

Lohn und Leistung: eine komplizierte Beziehung

Der EuGH stellt fest, dass unter bestimmten Umständen ein Kausalzusammenhang zwischen einem höheren Lohn und einer höheren Leistungsqualität besteht. In solchen Fällen kann daher ein Zuschlagskriterium unionsrechtskonform sein, nach welchem jene Angebote mehr Punkte erhalten, die vorsehen, dem im betreffenden Auftrag eingesetzten Personal ein über dem rechtlich verbindlichen Mindestlohn liegendes Salär zu bezahlen.

La CJUE constate que, dans certaines circonstances, un lien de causalité existe entre un salaire plus élevé et une meilleure qualité de la prestation. Dans de tels cas, il est possible que le droit de l'Union européenne admette de prévoir comme critère d'adjudication que les offres qui s'engagent à verser au personnel affecté au marché concerné un salaire supérieur au salaire minimum légal obligatoire se voient attribuer davantage de points.

Urteil EuGH C-210/24, 5.3.2026, AESTE

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Folge haben könnte. Sie legte diese beiden Fragen dem EuGH zur Beurteilung vor.

Der Fall

(260) 1. Die Auftraggeberin hatte einen Dienstleistungsauftrag betreffend spitalexterne Betreuung und Pflege ausgeschrieben. Den Gegenstand dieses Auftrags bildet «die Ausführung des häuslichen Pflegediensts [der Gemeinde] Ortuella mit dem Ziel der Bereitstellung einer gemeinschaftsbezogenen sozialen Dienstleistung, die von einem qualifizierten, geschulten und beaufsichtigten Fachpersonal erbracht wird und in vorbeugenden, erzieherischen und pflegenden Tätigkeiten für Familien und/oder Personen, die Schwierigkeiten haben, ihr körperliches, soziales und/oder emotionales Wohlbefinden aufrechtzuerhalten oder zu bewahren, besteht und es den Nutzern ermöglichen soll, so lange es möglich und sinnvoll ist, weiter in ihrer Wohnung und/oder Umgebung zu leben».

2. Ein interessiertes Unternehmen focht die Ausschreibungsunterlagen mit Beschwerde an und verlangte, dass das darin vorgesehene Zuschlagskriterium «Löhne» aufgehoben werde. Unter diesem Kriterium plante die Auftraggeberin, jenen Offerten Punkte zu erteilen, die vorsehen, den im konkreten Auftrag zum Einsatz kommenden Angestellten einen über dem rechtlich verbindlichen Mindestlohn zu bezahlen (wobei umso mehr Punkte erteilt werden sollten, je höher der vorgeschlagene Lohn lag).

3. Die zuständige Beschwerdeinstanz hatte erