, ob er ausländische Anbieter überhaupt zum Angebot zulässt, wenn ihr Herkunftsstaat kein Gegenrecht gewährt. Es besteht die Möglichkeit, das Interesse an der gegenseitigen Gewährung von

Gegenrecht mit anderen Interessen gegenseitig abzuwägen. Für eine darüberhinausgehende Preiskorrektur ist daher keine zwingende Notwendigkeit erkennbar.

2.4. Praktische Umsetzungsschwierigkeiten

- 12 Unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit der Preisniveaunklausel würde deren praktische Anwendung die rechtsanwendenden Behörden (Vergabestellen und Gerichte) vor schwierige Wertungs- und Auslegungsfragen stellen. Mangels zuverlässiger Datenlagen wären die Rechtsanwender vor kaum lösbare Probleme gestellt. Zum einen wären die unterschiedlichen Preisniveaus für die jeweiligen Beschaffungsmärkte (und zwar nicht allein nach Lieferungen, Bau- und Dienstleistungen) je separat zu bestimmen. Zum anderen bestehen keine praktikablen und justiziablen Parameter, wie eine Preiskorrektur konkret vorzunehmen wäre.
- 13 Das hauptsächliche praktische Problem des im Kern diskriminierenden Ansatzes besteht darin, „im Ausland erbrachte Leistungen“ gegenüber inländischen Leistungen abzugrenzen. Die jahrelangen Diskussionen um die sog. Swissness-Vorlage (Revision des Marken- und des Wappenschutzgesetzes betr. Herkunftsangaben) haben exemplarisch vor Augen geführt, dass die Schweiz keine Insel ist. Gilt nun eine Leistung als im Ausland erbracht, wenn sie (i) durch einen Anbieter mit Sitz im Ausland angeboten wird; (ii) zwar durch einen schweizerischen Anbieter, aber mit ausländischen Ressourcen (Rohstoffe, Vorleistungen, Fertigprodukte, Arbeitskräfte) angeboten wird; (iii) der schweizerische Anteil an der Wertschöpfung kleiner als 33 % / 50 % / 66 % ist; oder (iv) der Anbieter in der Schweiz keine Steuern bezahlt? Und wie ist in Fällen (und diese Fälle dürften die Regel darstellen) zu verfahren, in denen Rohstoffe, Vorleistungen, Fertigprodukte und Verarbeitung aus verschiedenen Ländern stammen?
- 14 Es dürfte häufig vorkommen, dass schweizerische Unternehmen ausländische Rohstoffe oder Vorleistungen verwenden und diese in der Schweiz oder durch ausländische Subunternehmer veredeln. Die „Swissness“ solcher Leistungen zu bestimmen wird die erste Herausforderung sein. In einer Gesamtbetrachtung dürfte es sich dann häufig herausstellen, dass der Schwerpunkt der Wertschöpfung (trotz schweizerischem Design oder schweizerischer Veredelung) im Ausland liegt. Damit würden gerade innovative schweizerische Unternehmen penalisiert, die über internationale Lieferketten verfügen.

- 15 Die Beschaffung eines Motorfahrzeugs (z.B. durch Polizei oder Feuerwehr) mag hier stellvertretend für die Schwierigkeiten stehen, denen sich eine Vergabestelle gegenüber sähe. Der Stahl für die Fahrzeuge wird aus Eisenerz (Herkunft: China, Australien, Brasilien, Indien) und/oder aus Recyclingmaterialien hergestellt, deren Herkunft unmöglich zu bestimmen ist. Er wird in Hochöfen oder Hüttenwerken (Deutschland, Österreich, Schweiz: Gerlafingen und Emmenbrücke) zu Roheisen verarbeitet und gelangt dann über verschiedene Zulieferer an die Hersteller der Fahrzeuge, die im Wesentlichen Systemintegratoren sind. Sie beziehen Komponenten von Hunderten von Zulieferbetrieben, vom Fensterglas bis zur Fahrzeugtechnik. Zusammengebaut werden die Fahrzeuge regelmässig im Ausland, da die Schweiz über keine relevanten Hersteller bzw. Integratoren (mehr) verfügt. Der Vertrieb und die Wartung der Fahrzeuge erfolgen dann wiederum über lokale Gesellschaften mit lokalem Personal. Auch damit zusammenhängende Dienstleistungen wie Flottenmanagement und Finanzierung werden in der Regel lokal angeboten. Wer sich nun vor der Aufgabe sieht, die ausländischen und inländischen Anteile zu quantifizieren und zu bewerten, wird daran zwangsläufig scheitern.
- 16 Aus diesen Gründen liesse sich eine Korrektur der Angebotspreise für im Ausland erbrachte Leistungen kaum je willkürfrei umsetzen. Dieser Ansatz würde einerseits zu einem grossen administrativen Mehraufwand, andererseits zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit beitragen. Auch aus diesem Grund lässt sich die Einführung eines zusätzlichen Zuschlagskriteriums auf dem Weg der Ausführungsbestimmungen nicht rechtfertigen.

2.5. Alternative Ansätze

- 17 Die revIVöB stellt den Vergabestellen verschiedene (völkerrechtskonforme) Instrumente zur Verfügung, um insbesondere den Bedürfnissen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) Rechnung zu tragen. Diese Möglichkeiten werden hier nur stichwortartig erwähnt:
- Aufteilung grösserer Aufträge in mehrere Lose, um KMU den Marktzutritt zu erleichtern;
 - Verzicht auf überzogene Eignungskriterien an die Anbieter;
 - Berücksichtigung des Angebots von Ausbildungsplätzen für Lernende in der beruflichen Grundbildung, von Arbeitsplätzen für ältere

Arbeitnehmende oder einer Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen (Art. 29 Abs. 2 revIVöB; nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs anwendbar).

- Einräumung von Ermessen zugunsten der Vergabebehörde bei der Festlegung der technischen Anforderungen und bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien, grosse Bedeutung der qualitativen Leistungsanforderungen;
- Zulässigkeit produktbezogener Nachhaltigkeits- und Innovationskriterien.

18 Für den Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes stehen zudem die Instrumente des Entsendegesetzes¹ zur Verfügung, die sich in der Praxis bewährt haben.

2.6. Tabellarische Übersicht

SVB = Staatsvertragsbereich

NSVB = Nicht-Staatsvertragsbereich / Binnenmarkt

<i>Ausländische Anbieter</i>	SVB	NSVB/Gegenrecht	NSVB/Binnenmarkt
<i>Marktzutritt</i>	JA	JA	NEIN
<i>Rechtsschutz</i>	JA	BESCHRÄNKT	NEIN
<i>Preisniveau</i>	NEIN	NEIN	BESCHRÄNKT
<i>Lehrlingsausbildung</i>	NEIN	NEIN	JA
<i>Losaufteilung</i>	JA	JA	JA

¹ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (SR 823.20).

Ökologie	JA	JA	JA
Qualitative Kriterien	JA	JA	JA

- 19 Die grafische Darstellung verdeutlicht, dass die in Rz. 17 aufgeführten (rechtlich zulässigen und in der Praxis umsetzbaren) Instrumente wie Losaufteilung oder die Aufnahme von Nachhaltigkeits- und qualitätsorientierten Kriterien im Staats- und Nicht-Staatsvertragsbereich auch gegenüber ausländischen Anbietern rechtskonform angewendet werden können. Demgegenüber bliebe für eine Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus am ausländischen Leistungsort nur im Binnenmarktbereich und auch dort nur in eng beschränkter Weise Raum.

3. Rechtsquellen

3.1. Vorbemerkung

- 20 Kantonales (Ausführungs-)Recht ist eingebettet in ein umfassendes völker- und binnenrechtliches Regelwerk, das im nachstehenden Überblick dargestellt wird. Hierarchisch befinden sich die kantonalen Erlasse auf der untersten Stufe der Rechtsordnung.

3.2. Völkerrecht

- 21 Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (*Government Procurement Agreement [GPA]*) bildet das völkerrechtliche Fundament des Beschaffungsrechts. Die Ablösung des früheren GPA von 1994² durch das revidierte GPA von 2012 (**GPA 2012**) war der Anlass für die Revision der nationalen Submissionsgesetzgebungen. Das GPA 2012 wurde am 30. März 2012 formell verabschiedet und trat am 6. April 2014 in Kraft, nachdem das erforderliche Quorum der unterzeichnenden Mitgliedstaaten erreicht worden war.

² SR 0.632.231.422.

- 22 Zusammen mit den multilateralen Übereinkommen der Uruguay-Welthandelsrunde (GATT, GATS und TRIPS) bildet das GPA einen Grundpfeiler der Welthandelsordnung. Seine Hauptfunktion besteht darin, die nationalen Beschaffungsmärkte für ausländische Anbieter diskriminierungsfrei zu öffnen. Nationales Beschaffungsrecht soll nicht erlassen oder angewendet werden mit dem Ziel oder der Wirkung, inländische Anbieter zu schützen oder ausländische Anbieter zu diskriminieren (zu den Prinzipien hinten Kap. 4).³ Mit der Revision von 2012 wurde der Geltungsbereich des Abkommens erweitert, der Konventionstext vereinfacht und modernisiert und der Einsatz elektronischer Mittel geregelt. Für die Schweiz liegt die Bedeutung der Revision insbesondere im erweiterten Marktzugang schweizerischer Unternehmen im Ausland, der Stärkung des Wettbewerbs unter den Anbietern, der Klärung von Unterstellungsfragen, der Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und der Anpassung an die künftigen Herausforderungen, z.B. bei der elektronischen Vergabe.⁴ Als Exportland profitiert die Schweiz vom Zugang zu den ausländischen Märkten und damit von der Liberalisierung überproportional.
- 23 Neben dem GPA bestehen weitere beschaffungsrechtlich relevante Abkommen, namentlich das bilaterale Beschaffungsabkommen Schweiz–EU⁵ (**BilatAbk**) sowie die EFTA-Konvention.⁶ Mit dem BilatAbk Schweiz–EU wurde zum einen der Geltungsbereich des GPA auf Bezirks- und Gemeindeebene erweitert. Zum anderen wurden die Sektorenmärkte (Schienenverkehr, Telekommunikation, Gas- und Wasserversorgung sowie Beschaffungen durch private Unternehmen in den Sektoren der Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung) dem GPA unterstellt. Mit Ratifizierung der (revidierten) EFTA-Konvention vom 21. Juni 2001 wurde die mit dem BilatAbk angestrebte Öffnung der Beschaffungsmärkte zwischen der Schweiz und der EU auf die übrigen EFTA-Staaten ausgedehnt. Zu diesen multilateralen Verträgen kommen zahlreiche bilaterale Freihandelsabkommen mit über 30 Ländern hinzu. Sie alle fördern den Abbau von Handelsschranken und den grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr.

³ Musterbotschaft vom 16. Januar 2020 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), <https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/> (**Musterbotschaft**); Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851 ff. (**Botschaft revBöB**), S. 1858 f.

⁴ Musterbotschaft, S. 8.

⁵ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.68, in Kraft seit 1. Juni 2002.

⁶ Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31.

3.3. Bundesrecht und kantonales Recht

- 24 Auf kantonaler Ebene wurden und werden die völkerrechtlichen Verpflichtungen auf Konkordatebene umgesetzt. Die bisherigen Rechtsgrundlagen waren fragmentiert. Während die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (**altIVöB**)⁷ bloss einige Kernbestimmungen beinhaltete, kannte jeder Kanton seine eigenen Einführungs- und Beschaffungsgesetze (auch „Submissionsdekrete“) und -verordnungen. Dem Harmonisierungsziel entsprechend ist die revidierte IVöB (**revIVöB**) über weite Strecken identisch mit dem revBöB. Mit etwas über 60 Artikeln sind darin die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen enthalten, während den Kantonen im Wesentlichen der Erlass von punktuellen Ausführungsbestimmungen verbleibt (dazu hinten Kap. 7).
- 25 Auf Bundesebene erfolgte die Umsetzung bislang über das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (**altBöB**)⁸ und die dazugehörige Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (**altVöB**)⁹. Während der Nichtstaatsvertrags- oder Binnenbereich ausschliesslich im dritten Kapitel der altVöB geregelt war, beinhaltet das revidierte BöB (**revBöB**) neu Bestimmungen sowohl zum Staatsvertrags- als auch zum Nichtstaatsvertragsbereich. Weniger wichtige bzw. bloss ausführende Bestimmungen (zum Staatsvertrags- wie auch zum Nichtstaatsvertragsbereich) sind neu stufengerecht in der revidierten VöB (**revVöB**) enthalten.
- 26 Ergänzt wird das Beschaffungsrecht unter anderem durch das Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995 (**BGBM**)¹⁰. Das BGBM enthält Vorgaben für öffentliche Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler und kommunaler Aufgaben. Gemäss seinem Zweckartikel gewährleistet das BGBM Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz den freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Dies namentlich im Bestreben, den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz zu erleichtern, die Marktzulassungsbedingungen zu harmonisieren, die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft zu stärken und den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz zu festigen (Art. 1 Abs. 2 BGBM). Zu diesem Zweck (und in Ergänzung zum völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot) verbietet das Gesetz

⁷ SR 172.056.5.

⁸ SR 172.056.1.

⁹ SR 172.056.11.

¹⁰ SR 943.02.

Diskriminierungen zwischen inländischen, ortsansässigen und ortsfremden Anbietern.

4. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

4.1. Bedeutung der Vergabegrundsätze und -ziele

27 Das Vergaberecht beruht auf einer Reihe von Grundsätzen und Zielen, die teilweise ausdrücklich, teilweise sinngemäss in den internationalen Übereinkommen und nationalen Erlassen verankert sind. Ihren Niederschlag finden sie in der reichhaltigen Spruchpraxis schweizerischer Gerichte. Die (teils offen gehaltenen) vergaberechtlichen Normen sind stets im Einklang mit diesen Grundsätzen und Zielen auszulegen, so auch die Delegationsnorm von Art. 63 Abs. 4 revI-VöB. Ebenso sind sie für die Beurteilung vergaberechtlicher Praktiken heranzuziehen, soweit spezifische Gesetzesnormen fehlen.

28 In der Schweiz wurde die Revision des Beschaffungsrechts zum Anlass genommen, den Zweckartikel des Gesetzes bzw. Konkordats um zusätzliche Gesichtspunkte anzureichern (Art. 2 revIVöB/revBöB), namentlich um Nachhaltigkeitsaspekte sowie den Gedanken des „fairen Wettbewerbs“ und der Korruptionsbekämpfung. Allerdings stehen diese Sekundärziele teilweise in einem Spannungsverhältnis zu den staatsvertraglichen Verpflichtungen bzw. den weiteren Vergabegrundsätzen und -zielen.

4.2. Marktzugang und Wettbewerb

29 Ein Hauptziel des Vergaberechts besteht darin, die öffentlichen Beschaffungsmärkte zu öffnen und den rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu sichern.¹¹ Es ist daher kein Zufall, dass die Genese des Vergaberechts im Rahmen der internationalen Handelsorganisation erfolgte. Die Liberalisierung des Handels und der Zugang zu den Beschaffungsmärkten gehen Hand in Hand. Dies kommt etwa in der Präambel zum GPA 2012 zum Ausdruck:

“Recognizing the need for an effective multilateral framework for government procurement, with a view to

¹¹ Art. 1 Abs. 1 altIVöB; Art. 2 lit. c revIVöB/revBöB, Absatz 2 der Präambel GPA 1994.

achieving greater liberalization and expansion of, and improving the framework for, the conduct of international trade.” (Hervorhebung beigefügt)¹²

- 30 Die Liberalisierung des Handels bzw. der Abbau von Marktzugangsschranken beruht auf der Erkenntnis, dass davon alle profitieren: Anbieter, Vergabestellen und Steuerzahler. Gerade die Schweiz als Exportland profitiert vom Zugang zu den ausländischen Märkten und damit von der Liberalisierung überproportional. Der liberale Marktzugang ist sowohl im internationalen Verhältnis (d.h. im Geltungsbereich des GPA) als auch im Binnenbereich (BGBM) sicherzustellen.
- 31 Liberalisierung schafft und fördert Wettbewerb. Entsprechend ist Vergaberecht im Wesentlichen Wettbewerbsrecht. Konsequenterweise werden daher etwa in Deutschland die Grundsätze des Vergaberechts im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) normiert.¹³ Wettbewerb garantiert Qualität und Effizienz der Leistungserbringung. Korrekturen am marktwirtschaftlichen Modell, das der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zugrunde liegt, sind nur dann (und immer dann) erforderlich, wenn es Marktversagen (Externalitäten, öffentliche Güter) zu korrigieren gilt.
- 32 Nach Art. 2 lit. d revIVÖB/revBöB bezweckt das Beschaffungsrecht „wirksamen Wettbewerb“. Dieses Konzept wird vom Kartellgesetz vorausgesetzt, aber nicht definiert. Nach allgemeinem (und nicht notwendigerweise falschem) Verständnis ist der Wettbewerb dann wirksam, wenn er seine Kernfunktionen wahrnimmt: Optimierung des Ressourceneinsatzes (Allokationsfunktion), Anpassung an die äusseren Bedingungen (Anpassungsfunktion) sowie die Entwicklung neuer Produkte und Produktionsverfahren (Entdeckungs- oder Innovationsfunktion)¹⁴. Vollkommen wird ein solcher Wettbewerb indessen nie sein. Bereits die staatliche Ordnungsfunktion setzt dem Spiel der Marktkräfte aus Gründen überwiegender öffentlicher Interessen Schranken. Das Erreichen möglichst optimaler Marktergebnisse soll durch die Kartellaufsicht gesichert werden.¹⁵

¹² In der inoffiziellen deutschen Übersetzung: „in Anerkennung der Notwendigkeit, einen effizienten multilateralen Rahmen für das öffentliche Beschaffungswesen festzulegen, um eine grössere Liberalisierung und Ausweitung des Welthandels zu erreichen und den internationalen Rahmen für die Abwicklung des Welthandels zu verbessern“.

¹³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957, Teil 4 – Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, §§ 97–184.

¹⁴ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff., S. 512; zum Begriff eingehend HETTICH, „Wirksamer Wettbewerb“: Theoretisches Konzept und Praxis, Diss. St. Gallen 2003.

¹⁵ BGE 135 II 60 E. 3.1.1.

33 Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hat das Adjektiv „fair“ neu Eingang ins Gesetz gefunden.¹⁶ Der durch das Beschaffungsrecht bezweckte Wettbewerb muss mit anderen Worten nicht nur „wirksam“, sondern auch „fair“ sein. „Fair“ bezeichnet nach allgemeinem Sprachgebrauch „anständig“ und „gerecht“, ein Verhalten, das den Regeln des menschlichen Zusammenlebens entspricht. Es handelt sich um keinen Rechtsbegriff mit scharfem Bedeutungsgelhalt. Je nach Situation und Blickwinkel kann Fairness verschiedenes bedeuten. Dieser Einschub dürfte durch Überlegungen motiviert sein, die gleichermassen für die Erwähnung der „volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit“ in lit. a des Zweckartikels massgebend sind (hinten Kap. 4.6). Fairness wird daher als Kontrapunkt zum „reinen“ Preiswettbewerb gesehen, dem sich schweizerische Anbieter auf den Beschaffungsmärkten ausgesetzt sehen. Soweit daraus Ausgleichsmassnahmen zum Schutz von Schweizer Anbietern gegenüber ausländischer Konkurrenz abgeleitet werden, besteht ein Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen des GPA (hinten Kap. 6.3).

4.3. Wirtschaftlichkeit der Beschaffung, haushälterischer Umgang mit öffentlichen Mitteln

34 Das Vergaberecht ist genuin ein Instrument zur Steuerung der Mittelverwendung.¹⁷ Seine Kernfunktion besteht darin, für einen effizienten Einsatz der staatlichen Ressourcen zu sorgen. Entsprechend ist der Grundsatz der wirtschaftlichen bzw. haushälterischen Verwendung öffentlicher Mittel nicht nur ein Grundprinzip des öffentlichen Haushaltsrechts, sondern auch des Vergaberechts. Die Präambel zum GPA 2012 bringt dies wie folgt zum Ausdruck:

*“Recognizing that the integrity and predictability of government procurement systems are integral to the **efficient and effective management of public resources.**”*
(Hervorhebung beigefügt)¹⁸

35 Das Prinzip ist auch im ausführlichen Zweckartikel des revidierten Rechts verankert (Art. 2 lit. c revIVöB/revBöB). Sowohl die kantonalen Gerichte als auch das Bundesgericht wenden das Gebot des haushälterischen Umgangs mit

¹⁶ AB NR 2018 1010.

¹⁷ BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 131.

¹⁸ In der inoffiziellen deutschen Übersetzung: „in der Anerkennung, dass ein integriertes und vorhersehbares öffentliches Beschaffungswesen eine unabdingbare Voraussetzung für die effiziente und zweckgerechte Verwaltung öffentlicher Ressourcen [...] bildet“.

öffentlichen Mitteln (nebst anderen Prinzipien) immer wieder als Massstab für die Beurteilung von Vergabeverfahren an.¹⁹ Während früher allerdings mit öffentlichen Mitteln „wirtschaftlich“²⁰ oder „wirtschaftlich und wirksam“²¹ umzugehen war, wurden diese eingängigen Begriffe durch den modernen Begriff des „(wirtschaftlich) nachhaltigen Einsatzes öffentlicher Mittel“ ersetzt, ohne dass damit eine Neuausrichtung der aktuellen Vergabepaxis verbunden wäre.

4.4. Gleichbehandlung

4.4.1. Staatsvertragliche Dimension: Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung

36 Die Grundsätze der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung sind die zentralen Pfeiler nicht nur des GPA²², sondern des gesamten WTO-Rechts (GATT, GATS und TRIPS).²³ Bereits in der Präambel zum GPA 2012 kommt das zum Ausdruck, wonach Massnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens weder ausgearbeitet, angenommen noch angewendet werden dürfen, um inländische Anbieter, Waren oder Dienstleistungen zu schützen oder um gegenüber ausländischen Anbietern, Waren oder Dienstleistungen zu diskriminieren.

37 Verdeutlicht werden die beiden Kardinalgrundsätze des internationalen Handelssystems in Art. IV Ziff. 1 und 2 (Non-Discrimination) des GPA 2012:

*“1. With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, **treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to:***

a. domestic goods, services and suppliers; and

¹⁹ Vgl. etwa BGer, Urteil 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 5.7.3; 2P.146/2006 vom 8. November 2006 E. 2 und 3; BRK 4/06 E. 2; LGVE 2001 II Nr. 10, S. 180 f.

²⁰ Art. 1 Abs. 1 Bst. c altBöB.

²¹ Art. 1 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG).

²² ANDERSON/MÜLLER, The revised WTO agreement on government procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development, 2017, S. 965; NICHOLAS, Work of UNCITRAL on government procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO, in: Arrowsmith/Anderson (Hrsg.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, 2011, S. 766.

²³ TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 27.

b. **goods, services and suppliers of any other Party.**

2. With respect to any measure regarding covered procurement, a Party, including its procuring entities, **shall not:**

- a. treat a locally established supplier **less favourably** than another locally established supplier **on the basis of the degree of foreign affiliation or ownership; or**
- b. **discriminate** against a locally established supplier **on the basis that the goods or services offered** by that supplier for a particular procurement **are goods or services of any other Party.**"
(Hervorhebung beigegefügt)²⁴

38 Die Vertragsstaaten und ihre Auftraggeber sind somit bereits staatsvertraglich verpflichtet, ausländische Unternehmen gleich wie die inländischen zu behandeln und Diskriminierungen (auch zwischen ausländischen Anbietern) zu unterlassen. Dazu gehört, dass die Beschaffungsstellen eine lokale Anbieterin nicht aufgrund der ausländischen Kontrolle oder Beteiligung ungünstiger behandeln als eine andere lokale Anbieterin.²⁵ Eine zu Art. IV Ziff. 1 und 2 GPA analoge Regelung findet sich in Art. 6 Abs. 1 BilatAbk.

4.4.2. Verfassungsrechtliche Dimension

39 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Wettbewerbsteilnehmer ist Ausfluss der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 BV). Der Erwähnung im Zweckartikel des Gesetzes (Art. 2 lit. c revIVöB/revBöB) kommt daher keine selbständige Bedeutung zu. Die Wirtschaftsfreiheit verpflichtet den Staat, sich wettbewerbsneutral zu verhalten, Konkurrenten (früher „Gewerbegenossen“) gleich zu behandeln und Massnahmen zu unterlassen, die den freien Wettbewerb behindern.

²⁴ In der inoffiziellen deutschen Übersetzung: „1. In Bezug auf Massnahmen betreffend das einschlägige Beschaffungswesen behandelt jede Vertragspartei, einschliesslich ihrer Beschaffungsstellen, die Waren und Dienstleistungen sowie die Anbieter einer anderen Vertragspartei, die Waren oder Dienstleistungen anbietet, umgehend und bedingungslos nicht ungünstiger als sie, einschliesslich ihrer Beschaffungsstellen: a) inländische Waren, Dienstleistungen und Anbieter und b) Waren, Dienstleistungen und Anbieter einer anderen Vertragspartei behandelt. 2. In Bezug auf eine Massnahme betreffend das einschlägige Beschaffungswesen sieht eine Vertragspartei, einschliesslich ihrer Beschaffungsstellen, davon ab: a) einen im Inland niedergelassenen Anbieter aufgrund des Grades der ausländischen Kontrolle oder Beteiligung ungünstiger zu behandeln als einen anderen im Inland niedergelassenen Anbieter oder b) einen im Inland niedergelassenen Anbieter zu diskriminieren, weil die Waren oder Dienstleistungen, die dieser Anbieter für eine bestimmte Beschaffung anbietet, Waren oder Dienstleistung einer anderen Vertragspartei sind“.

²⁵ Bock, Das WTO-Submissionsübereinkommen, AJP/PJA 6/95, S. 709 ff., 712.

Wirtschaftspolizeiliche Eingriffe, die den freien Wettbewerb einschränken oder verzerren, sind im Grundsatz verboten.²⁶

- 40 Ausländische Wirtschaftsteilnehmer können sich zwar nur insoweit auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, als ihnen entsprechende staatsvertragliche Rechte eingeräumt werden.²⁷ Gleichwohl stehen legislatorische oder behördliche Massnahmen, welche den Wettbewerb zwischen in- und ausländischen Konkurrenten gezielt einschränken bzw. verzerren, in einem Spannungsverhältnis zur schweizerischen Wirtschaftsverfassung.

4.4.3. Vergaberechtliche Dimension

- 41 Die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bilden die beiden tragenden Pfeiler des Vergaberechts; sie ermöglichen erst den wirksamen Anbieterwettbewerb. Sie bedeuten, dass einer Anbieterin einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihr andererseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbieter verwehrt sind. So ist es z.B. nicht zulässig, eine Anbieterin im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als ihre Mitbewerberinnen zu beurteilen. Ebenso wenig ist es zulässig, dass Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zugunsten einer einzelnen Anbieterin aufgestellt, gestrichen oder aufgeweicht werden.
- 42 Über das Gebot der Inländerbehandlung (ausländischer Anbieter) hinaus ist auch eine Diskriminierung der inländischen Anbieter (untereinander) untersagt.²⁸ Nach Art. 5 Abs. 1 BGBM dürfen Verfügungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben im Bereich öffentlicher Beschaffungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, die Art. 3 BGBM widerspricht.²⁹ Art. 3 BGBM (Beschränkung des freien Zugangs zum Markt) schreibt vor, dass ortsfremden Anbietern der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden darf. Beschränkungen sind nur in engen Grenzen zulässig, insbesondere soweit sie gleichermassen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

²⁶ BGE 138 I 378 E. 8.3; OFK-Biaggini, BV 94 N 4 f.

²⁷ BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1399; Anspruch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen bejaht: BGE 131 I 223.

²⁸ BVGE 2019/2 E. 6.8.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 61.

²⁹ BGer, Urteil 2C_111/2018, E. 3.2.

43 Der Gleichbehandlungsgrundsatz beinhaltet jedoch keine Förderungs- oder Schutzpflicht zugunsten bestimmter Anbietergruppen. Aufgrund unterschiedlicher Ressourcen oder Erfahrungen sind die Spiesse der Marktteilnehmer naturgemäß unterschiedlich lang. Es ist nicht Aufgabe der öffentlichen Auftraggeber, diese Spiesse mittels gezielter Förderungs-, Unterstützungs- oder Schutzmassnahmen nachträglich zu justieren. Anderenfalls würde der Wettbewerbsgedanke in sein Gegenteil verkehrt.

4.5. **Transparenz**

44 Die Transparenz des Vergabeverfahrens bildet das notwendige Korrelat zum Grundsatz der Gleichbehandlung. Transparenz schafft die Voraussetzung für faire, korruptionsfreie Verfahren und den Marktzutritt neuer Anbieter.³⁰ Sie soll Kontrolle und Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen sichern und dient daher einem Doppelzweck: Der Qualitätssicherung und der Überprüfbarkeit von Vergabeentscheiden.

45 Im neuen Grundsatzartikel IV des GPA 2012 heisst es (Ziff. 4):

*“A procuring entity shall conduct covered procurement in a **transparent and impartial manner** that:*

- a. is consistent with this Agreement, using methods such as open tendering, selective tendering and limited tendering;*
- b. avoids conflicts of interest; and*
- c. prevents corrupt practices.”*

(Hervorhebung beigefügt)³¹

46 Genauso erklärt Art. 3 Abs. 1 BilatAbk den „transparenten und nichtdiskriminierenden Zugang der Lieferanten und Dienstleistungserbringer der beiden Vertragsparteien“ zum Ziel des Abkommens. Ebenfalls dem Transparenzgebot widmet sich der detaillierte Artikel XVI (Transparency of Procurement Information)

³⁰ Vgl. ANDERSON/MÜLLER, The revised WTO agreement on government procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development, 2017, p. 965.

³¹ In der inoffiziellen deutschen Übersetzung: „Die Beschaffungsstellen führen einschlägige Beschaffungen transparent und unparteiisch durch, so dass: a) sie mit diesem Übereinkommen vereinbar sind, indem Methoden wie die offene, selektive und freihändige Vergabe eingesetzt werden, b) keine Interessenskonflikte entstehen und c) korrupte Praktiken verhindert werden“.

des GPA 2012, der u.a. die Information der Anbieter sowie die Publikations- und Dokumentationspflichten der Vergabestellen regelt).

- 47 Das revidierte Recht nennt die Transparenz des Vergabeverfahrens wie bereits das bisherige Recht im Zweckartikel (Art. 2 lit. b revIVöB/revBöB). RevIVöB und revBöB enthalten zudem zahlreiche Transparenzbestimmungen, die primär die Aktivinformation, d.h. die Informationstätigkeit der Behörde von sich aus bzw. von Amtes wegen betreffen (z.B. Art. 14 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 27 ff., Art. 35 ff.). Auf Transparenz wird nur verzichtet, wenn dies die Aufgaben der Auftraggeber behindern oder die berechtigten Interessen der Anbieter gefährden würde (vgl. Art. 45 Abs. 3 revIVöB/revBöB).

4.6. Sekundärziele: Ökologie, Sozialschutz und volkswirtschaftliche Anliegen

- 48 In jüngerer Zeit wurde vermehrt gefordert, Beschaffungen müssten nicht nur den genannten (Primär-)Grundsätzen und Zielen entsprechen, sondern auch auf soziale Anliegen und den Schutz der Umwelt Rücksicht nehmen. Art. X Abs. 6 GPA 2012 erwähnt explizit, in engem Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgebot in Art. X Abs. 1, die Realisierung umwelt- und ressourcenpolitischer Zielsetzungen.
- 49 Über die soziale Dimension der Nachhaltigkeit bzw. die Anwendung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe konnte während der Revision des GPA 2012 kein Konsens erzielt werden. Angesichts dessen einigten sich die GPA-Mitgliedstaaten darauf, ein Arbeitsprogramm über nachhaltige Beschaffungen einzuleiten.³² Im Rahmen dieses im Februar 2017 initiierten Arbeitsprogramms prüfen die GPA-Mitgliedstaaten aus der Warte der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen von Art. IV GPA 2012, wie sie im Einklang mit dem Grundsatz des „Besten Preis-Leistungsverhältnisses“ und ihren internationalen Handelsverpflichtungen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch ökologisch und sozial nachhaltig beschaffen können.³³ Solange auf internationaler Ebene kein Konsens gefunden ist, bleibt den GPA-Mitgliedstaaten ein gewisser Handlungsspielraum bei der Gestaltung und Umsetzung der nationalen Gesetze.³⁴

³² Art. XXII Abs. 8 lit. a (iii) GPA 2012.

³³ Vgl. dazu WTO, Committee on Government Procurement, Key Take-Aways from the Committee's Symposium on Sustainable Procurement. Report by the Secretariat. Abrufbar unter: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S005.aspx (zuletzt besucht am 18. Februar 2020).

³⁴ Musterbotschaft, S. 24 f.; Botschaft GPA 2012, S. 2071, 2116.

50 In der Schweiz fanden die genannten, auch als „Sekundärziele“ bezeichneten³⁵, Anliegen u.a. im erweiterten Zweckartikel des revidierten Rechts (Art. 2 lit. a revIVöB/revBöB) ihren Niederschlag. Während aber der bundesrätliche Entwurf noch von der wohlbekannten Trias der wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit³⁶ sprach, wurde diese Aufzählung in den parlamentarischen Beratungen um den Begriff der „volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit“ ergänzt.³⁷ Diese Erweiterung war vom Wunsch getragen, der Staat möge auch die volkswirtschaftlichen Folgen seiner Beschaffungen (im Sinne einer aktiven Beschäftigungs- und Konjunkturpolitik) berücksichtigen.³⁸ Obwohl sich in der parlamentarischen Debatte kein einheitliches Verständnis der vorgeschlagenen Ergänzung manifestierte, schienen einzelne Votanten in der „volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit“ einen Ausgleichsmechanismus zu sehen, der als Korrektiv für das im Vergleich zum Ausland höhere schweizerische Lohn- und Schutzniveau dienen soll.³⁹

4.7. Exkurs: Umgang mit Zielkonflikten im Allgemeinen

51 Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 2 revIVöB/revBöB bedeutet nicht, dass dem ersten Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten zukäme. Laut Musterbotschaft verlangen alle Grundsätze gleichermassen Beachtung, womit Zielkonflikte unvermeidbar sind.⁴⁰ So stehen etwa Transparenz und Wettbewerb in einem Spannungsverhältnis. Eine Anbieter-öffentliche Offertöffnung mit Offenlegung der angebotenen Preise, wie dies in manchen Kantonen immer noch praktiziert wird, führt zwar zu einer Disziplinierung der Auftraggeber, indem die Integrität der einmal eingereichten Offerten gesichert wird. Gleichzeitig führt dies zu einem unerwünschten Preisaustausch, der gerade in Märkten mit einer begrenzten Zahl von Anbietern zu abgestimmten Verhaltensweisen geradezu einlädt.

³⁵ STEINER, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, in: Jusletter 16. Januar 2012; Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, S. 6 f., 16.

³⁶ Vgl. zum dreidimensionalen Nachhaltigkeitsbegriff STEINER, Nachhaltige Beschaffung, BR/DC Sonderheft 2004, S. 54.

³⁷ AB NR 2018 1001, S. 1010. Bereits im Brundtland-Bericht von 1987 „Our Common Future“ wurde darauf hingewiesen, dass die spezifischen Inhalte des Nachhaltigkeitskonzepts unterschiedlich ausgeprägt sein werden, da jeder Kultur- oder Gesellschaftskreis die Spielräume langfristig stabiler, sozialer, ökologischer und ökonomischer Steuerung auf seine Weise interpretieren werde.

³⁸ AB 2018 NR 1001, S. 1004.

³⁹ AB 2018 N 995/1003.

⁴⁰ Musterbotschaft, S. 24.

52 In vielen Fällen wurden die gesetzgeberischen Ziele über weitere spezifische Bestimmungen konkretisiert (zum Beispiel zu den Anforderungen an eine Ausschreibung [Art. 35], zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen [Art. 12], zur Veröffentlichung der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen [Art. 48], zur Sanktionierung wettbewerbsbehindernden Verhaltens [Art. 45] oder zum Rechtsschutz [Art. 51 ff.]). Verbleibende Konfliktsituationen sind anhand einer wertenden Interessenabwägung unter Einbezug der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zu lösen. Besondere Fragen wirft das Verhältnis von Primär- und Sekundärzielen auf (dazu hinten Kap. 5.1.1).

5. Anwendungsbereich der Sekundärziele

5.1. Staatsvertragsbereich

53 Die genannten Sekundärziele (vorne Kap. 4.6) stehen in einem Spannungsverhältnis zum Ziel der Marktöffnung und den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ausländischer Anbieter, sodass unklar ist, inwiefern sie überhaupt Wirkung entfalten können. Um dies zu klären, muss zwischen umwelt- und sozialpolitisch motivierten Massnahmen auf der einen Seite und wirtschaftspolitischen Massnahmen auf der anderen Seite unterschieden werden.

5.1.1. Umwelt- und sozialpolitische Ziele

54 Alle im Inland zu erbringenden Leistungen müssen zwingend den umfangreichen schweizerischen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt sowie der Menschen- und Sozialrechte genügen (Art. 12 Abs. 1 und 3 revIVöB/revBöB). Was im Ausland zu erbringende Leistungen angeht, müssen (als Mindestanforderung) die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die am Leistungsort geltenden umweltrechtlichen Vorschriften sowie die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Umweltschutzübereinkommen eingehalten werden (Art. 12 Abs. 2 und 3 revIVöB/revBöB). Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwiefern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch die ökologische und soziale Nachhaltigkeit eine Rolle spielen darf.

55 In der Panel-Praxis zu Art. III und XX GATT wurde die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Berücksichtigung ökologischer Anliegen wie folgt gezogen: Für Produkt- bzw. Qualitätsnormen besteht hinsichtlich der Wahl des

Schutzniveaus und der Instrumente weitgehende Autonomie der Vertragsstaaten, solange sie diese Anforderungen nicht mit der Absicht oder Wirkung („*Aim or Effect*“) formulieren, die inländische Anbieter gegenüber der ausländischen Konkurrenz privilegieren.

- 56 Hinsichtlich der Produktionsnormen, d.h. der Anforderungen an die Herstellungsverfahren, ist die Lage etwas komplizierter. Hier wird jeweils geprüft, ob sich diese Verfahren auf die Qualität der Produkte auswirken. Ist dies nicht der Fall, d.h. sind Herstellungsverfahren und Produktqualität entkoppelt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Schutz extraterritorialer Umweltgüter wie z.B. der Ozonschicht auf einem internationalen Wertekonsens beruht, der sich z.B. anhand multilateraler Schutzabkommen verifizieren lässt. Und schliesslich kommt es auch hier auf „*Aim and Effect*“ der Regulierung an. Soll aufgrund der „Architektur“ einer Regulierung primär eine inländische Industrie vor Konkurrenz geschützt werden, ist die Berufung auf höherrangige Schutzinteressen kritisch zu würdigen.⁴¹ Das Zürcher Verwaltungsgericht hat sich in einem Entscheid, in dem es um die Beschaffung von Holzschnitzeln zu Heizzwecken ging, der dargelegten Panel-Praxis ausdrücklich angeschlossen. Laut dem Gericht ist es unzulässig, die Herkunft des Holzes aus einem „besonders naturnahen und artenreichen Waldbiotop“ zu berücksichtigen, da damit die Produktionsbedingungen und nicht die Produkteigenschaften bewertet würden.⁴²
- 57 Einer solchen Herangehensweise wurde entgegengehalten, dem Staat sei bei der Auswahl seiner Lieferanten eine grössere Freiheit zu gewähren, solange der zwischenstaatliche Handel als solcher nicht beeinträchtigt werde.⁴³ Wer so argumentiert, verkennt den Hintergrund des GPA als Übereinkommen über die handelsrelevanten Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Das GPA hat zwar nicht den allgemeinen Austausch von Waren oder Dienstleistungen, sondern den Zugang zu den nationalen Beschaffungsmärkten im Visier. Die Kriterien nach Art. III und XX GATT sind für das Verständnis der GPA-Disziplinen jedoch ergänzend beizuziehen. Relevant sind damit allemal Ziel und Wirkung („*Aim and Effect*“) einer Massnahme, mit welcher der Kreis der Anbieter eingeschränkt wird. Wollte man die Berufung auf die „Nachhaltigkeit“ der nachgefragten Leistungen ungeachtet der Motive oder Wirkungen einer Massnahme schützen, würde protektionistischen Einkaufspraktiken Tür und Tor geöffnet. Mangels eines internationalen Konsens‘ unter den GPA-Vertragsstaaten (vorne

⁴¹ Zu allem: TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 343 ff.

⁴² VG Zürich: VB.1998.00369 E. 3c, 4.

⁴³ STEINER, Umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), 2006, S. 40 ff.

Rz. 49), sind Aspekte der sozialen Nachhaltigkeit nach den gleichen Kriterien zu bewerten.

5.1.2. Wirtschaftspolitische Ziele

- 58 Anders zu beurteilen sind die neu ins revidierte Recht aufgenommenen Zielsetzungen der „volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit“ und des „fairen Wettbewerbs“ (Art. 2 lit. a und d revIVöB/revBöB). Gleich wie die vom Bundesparlament hinzugefügten Zuschlagskriterien der „unterschiedlichen Preisniveaus“ und der „Verlässlichkeit des Preises“ zielen diese Aspekte erklärermassen darauf ab, die hiesigen Anbieter gegenüber ausländischer Konkurrenz zu schützen und eine aktive Beschäftigungs- und Konjunkturpolitik zu betreiben (vorne Kap. 4.6).⁴⁴ Mit solchen wirtschafts- bzw. strukturpolitisch motivierten Massnahmen werden ausländische Anbieter gezielt benachteiligt. Den Autoren sind keine anderen GPA-Mitgliedstaaten bekannt, die vergleichbare Ansätze in ihre Gesetze aufgenommen hätten.
- 59 Protektionistische Massnahmen laufen dem Ziel der Marktöffnung diametral zuwider und verletzen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Inländerbehandlung. Dies gilt auch dann, wenn sie unter dem Vorwand des Umwelt- oder Sozialschutzes gerechtfertigt werden. In solchen Fällen (in denen nicht direkt am Herkunftsort einer Anbieterin angeknüpft wird) resultiert zwar keine direkte, wohl aber eine (ebenso staatsvertragswidrige) indirekte Diskriminierung. Im Staatsvertragsbereich besteht damit von vornherein kein Raum für die Berücksichtigung des „volkswirtschaftlichen“ (oder konjunkturellen) Nutzens einer Beschaffung oder der Aufrechterhaltung von – wie auch immer definiertem – „fairen“ Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Provenienz. Alles andere hätte eine Verletzung der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz zur Folge. Vor diesem Hintergrund haben die eidgenössischen Räte den Kriterienkatalog von Art. 29 zu Recht unter den Vorbehalt der „Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz“ gestellt.
- 60 Aus dem Gesagten folgt, dass im Staatsvertragsbereich umwelt- und sozialpolitisch motivierten Anliegen ein beschränkter Spielraum zukommt, während „volkswirtschaftlich“, mithin protektionistisch, motivierte Zielsetzungen *per se* völkerrechtswidrig sind und damit keine Beachtung finden dürfen, und zwar weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsanwendung. Näher zu prüfen ist,

⁴⁴ Vgl. statt vieler Nationalrat, ERSTRAT, PARDINI (Sozialdemokratische Fraktion), AB 2018 N 992 vom 13. Juni 2018.

ob und inwiefern solche Zielsetzungen im Nichtstaatsvertragsbereich zum Tragen kommen können.

5.2. Nichtstaatsvertragsbereich

61 Im Nichtstaatsvertrags- bzw. Binnenbereich kommen die völkervertraglichen Verpflichtungen der Schweiz nicht (bzw. nicht direkt) zur Anwendung. Entsprechend bleibt hier dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden ein etwas grösserer Spielraum bei der Berücksichtigung von Sekundärzielen. Die praktische Bedeutung des Nichtstaatsvertragsbereichs hält sich allerdings in Grenzen, wie sogleich zu zeigen ist.

5.2.1. Beschränkte Bedeutung des Nichtstaatsvertragsbereichs

5.2.1.1. Kantone

62 Auf kantonaler Ebene beschränkt sich die Bedeutung des Nichtstaatsvertragsbereichs im Wesentlichen auf folgende Fälle:

- *Subjektiv* unterstehen dem Staatsvertragsbereich (wie bislang) alle staatlichen Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten (Art. 4 Abs. 1 revl-VöB). In den Nichtstaatsvertragsbereich fallen demgegenüber bloss i) andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben (mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten), sowie ii) Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 % der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (Art. 4 Abs. 4 revIVöB).
- In *objektiver* Hinsicht sind dem Staatsvertragsbereich sämtliche wichtigen Baudienstleistungen⁴⁵ sowie grundsätzlich sämtliche Lieferungen (Waren)⁴⁶ unterstellt. Auch die (Positiv-)Liste der erfassten Dienstleistungen ist lang und umfasst einen Grossteil der in der Beschaffungspraxis relevanten Aufträge.⁴⁷ Nicht unterstellt sind etwa der Personalverleih

⁴⁵ Vgl. Annex 6 zum schweizerischen Länderanhang zum GPA2012.

⁴⁶ Vgl. Annex 4 zum schweizerischen Länderanhang zum GPA 2012.

⁴⁷ Vgl. Annex 5 zum schweizerischen Länderanhang zum GPA 2012.

(prov. CPC 872), gewisse Rechtsdienstleistungen (Teil von prov. CPC 861) oder wissenschaftliche Tätigkeiten („fundamental research“, prov. CPC 91114).

- Aufträge unterhalb der staatsvertraglichen *Schwellenwerte*: In den Nichtstaatsvertragsbereich fallen zum einen Bauaufträge, deren Gesamtwert zwischen CHF 250'000 (Baunebengewerbe) bzw. CHF 500'000 (Bauhauptgewerbe) und CHF 8.7 Mio. liegt. Allerdings ist die praktische Bedeutung dieses Bereichs insofern eingeschränkt, als der Auftragswert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts aller für ein Bauwerk massgeblichen Bauleistungen bestimmt wird, auch wenn verschiedene Auftragskategorien vergeben werden (sog. Bauwerksregel; Art. 16 Abs. 3 revl-VöB).⁴⁸ Zum anderen kommt der Nichtstaatsvertragsbereich bei Dienstleistungen und Lieferungen zur Anwendung, deren Auftragswert zwischen CHF 250'000 und CHF 350'000 liegt.⁴⁹

5.2.1.2. Bund

63 Auch auf Bundesebene (d.h. im Geltungsbereich des revBöB) ist die praktische Bedeutung des Nichtstaatsvertragsbereichs beschränkt:

- In *subjektiver* Hinsicht sind dem Staatsvertragsbereich (im Unterschied zum bisherigen Recht) neu *sämtliche* Verwaltungseinheiten der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung nach Art. 2 RVOG unterstellt. Im Unterschied zur grundsätzlich abschliessenden Aufzählung der unterstellten Verwaltungseinheiten unter dem GPA 1994, handelt es sich bei der Liste in Annex 1 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 bloss um eine exemplarische.
- Was die *objektive* Unterstellung von Beschaffungen angeht, gilt das zum kantonalen Recht Gesagte (vorne Rz. 62). Lediglich gewisse Dienstleistungen werden ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beschafft.
- Aufträge unterhalb der staatsvertraglichen *Schwellenwerte*: Eine gewisse Bedeutung kommt denjenigen Aufträgen zu, deren Wert zwar unterhalb der staatsvertraglichen, aber über den *nicht*staatsvertraglichen

⁴⁸ Gegenausnahme (Bagatellklausel): Etwas anderes gilt nur dann, wenn einzelne Leistungen zwei Millionen Franken unterschreiten und diese Werte zusammengerechnet 20 % des Gesamtwerts des Bauwerks nicht überschreiten.

⁴⁹ Vgl. Anhänge 1 und 2 revlVöB.

Schwellenwerten des BÖB liegen und daher öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Es geht mithin um Bauleistungen im Wert zwischen CHF 250'000 (Baunebengewerbe) bzw. CHF 500'000 (Bauhauptgewerbe) und CHF 8.7 Mio.⁵⁰. Auch hier gilt die bereits erwähnte Bauwerksregel, welche die praktische Bedeutung dieses Bereichs einschränkt.

- 64 Daraus wird deutlich, dass fast alle Arten öffentlicher Aufträge in den Staatsvertragsbereich fallen, wenn die relevanten Schwellenwerte erreicht werden. Dem Nichtstaatsvertragsbereich kommt demnach, u.a. aufgrund der im Rahmen des GPA 2012 erweiterten Positivliste für die Dienstleistungen, nur eine ganz geringe wirtschaftliche Bedeutung zu. Allein in diesem limitierten Anwendungsbe- reich könnten Sekundärziele mit wirtschaftspolitischer Stossrichtung („volks- wirtschaftliche Nachhaltigkeit“ oder „fairer Wettbewerb“) überhaupt eine (begrenzte) Wirkung entfalten.

5.2.2. Verpflichtungen der Schweiz nach dem BilatAbk mit der EU

- 65 In Art. 6 Abs. 3 BilatAbk hat sich die Schweiz verpflichtet, die Grundsätze der In- länderbehandlung und Nichtdiskriminierung auch bei unterschwelligen Be- schaffungen zu beachten. Konkret statuiert diese gemeinhin wenig beachtete Bestimmung:

Was die Verfahren und Praktiken der Vergabe von Auf- trägen, deren Auftragswert unter den in Artikel 3 Absatz 4 festgesetzten Schwellenwerten liegt, anbelangt, so verpflichten sich die Vertragsparteien, ihre Vergabestel- len aufzufordern, die Lieferanten und Dienstleistungser- bringer der anderen Vertragspartei gemäss den Bestim- mungen von Absatz 1 zu behandeln. Die Vertragsparteien vereinbaren, dass diese Bestimmung spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten dieses Ab- kommens im Lichte der im Rahmen der gegenseitigen Beziehungen gewonnenen Erfahrungen überprüft wird. Zu diesem Zweck erstellt der Gemischte Ausschuss Lis- ten der Fälle, in denen der in Artikel 6 enthaltene Grund- satz zur Anwendung kommt.

⁵⁰ Vgl. Anhänge 1 und 2 revIVÖB.

- 66 Die Bestimmung lässt offen, ob diese „Ausdehnungspflicht“ nur für Beschaffungen der Sektorenauftraggeber (deren Schwellenwerte in Art. 3 Abs. 4 geregelt sind) oder für alle Auftraggeber gilt. Die Klärung dieser Frage über den Gemischten Ausschuss ist unseres Wissens bisher nicht erfolgt. Für Letzteres (allgemeine Geltung) spricht die systematische Stellung von Art. 6 im Kapitel „Allgemeines und Schlussbestimmungen“ und der Konnex zu den allgemeinen Grundsätzen der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung. Zur Erinnerung: Das BilatAbk hat weit über die Unterstellung gewisser Sektorenauftraggeber hinaus eine Bedeutung für den Geltungsbereich des GPA im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten.
- 67 Dies vorausgeschickt, dürfte die Berücksichtigung vergabefremder Ziele und Kriterien (wie zum Beispiel die unterschiedlichen ausländischen Preisniveaus oder die unterschiedliche ausländische Kaufkraft) im Verhältnis zu Anbietern aus dem EU-Raum auch im unterschweligen Bereich die Verpflichtungen der Schweiz nach dem BilatAbk verletzen.

5.2.3. Auslandbeschaffungen bei Gegenrecht

- 68 Der eng begrenzte Anwendungsbereich der Sekundärziele erfährt eine weitere Einschränkung: Nach Art. 6 Abs. 2 revIVÖB/revBÖB sind Vergabestellen verpflichtet, Angebote von ausländischen Anbietern zuzulassen, soweit deren (Sitz-)Staat Gegenrecht gewährt, d.h. schweizerische Anbieter an ihren Vergabeverfahren partizipieren lässt (Prinzip der Gegenseitigkeit bzw. Reziprozität). Mit dieser Regel wird das Ziel der Marktöffnung gegenüber ausländischen Anbietern und damit der völkerrechtliche Grundsatz der Inländerbehandlung auf den Binnenbereich übertragen. Der Bundesrat führt eine Liste der Staaten, die sich gegenüber der Schweiz zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet haben (Art. 6 Abs. 3 revIVÖB/revBÖB).
- 69 Da andere Staaten denselben Gegenrechtsvorbehalt kennen, hängen die Marktzutrittschancen schweizerischer Unternehmen im Ausland wesentlich von der Gewährung des Gegenrechts ab. Mit anderen Worten: Verletzen schweizerische Vergabestellen das Prinzip der Gegenseitigkeit, indem sie ausländische Anbieter diskriminieren, wird schweizerischen Anbietern der Zugang zu ausländischen Beschaffungsmärkten ebenso verweigert. Im Lichte von Art. 6 Abs. 2 revIVÖB/revBÖB fallen somit protektionistische Massnahmen gegenüber Staaten, die Gegenrecht gewähren, ausser Betracht. Es gilt hier das zum Staatsvertragsbereich Gesagte (vorne Kap.5.1).

70 Im verbleibenden Nichtstaatsvertragsbereich bleibt es den Vergabestellen unbenommen, ausländische Anbieter von vornherein nicht zum Verfahren zuzulassen. Insofern besteht keine Notwendigkeit für zusätzliche protektionistische Massnahmen (etwa im Sinne von diskriminierenden Zuschlagskriterien).

6. Zuschlagskriterien

6.1. Funktion von Zuschlagskriterien

71 Zuschlagskriterien dienen der Bewertung der Angebote. Mit der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien kann eine Vergabestelle sicherstellen, dass das für ihre konkreten Bedürfnisse vorteilhafteste⁵¹ bzw. – nach bisheriger Terminologie⁵² – wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Auch das GPA spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der Zuschlag an das „most advantageous tender“ geht.⁵³ Dieses wird aufgrund des Preiskriteriums sowie in der Regel weiterer, u.a. qualitätsbezogener Zuschlagskriterien ermittelt (dazu hinten Kap. 6.2).

6.2. Gestaltungsfreiheit der Vergabestellen

72 Die Vergabestelle verfügt bei der Festlegung der Zuschlagskriterien praxisgemäss über einen grossen Gestaltungsspielraum.⁵⁴ Art. 29 revIVöB/revBöB enthält keine abschliessende, sondern eine beispielhafte Aufzählung der möglichen Zuschlagskriterien, wie das Wort „insbesondere“ verdeutlicht. Die Vergabestelle ist somit – innerhalb der gesetzlichen Schranken (hinten Kap. 6.3) – weitgehend frei darin, diejenigen Kriterien auszuwählen, die dem Beschaffungsziel am besten entsprechen, und zusätzliche Kriterien aufzustellen, die im Gesetz nicht erwähnt werden. Dasselbe gilt grundsätzlich für die Gewichtung der einzelnen Kriterien.

⁵¹ Art. 41 revIVöB/revBöB.

⁵² Vgl. Art. 21 Abs.1 altBöB; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 lit. e Abkommen Schweiz-EU.

⁵³ Art. XV Abs. 5 Bst. a GPA 2012.

⁵⁴ BGE 143 II 553 E. 6.3.2; 140 I 285 E. 4.1; VGer Zürich: VB.2016.00300 E. 4.4; vgl. allgemein zum Ermessen der Vergabestelle bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstands (auch „Definitionsfreiheit“) BGE 137 II 313 E. 3.3.1; BGer, Urteil 2P.282/1999 vom 2. März 2000, E. 3a.

73 Abgesehen von der Beschaffung (weitgehend) standardisierter Güter, darf das „vorteilhafteste“ bzw. „wirtschaftlich günstigste Angebot“ *nicht* ausschliesslich über den tiefsten Preis definiert werden.⁵⁵ In diesem Sinne entspricht es gängiger Vergabepaxis, die Angebote auch aufgrund von Merkmalen wie Qualität, Terminplan, Kundendienst, Innovationsgehalt, Fachkompetenz, Umweltschutz u.a.m. zu bewerten. Selbst bei standardisierten Gütern werden regelmässig hohe Anforderungen nicht nur an die Qualität, sondern auch an die ökologische Nachhaltigkeit des Produkts sowie an den Sozialschutz gestellt. Diesen Aspekten lässt sich über die Teilnahmebedingungen, die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen Rechnung tragen. Ein reiner Preiswettbewerb findet somit nicht einmal dort statt, wo der Preis das einzige Zuschlagskriterium bildet.

6.3. Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien

74 Der Gestaltungsspielraum der Vergabestellen bei der Festlegung der Vergabeanforderungen findet seine Grenzen an den Grundsätzen und Zielen des Vergabeberechts, allen voran dem Gleichbehandlungsprinzip und dem Diskriminierungsverbot. Die Auswahl der Kriterien darf namentlich nicht auf einen versteckten Protektionismus hinauslaufen.⁵⁶ Zudem müssen die Anforderungen *sachlich* und mit Blick auf das konkrete Beschaffungsprojekt begründbar sein.⁵⁷ Entsprechend unzulässig sind *vergabefremde* Kriterien, wozu insbesondere solche mit wirtschafts- oder steuerpolitischer Zielsetzung zählen.⁵⁸

75 Zu den rechtlichen Schranken bei der Festlegung von Vergabeanforderungen besteht eine reichhaltige Kasuistik. Als vergabefremde (und damit grundsätzlich unzulässige) Eignungs- oder Zuschlagskriterien gelten etwa:

- Kriterien, die einen bestimmten Wertschöpfungsanteil in der Schweiz verlangen;⁵⁹

⁵⁵ BGE 138 I 143 E. 4.2.; VGer Zürich: VB.2004.00477 E. 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 879 S. 394 f.

⁵⁶ BVGE 2019/2 E. 6.8.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 839 und 872 m.H.

⁵⁷ Statt vieler BVGE 2019/2 E. 6.8.3.; VG Zürich: VB.2000.00381. E. 3b.

⁵⁸ VGer Zürich: VB.2000.00381. E. 3b.

⁵⁹ VGer Aargau : AGVE 2009 Nr. 38 E. 3.3.2.

- Kriterien mit strukturpolitischer Zielsetzung, die einzelne Konkurrenten oder Anbietergruppen bevorzugen oder die eine „gerechte Abwechslung und Verteilung“ von Aufträgen vorsehen;⁶⁰
- Kriterien mit regional- oder steuerpolitischem Hintergrund, wie z.B. die Berücksichtigung der Steuerpflicht oder der Bedeutung eines Steuerzahlers im Bezirk der Vergabebehörde;⁶¹ in diesem Sinne hat etwa das Bündner Verwaltungsgericht „volkswirtschaftliche oder fiskalische Gründe (z.B. Lehrlingsausbildung, Steuerdomizil, örtliche Arbeitsplätze, angemessene Verteilung)“ als „sachfremde Kriterien, die nicht vom Submissionsrecht berücksichtigt werden dürfen“ bezeichnet;⁶²
- generell alle Arten von Kriterien, welche (ohne sachlichen Grund) an die Ortsansässigkeit (Wohn- oder Geschäftssitz) oder Ortskenntnisse der Anbieter anknüpfen,⁶³ genauso wie Prozentklauseln zugunsten einheimischer Anbieter.⁶⁴

76 Obwohl ebenfalls ein vergabefremdes Kriterium, ist die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Nichtstaatsvertragsbereich unter revidiertem Recht sowie unter gewissen Voraussetzungen zulässig (Art. 29 Abs. 2 revIVöB/revBöB). Gemäss der Praxis gewisser kantonaler Gerichte galt dies insbesondere dann, wenn das Kriterium nicht übermässig gewichtet wurde.⁶⁵ Umweltschutzaspekte dürfen (auch im Staatsvertragsbereich) insbesondere dann bewertet werden, wenn sie sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken, anderenfalls sie nur ausnahmsweise zulässig sind (vorne Kap. 5.1.1). So können beispielsweise Zufahrts- und Transportwege laut Bundesgericht nur dann berücksichtigt werden, wenn sie sich über eine längere Zeitspanne auswirken und nicht bloss eine nebensächliche Rolle spielen.⁶⁶

77 Zu beachten ist, dass vergabefremde Kriterien auch dann unzulässig sind, wenn sie in verdeckter Form daherkommen. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem

⁶⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 918 f. m.H.

⁶¹ AGVE 1997 S. 361 ; VGer AG: BE.98.00401, E. 2c/bb; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 839.

⁶² VGer GR: PVG 2000 Nr. 72 E. 2a.

⁶³ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 920 ff. m.H.

⁶⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 928 m.H.

⁶⁵ Gemäss Zürcher Verwaltungsgericht darf der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung mit höchstens 10 % gewichtet werden; VG Zürich: VB.2012.00055; VB.2003.00268 E. 4.3; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 930.

⁶⁶ BGer, Urteil 2P.342.1999 vom 31. Mai 2000.

ortsansässige Anbieter insofern bevorzugt werden, als Transportwege in sachwidriger Weise berücksichtigt werden.⁶⁷ Generell gilt: Soweit vergabefremde Kriterien ausnahmsweise zulässig sind (da sachlich begründbar und auf einer hinreichend gesetzlichen Grundlage beruhend), dürfen sie im Vergleich zu anderen Kriterien nicht übermässig gewichtet werden.⁶⁸

6.4. Bedeutung des Preiskriteriums

78 Der Preis ist ein zentraler Wettbewerbsparameter und daher zwingend zu berücksichtigen. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln und dem Zweck des Vergabeverfahrens, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (vorne Kap. 4.3).⁶⁹ Was die Gewichtung des Preises im Verhältnis zu anderen Zuschlagskriterien angeht, verfügen die Vergabestellen über einen beträchtlichen Ermessensspielraum.

79 Demgegenüber kommt dem Preis zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Beschaffung komplexer Werke oder intellektueller Dienstleistungen regelmässig weniger Gewicht zu; hier rücken andere Kriterien wie Qualität oder Termine in den Vordergrund. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss jedoch der Preis einer nachgesuchten Leistung selbst bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20 % Berücksichtigung finden.⁷⁰ Selbst bei komplexen Beschaffungen liegt eine solche Gewichtung laut Bundesgericht an der untersten Grenze des Zulässigen.⁷¹ Nur in absoluten Ausnahmefällen, d.h. insbesondere bei komplexen Aufträgen (wie etwa Ingenieur- und Architekturwettbewerben), bei denen die Erstellungskosten der projektierten Anlagen von viel grösserer Bedeutung sind als die Projektierungskosten des Ingenieur bzw. Architekten, darf das Preiskriterium ausnahmsweise ganz weggelassen werden.⁷²

80 Ausserdem darf eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden.⁷³ Eine

⁶⁷ VGer Zürich: VB.2010.00598 E. 4.5.1.; GALLI/MOSER, Rz. 925.

⁶⁸ BGer, Urteil 2P.46 und 47/2005 vom 16. September 2005, E. 5.1; vgl. auch VGer AG: WBE.2008.150, wo das vergabefremde (aber gesetzlich vorgesehene) Kriterium „gerechte Abwechslung und Verteilung“ mit einer Gewichtung von 5 % gerade noch akzeptiert wurde.

⁶⁹ Vgl. auch BRK 25/05 E. 3a/bb; VGer ZH: VB.2010.0058 E. 5.5.

⁷⁰ Vgl. BGE 130 I 241, E. 6.3; 129 I 313, E. 9.2; BGer, Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007, E. 4.1.

⁷¹ BGE 129 I 313 ff.

⁷² GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 854.

⁷³ BGE 130 I 241, E. 6.1; 129 I 313, E. 9.2; BGer, Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007, E. 4.1.

Methode, bei der nicht das preisgünstigste, sondern ein anderes Angebot beim Zuschlagskriterium Preis die meisten Punkte erhält, ist unzulässig.⁷⁴

6.5. Berücksichtigung der „unterschiedlichen Preisniveaus“ als mögliches Zuschlagskriterium?

- 81 Im Staatsvertragsbereich sind alle Arten von Massnahmen, welche eine Bevorzugung inländischer Anbieter bezwecken, von vornherein unzulässig (zur Staatsvertragswidrigkeit wirtschaftspolitischer Zielsetzungen vorne Kap. 5.1.2). Dies gilt namentlich auch für Zuschlagskriterien, die allfällige kompetitive Vorteile (wie günstigere Produktions- oder Standortbedingungen) ausländischer Anbieter zu deren Ungunsten berücksichtigen. Derartige wirtschaftspolitische bzw. protektionistische Eingriffe verletzen die im GPA verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung bzw. der Nichtdiskriminierung. Die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus im Rahmen der Angebotsbewertung ist daher ausgeschlossen.
- 82 Im Nichtstaatsvertragsbereich besteht zwar keine Verpflichtung der Vergabestellen, ausländische Anbieter zum Verfahren zuzulassen, es sei denn, der (Sitz-)Staat der Anbieterin gewähre schweizerischen Anbietern Gegenrecht (vorne Kap. 5.2.2). Dessen ungeachtet erscheinen die Einführung und Verwendung von Zuschlagskriterien, mit denen ausländische gegenüber schweizerischen Anbietern direkt oder indirekt benachteiligt werden, in mehrfacher Hinsicht problematisch:
- 83 Obwohl sich ausländische Anbieter nur im Rahmen der staatsvertraglichen Garantien auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können, stehen legislatorische oder behördliche Massnahmen, die den Wettbewerb zugunsten bestimmter Wirtschaftsteilnehmer gezielt einschränken oder verzerren, im Widerspruch zum Gebot der Wettbewerbsneutralität des Staates (Art. 94 BV). Beim Kriterium der „unterschiedlichen Preisniveaus“ handelt es sich wie bei anderen protektionistischen Massnahmen um ein solches wettbewerbsfeindliches und damit vergabefremdes Element. Als solches lässt es sich auch mit den tragenden Grundsätzen und Zielen des Beschaffungsrechts (Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebot, Marktöffnung, haushälterischer Umgang mit öffentlichen Mitteln) kaum je in Einklang bringen. Entsprechend dürfte das Kriterium die

⁷⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 2013, Rz. 854 m.H.

Vergabestellen (und im Beschwerdefall auch die Gerichte) bei jedem neuen Beschaffungsprojekt vor schwierige Auslegungs- und Wertungsfragen stellen.

- 84 Ermöglicht eine Vergabestelle ausländischen Anbietern trotz fehlender völkerrechtlicher Verpflichtung die Teilnahme, was in ihrem Ermessen steht, darf sie die Vergabegrundsätze nicht einfach über Bord werfen. Vielmehr wird sie sich in diesen Fällen an das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Diskriminierungsverbot halten müssen.⁷⁵ Die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei der Angebotsbewertung könnte in diesem Fall als widersprüchliches Verhalten oder als Willkür taxiert werden. Je nach Verhaltensweise der Vergabestelle kann den betroffenen Anbietern nicht nur einen (justiziablen) Anspruch auf Verfahrensteilnahme, sondern auch auf gerichtliche Überprüfung des Zuschlags erwachsen.⁷⁶
- 85 Jedenfalls würden ein derartiges Vorgehen (Zulassung und anschliessende Diskriminierung von Anbietern) erhebliches Konfliktpotenzial bergen und zu Rechtsunsicherheit sowohl seitens der Vergabestellen als auch der (schweizerischen und ausländischen) Anbieter führen. So wäre stets aufs Neue zu entscheiden, wie das Dilemma zwischen den Prinzipien der Gleichbehandlung, des Marktzugangs und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel auf der einen Seite und dem Heimatschutzbedürfnis auf der anderen Seite konkret gelöst wird. Vergabestellen müssen sich daher vorab entscheiden, ob sie ausländische Anbieter zulassen oder nicht. Tun sie es, gelten für alle dieselben Vergaberegeln. Wer A sagt, muss auch B sagen.
- 86 Problematisch erscheint die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus nicht zuletzt im Lichte der Vorgaben zum Preiskriterium. Die Anwendung dieses Kriteriums würde zu einer Ausnivellierung von (auf unterschiedlichen Standortbedingungen beruhenden) Preisunterschieden führen und damit das Preiskriterium teilweise, wenn nicht sogar vollständig, aushöhlen. Es ist unklar, wie eine solche Relativierung mit der dargestellten Spruchpraxis zu vereinbaren wäre, was die Rechtsunsicherheit zusätzlich verstärken dürfte.

⁷⁵ Gleiches gilt gemäss Zürcher Verwaltungsgericht, wenn eine Vergabestelle im Rahmen eines Einladungsverfahrens nebst einheimischen auch Anbieter aus anderen Regionen einlädt: VGer Zürich: VB.2004.00305 E. 5.1; VB.2000.00391 E. 3c.

⁷⁶ BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1447; so bejaht in VGer AG: WBE.2014.219, 21.8.2014, AGVE 2014, S. 196 ff., Nr. 34, E. 4.1.

- 87 Auf die mehr praktischen Schwierigkeiten und das Konfliktpotenzial bei der Umsetzung des Kriteriums „unterschiedliche Preisniveaus“ wird in Kap. 8 eingegangen.

7. Reichweite der Delegationsnorm (Art. 63 Abs. 4 revIVöB)

- 88 Art. 63 Abs. 4 revIVöB statuiert das Recht der Kantone, „Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26“ zu erlassen. Es stellt sich die Frage nach der Tragweite dieser Delegationsnorm und insbesondere danach, ob die Kantone gestützt darauf zusätzliche vergabefremde Zuschlagskriterien im Rahmen der Einführungsgesetzgebung vorsehen können. Gegen eine solche Auslegung sprechen die folgenden Gesichtspunkte:

7.1. Ausgangslage: Umfassende Regelungen in der revIVöB

- 89 Die bisher geltende altIVöB war als Rahmenerlass konzipiert, die mit bloss 22 Artikeln nur das Grundlegende enthielt. Im Übrigen lag es in der Kompetenz der Kantone, das Beschaffungsrecht im Rahmen ihrer Einführungs- und Submissionsgesetzgebung zu regeln (Art. 13 altIVöB). Nebst Veröffentlichungs- und Fristenregelungen hatten die Kantone insbesondere auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien zu normieren. Oftmals wurden dabei die Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) integral oder zumindest teilweise übernommen. Ähnliches galt auf Bundesebene: Die altVöB enthält nebst rein vollziehenden auch rechtsetzende Bestimmungen, so zum Beispiel im 3. Kapitel (Beschaffungen, die nicht dem altIBöB unterstehen) und im 4. Kapitel (Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb).
- 90 Die Revision bringt in dieser Hinsicht einen Paradigmenwechsel mit sich. Die harmonisierten revBöB und revIVöB sind als weitgehend abschliessende Erlasse konzipiert, die höchstens punktuell der Ergänzung oder Konkretisierung bedürfen. Alle wesentlichen Bestimmungen sind neu stufengerecht auf Gesetzes- bzw. Konkordatsebene geregelt. In diesem Sinne hält auch die Botschaft zum BöB fest:

„Der Gesetzesentwurf legt Rechte und Pflichten der Auftraggeberinnen und der Anbieterinnen sowie Verfahren und Rechtsschutz knapp, aber hinreichend klar fest.

*Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe sind nur in wenigen Teilbereichen erforderlich.*⁷⁷

- 91 Gleiches gilt analog für die revIVöB. Die bisherige kantonale Submissionsgesetzgebung wird damit weitgehend obsolet. Entsprechend beschränkt sich auch das Musterbeitrittsgesetz (Entwurf vom 24. September 2019)⁷⁸ auf punktuelle Regelungen von untergeordneter Bedeutung (besonders im Zusammenhang mit Zuständigkeitsfragen).

7.2. Wortlaut und Zweck der Norm

- 92 Der Begriff der „Ausführungsbestimmungen“ wird in der Gesetzessprache regelmässig für Normen verwendet, welche die im Gesetz verankerten abstrakten Bestimmungen näher ausführen, d.h. konkretisieren, und gegebenenfalls untergeordnete gesetzliche Lücken füllen, soweit dies zur Vollziehung des Gesetzes erforderlich ist. Ausführungsbestimmungen müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären.⁷⁹
- 93 Die in Art. 63 Abs. 4 revIVöB gewählte Formulierung („Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26“) bringt in erster Linie zum Ausdruck, dass die genannten Primärnormen keine abschliessende Regelung enthalten und demnach von den Kantonen näher auszuführen sind. Weitere Normen, etwa Art. 29 revIVöB (Zuschlagskriterien), finden keine Erwähnung. Das Wort „insbesondere“ macht zwar deutlich, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist. Andererseits unterstreicht die Beschränkung auf drei spezifische Artikel die Tatsache, dass das Gesetz grundsätzlich abschliessend ist und nur punktueller Konkretisierungsbedarf besteht. Sonst hätte man auf die Aufzählung verzichtet. Dessen ungeachtet bleibt es den Kantonen unbenommen, soweit notwendig untergeordnete organisatorisch-prozessuale Vorschriften zu Formen (z.B. Modalitäten der Offertöffnung oder zusätzliche Publikationsorgane), Fristen (im Nichtstaatsvertragsbereich) und Kompetenzen (z.B. Aufsichtsorgane) aufzustellen.

⁷⁷ Botschaft revBöB, S. 1881.

⁷⁸ Publiziert unter <https://www.dtap.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/>.

⁷⁹ BGE 124 I 127, E. 3b.

7.3. Entstehungsgeschichte der Norm

- 94 Art. 63 Abs. 4 revIVöB geht auf das von einzelnen Kantonen geäusserte Bedürfnis zurück, Ausführungsbestimmungen zu ganz spezifischen Punkten zu erlassen, während der ursprüngliche Konkordatsentwurf keine Vollzugsbestimmung enthielt. Laut Musterbotschaft besteht dieses Bedürfnis namentlich mit Blick auf Artikel 10, 12 und 26. Dort stand einerseits das Anliegen im Vordergrund, weitere Beschaffungen (durch kantonale Pensionskassen und auf dem Gebiet der arbeitsmarktlichen Massnahmen) durch kantonales Recht zu unterstellen. Andererseits sollte den Kantonen ermöglicht werden, die einzelfallspezifischen Ausnahmen vom binnenmarktrechtlichen Herkunftsortprinzip (Art. 3 BGBM) zu konkretisieren. Dies aufgrund des Anliegens, den Kantonen eine gewisse Gestaltungsfreiheit zu belassen und damit kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen (Art. 46 BV). Ferner wird auf die parallele Zuständigkeit des Bundesrats zum Erlass von Ausführungsbestimmungen nach Art. 60 revBöB verwiesen.⁸⁰ Der Antrag eines Kantons, Art. 29 Abs. 1 revIVöB mit einem Hinweis auf die unterschiedlichen ausländischen Preisniveaus zu ergänzen, wurde anlässlich der InöB-Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 mit grossem Mehr abgelehnt.
- 95 Diese systematischen und entstehungsgeschichtlichen Elemente sprechen deutlich gegen eine extensive Auslegung von Art. 63 Abs. 4 revIVöB. Die Artikel 10 (Ausnahmen), 12 (Arbeitsschutzbestimmungen) und 26 (Teilnahmebedingungen), die von einzelnen Kantonen als besonders konkretisierungsbedürftig bezeichnet wurden, regeln spezifische Aspekte des Verfahrens und sind im Vergleich zu anderen Bestimmungen von beschränkter rechtlicher Tragweite. Bei keiner dieser Bestimmungen geht es um vergabefremde Kriterien und diskriminierende Praktiken. Mehr noch: Mit der klaren Ablehnung des Minderheitsantrags anlässlich der Verabschiedung der revIVöB hat das InöB als massgebliches Organ der revIVöB klar zu erkennen gegeben, dass die Aufnahme einer Bestimmung zur Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus im Ausland unzulässig und unerwünscht ist.
- 96 Unklar bleibt, inwiefern der in der Musterbotschaft zitierte Art. 46 Abs. 3 BV relevant sein soll. Die Bestimmung verankert das Subsidiaritätsprinzip hinsichtlich der Umsetzung von *Bundesrecht*. Bei der IVöB handelt es sich allerdings um ein Konkordat, auf das sich die Kantone im Interesse einer möglichst einheitlichen Vergabep Praxis *selbst* verpflichtet haben. Würden den einzelnen Kantonen in

⁸⁰ Musterbotschaft zu Art. 63 Abs. 4 revIVöB.

grossem Umfang überschneidende (Rechtsetzungs-)Kompetenzen gewährt, würde das Harmonisierungsziel verfehlt. Ferner spricht auch der in der Musterbotschaft angestellte Vergleich mit der Vollzugskompetenz des Bundesrats (Art. 60 revBöB) gegen die Annahme, dass der kantonale Gesetzgeber zusätzliche gesetzesvertretende Normen erlassen können soll (dazu hinten Kap. 7.4).

- 97 Daher kommen wir zum Schluss, dass es den Kantonen verwehrt ist, in ihre Einführungsgesetze neue oder zusätzliche generell-abstrakte Zuschlagskriterien aufzunehmen. Dies gilt insbesondere – aber nicht ausschliesslich – für Zuschlagskriterien, mit denen die Vergabestellen zu einem diskriminierenden Verhalten ermächtigt würden, das sich mit den Grundsätzen der revIVöB nicht vereinbaren lässt.

7.4. Vergleich zur Parallelbestimmung (Art. 60 revBöB) und zur revVöB

- 98 Schliesslich drängt sich ein Blick auf das bundesrechtliche Regime auf, zumal die Musterbotschaft zur IVöB die Ergänzung von Art. 63 Abs. 4 u.a. mit der ähnlich lautenden Ermächtigungsnorm in Art. 60 revBöB („Vollzug“) begründet (vorne Rz. 94). Abs. 1 von Art. 60 revBöB ermächtigt den Bundesrat, „Ausführungsbestimmungen“ zu erlassen. Gemäss Abs. 2 der Bestimmung beachtet er dabei „die Anforderungen der massgebenden Staatsverträge“. Auch hier handelt es sich um eine traditionelle Vollzugskompetenz, wie sie in vielen Bundesgesetzen anzutreffen ist. Aufgrund der allgemeinen Vollzugskompetenz des Bundesrats gestützt auf Art. 182 Abs. 2 BV wäre sie an sich verzichtbar. Auch der Bundesgesetzgeber geht mithin davon aus, dass das Gesetz die Rechte und Pflichten der Normadressaten abschliessend regelt und Ausführungsbestimmungen – anders als unter dem bisherigen Recht – nur punktuell notwendig sind.
- 99 Zum selben Ergebnis gelangt man bei einem Blick auf den Inhalt der nunmehr verabschiedeten revVöB. Sie regelt nebst der Befreiung der Sektorenmärkte von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht insbesondere Einzelheiten des Vergabeverfahrens (Dialogverfahren, Dokumentationspflichten etc.), die Ausgestaltung des Wettbewerbs- und Studienauftragsverfahren (Art. 22 revBöB), die Verfahrenssprache sowie diverse untergeordnete Einzelaspekte (Preisprüfung bei fehlendem Wettbewerb, Ausschluss und Sanktion etc.). Es handelt sich dabei um verfahrenstechnische oder zuständigkeitsregelnde Normen, denen ein vollziehender und kein gesetzesvertretender Charakter zukommt.

7.5. Vorrang des Bundes- und Konkordatsrechts

- 100 Die vergaberechtlichen Ziele und Grundsätze ergeben sich zum einen aus den von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Übereinkommen (GPA, BilatAbk etc.; vorne Kap. 3.2). Zum anderen sind sie im nationalen Recht verankert, namentlich in der Bundesverfassung sowie (für kantonale Beschaffungen) dem BGBM und der revIVöB. In der einschlägigen Gerichtspraxis immer wieder betont werden insbesondere die vergaberechtlichen Ziele der Marktöffnung und des (wirksamen) Wettbewerbs, ebenso wie der haushälterische Umgang mit öffentlichen Mitteln und das Gleichbehandlungsgebot.
- 101 Bundesverfassung und Bundesgesetze geniessen Vorrang vor entgegenstehenden kantonalen Regelungen (Art. 49 Abs. 1 BV). Dasselbe gilt – ähnlich wie im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht – für das Verhältnis zwischen Konkordatsrecht und kantonalen Gesetzen, soweit das Konkordatsrecht (wie im Fall der revIVöB) unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen enthält (Art. 48 Abs. 5 BV). Die Kantone können demnach nicht rechtswirksam konkordatswidriges Recht setzen oder sich von eingegangenen Verpflichtungen unter Berufung auf das kantonale Recht befreien.⁸¹ Tun sie es dennoch, wird die Geltung der konkordatsverletzenden Normen während der Dauer des Konkordats suspendiert. Dabei ist unerheblich, ob das kantonale Recht älter oder jünger ist als das interkantonale. Der Vorrang des interkantonalen Rechts vor dem kantonalen gilt sowohl *inter-* als auch *innerkantonal*.⁸²
- 102 Kantonale Ausführungsgesetze sind folglich insoweit nicht anwendbar, als sie bundes- oder konkordatswidrige Normen enthalten. Dies gilt auch für Zuschlagskriterien, welche die vergaberechtlichen Grundsätze verletzen.

8. Praktische Umsetzung des Preisniveau-Kriteriums

- 103 Ungeachtet der dargelegten rechtlichen Hürden, stellen sich eine Reihe von komplexen und weitgehend ungelösten praktischen Fragen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der „unterschiedlichen Preisniveaus“.

⁸¹ BGE 138 I 435, E. 1.3.2; 100 Ia 418, E. 4.

⁸² Zum Ganzen SCHWEIZER/ABDERHALDEN, St. Galler Kommentar zu Art. 48 BV, Rz. 60 ff. m.w.H.; BSK BV-WALDMANN/SCHNYDER von Wartensee, Art. 48, Rz. 67 ff.

8.1. Fehlende sektor- oder branchenspezifische Kaufkraftvergleiche

- 104 Einige Produkte und Leistungen sind in der Schweiz teurer als im Ausland, manche (z.B. im Elektronikmarkt⁸³) auch günstiger. Das (wie auch immer konkret gemessene) „Preisniveau“ der Schweiz reflektiert damit nur einen synthetischen Durchschnittspreis, lässt jedoch die signifikanten Unterschiede zwischen verschiedenen Sektoren und Branchen, geschweige denn einzelnen Produkt- oder Dienstleistungsgruppen, unberücksichtigt. Zur Veranschaulichung: Während beispielsweise die Preise von Lebensmitteln in der Schweiz im Jahr 2018 60 % über dem EU-Durchschnitt lagen, waren Alkohol und Tabak 20 %, Haushaltgeräte 13 % und Energie bloss 5 % teurer als der EU-Durchschnitt. Bei den persönlichen Transportmitteln lag die Schweiz 4 % und bei den Möbeln 12 % *unter* dem EU-Durchschnitt.⁸⁴
- 105 Da sich eine öffentliche Beschaffung stets auf ein konkretes Gut oder eine spezifische Leistung bezieht, kann das allgemeine schweizerische Preisniveau bei der Bewertung von Angeboten nicht als taugliches Ausgleichskriterium dienen. Weshalb beispielsweise ein Angebot im Elektronik- oder im Energiebereich (trotz fehlenden Preisniveauunterschieds) um denselben Faktor zu korrigieren wäre wie ein Angebot im Lebensmittelbereich, wäre schwer zu erklären, da die Wettbewerbsverhältnisse in diesen Märkten invers sind. Um das Preisniveau-Kriterium möglichst „fair“ im Sinne von Art. 2 lit. d revIVöB/revBöB auszugestalten und willkürliche Bewertungen zu verhindern, müssten zwingend branchen- oder sektorspezifische Preisvergleiche angestellt werden.
- 106 Die Erhebung und laufende Aktualisierung zuverlässiger sektorspezifischer Daten dürfte einen enormen bürokratischen Aufwand nach sich ziehen. Um das Harmonisierungsziel nicht zu unterlaufen, müssten sich Bund und Kantone auf schweizweit einheitliche Standards einigen können.

⁸³ Vgl. etwa die Studie des Preisüberwachers „Preis und Kosten“, Bern 2014, S. 16, abrufbar unter https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/preise_und_kosten.pdf.download.pdf/preise_und_kosten.pdf.

⁸⁴ Vgl. Die Eurostat-Statistiken, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Comparative_price_levels_of_consumer_goods_and_services?sm_au_=iVVtrvJDWrNB5kD6#Price_levels_for_food.2C_beverages.2C_tobacco.2C_clothing_and_footwear.

8.2. **Fehlende Kriterien zur Abgrenzung inländischer und ausländischer Angebote**

107 Unklar ist zudem, wie ausländische von inländischen Angeboten unterschieden werden bzw. in welchen Fällen das Zuschlagskriterium „unterschiedliches Preisniveau“ überhaupt zur Anwendung käme. Zur Auswahl stünden verschiedene Anknüpfungspunkte:

- *Erstens* könnte auf den (Wohn-)Sitz der Anbieter abgestellt werden. In diesem Sinne müssten Angebote von Anbietern, die nicht in der Schweiz domiziliert wären, preislich anders behandelt werden. Das Kriterium hätte den Vorteil der Einfachheit, erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als untauglich: So könnte es von ausländischen Unternehmen durch die Gründung einer schweizerischen Niederlassung problemlos umgangen werden. Im Übrigen wäre auch nicht einzusehen, weshalb eine in der Schweiz domizilierte Gesellschaft, die (weitgehend) im Ausland produziert, anders zu behandeln wäre als eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland.
- *Zweitens* könnte an den Grad der Wertschöpfung in der Schweiz angeknüpft werden, wobei der entsprechende Anteil zunächst zu definieren wäre (z.B. 60 %, 51 % oder 30 %). Als weitaus kniffliger erweist sich die Frage, wie die Wertschöpfung konkret gemessen und nachgewiesen werden soll. Sofern auf die Herstellungskosten abgestellt wird, stellen sich einige Anschlussfragen: Fallen unter die Herstellungskosten bloss Kosten für Rohstoffe, Löhne etc. oder auch Kosten für Forschung und Entwicklung? Wie sind Vermarktungskosten (z.B. Werbung und Vermarktung), Verpackungs- und Kundenservicekosten zu behandeln? Ab wann gilt ein Naturprodukt (z.B. Schlagholz, Kies oder Wasser) als schweizerisch? Wie steht es um rohstoffintensive Produkte, bei denen die benötigten Rohstoffe in der Schweiz gar nicht oder nur begrenzt verfügbar sind? Welche Kriterien müsste eine Dienstleistung erfüllen, um als „schweizerisch“ zu gelten? Welchem Staat wären Produkte oder Dienstleistungen zuzuordnen, an denen Arbeitsgemeinschaften oder (Sub-)Unternehmen aus mehreren Staaten beteiligt sind, was eher den Regelfall als die Ausnahme bilden dürfte. Zu prüfen wäre, ob einzelne Kriterien analog aus der Swissness-Gesetzgebung herangezogen werden könnten.
- *Drittens*: Nachdem in den eidgenössischen Räten die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus wiederholt mit der Erhaltung von Arbeitsplätzen in der Schweiz begründet wurde, könnte schliesslich auf die

Anzahl an Arbeitsplätzen bzw. den Beschäftigungsgrad in der Schweiz abgestellt werden. Es müsste in diesem Fall u.a. definiert werden, wie gross der Anteil dieser Arbeitsleistung am Beschaffungsgegenstand sein soll und ob nur schweizerische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (bzw. solche mit Aufenthalt in der Schweiz) oder auch Grenzgängerinnen und Grenzgänger sowie Saisoniers berücksichtigt werden dürften.

8.3. Fehlende Methode zur Berücksichtigung von Preisniveau-Unterschieden

108 Vollständig ungeklärt ist schliesslich die Frage, wie die „Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus“ bei der Angebotsbewertung operationalisiert wird:

- Die theoretisch denkbaren Massnahmen reichen von einem (geringfügigen) Punkteabzug bis zu einem Ausschluss der entsprechenden Angebote. Eine weitere Variante bestände darin, die offerierten Preise um den Faktor „Preisniveau-Unterschied“ zu bereinigen. Zu diesem Zweck kämen die Vergabestellen nicht darum herum, die Preisniveaus der für die eingegangenen Angebote relevanten Länder festzustellen, um anschliessend pro Angebot bzw. pro Land die Preisdifferenz zu berechnen.
- Zu entscheiden wäre in einem nächsten Schritt, in welchem Umfang die Differenzen zwischen den unterschiedlichen Preisniveaus bei der Preisbewertung zu berücksichtigen wären. Werden Niveaudifferenzen vollständig oder bloss teilweise auf die offerierten Preise übertragen?
- Ungeklärt ist auch, wie Güter und Dienstleistungen bewertet werden, die nicht einem Staat allein zugerechnet werden können. Bei zahlreichen Beschaffungsobjekten erstreckt sich die Produktions- und Lieferkette über mehrere Staaten und Kontinente. Wären in diesem Fall sämtliche Preisniveaus der betroffenen Länder in die Betrachtung einzubeziehen? Wie wären die resultierenden Differenzen zum schweizerischen Preisniveau zu gewichten?
- Obwohl das schweizerische Preisniveau grundsätzlich über dem Preisniveau der meisten ausländischen Staaten liegt, kann das ausländische Preisniveau je nach betroffener Produktgruppe wie gesehen über dem inländischen liegen. So liegen beispielsweise die Energiekosten in Dänemark, Deutschland oder Belgien (zumindest für Privathaushalte) über dem schweizerischen Niveau. Ähnliches gilt für elektronische Geräte

oder Möbel.⁸⁵ Damit stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die Preise von schweizerischen Anbietern nach oben zu korrigieren wären.

8.4. Bürokratie, Rechtsunsicherheit und Beschwerderisiko

109 Die vorstehenden Fragen lassen erkennen, mit welchem Aufwand und welchen Unsicherheiten die Umsetzung des Kriteriums „unterschiedliche Preisniveaus“ verbunden wäre. Davon betroffen wären nicht nur die rechtsanwendenden Behörden (Vergabestellen und Gerichte), sondern insbesondere auch in- und ausländische Anbieter. Sie hätten stets im Voraus zu antizipieren und in ihre Preiskalkulation einzubeziehen, dass die von ihnen offerierten Preise nicht den der Bewertung zugrunde gelegten Endpreisen entsprechen, sondern um einen gewissen Faktor (nach oben oder unten) korrigiert würden. Die zahlreichen ungeklärten Umsetzungsfragen hätten einen Anstieg des Beschwerderisikos zur Folge.

9. Alternative Möglichkeiten

110 Angesichts der dargelegten rechtliche Hürden und Unsicherheitsfaktoren sowie der praktischen Umsetzungsschwierigkeiten empfehlen wir, alternative Ansätze zu prüfen. Auch ohne die Einführung zusätzlicher Zuschlagskriterien bietet das Beschaffungsrecht verschiedene völkerrechts-, bundesrechts- und konkordatskonforme Massnahmen, um den Bedürfnissen hiesiger kleinerer und mittlerer Unternehmen (**KMU**) Rechnung zu tragen:

- Im Nichtstaatsvertragsbereich müssen ausländische Anbieter nur insofern zum Verfahren zugelassen werden, als ihr (Sitz-)Staat Gegenrecht gewährt (Art. 6 revIVöB/revBöB).
- Vergabestellen sind grundsätzlich frei darin, grössere Aufträge in mehrere Lose aufzuteilen. Ebenso zulässig ist die Vorgabe, dass eine einzelne Anbieterin nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann (Art. 32 Abs. 3 revIVöB/revBöB). Dabei handelt es sich zwar um einen Eingriff in die Marktstruktur, der unter dem Blickwinkel des Gebots der staatlichen

⁸⁵ Vgl. Die eurostat-Statistiken, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Comparative_price_levels_of_consumer_goods_and_services?_sm_au_=iVVtrvJDWrNB5kD6#Price_levels_for_food.2C_beverages.2C_tobacco.2C_clothing_and_footwear.

Wettbewerbsneutralität problematisch ist. Der Gesetzgeber nimmt diese Einschränkung im Interesse einer längerfristigen Aufrechterhaltung des Wettbewerbs (Pluralität von Anbietenden) jedoch in Kauf.

- Weiter kann den Eigenschaften kleinerer und mittelgrosser Anbieter insofern Rechnung getragen werden, als angemessene (d.h. nicht überzogene) Eignungskriterien aufgestellt werden. Ohnehin müssen Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit, die Organisation und allfällige Referenzen der Anbieter stets verhältnismässig und mit Blick auf das fragliche Beschaffungsgeschäft zweckmässig sein.
- Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann ein Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet (Art. 29 Abs. 2 revIVöB/revBöB). Voraussetzung ist allemal, dass das Kriterium nicht überproportional gewichtet wird. Zudem ist die Anzahl Ausbildungsplätze in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbietern mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich.⁸⁶
- Die Auftraggeber geniessen auch bei der Festlegung der technischen Anforderungen und der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Ermessensspielraum, in welchen die Gerichte nur im Fall von Rechtsverletzungen eingreifen. Den Vergabestellen ist es daher insbesondere bei nicht standardisierten Gütern unbenommen, die Qualität des Beschaffungsgegenstands zulasten des Preises zu gewichten – sei es im Rahmen der technischen Anforderungen, sei es im Rahmen der Zuschlagskriterien.
- Zulässig sind, innerhalb gewisser Schranken, auch produktbezogene Nachhaltigkeits- und Innovationskriterien. Vorausgesetzt ist, dass sie sich auf den Beschaffungsgegenstand beziehen, sachlich begründbar sind und keine verdeckte Diskriminierung darstellen.

⁸⁶ Vgl. BGer, Urteil 2P.242/2006 vom 16. März 2007, E. 4.2.1 ff.

- 111 Für den Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes stehen zudem die Instrumente des Entsendegesetzes zur Verfügung, die sich in der Praxis bewährt haben.
- 112 Um den Bedürfnissen von KMU mehr Gewicht zu verleihen und die Vergabestellen zur Ergreifung der genannten (und weiterer) rechtlich zulässigen Massnahmen zu motivieren, könnten die Einführungsgesetze mit einem einleitenden Passus ergänzt werden. Dieser könnte wie folgt lauten:

„Die Vergabestellen tragen den Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmungen unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts und des schweizerischen Verfassungsrechts sowie des Binnenmarktgesetzes auf geeignete Weise Rechnung.“
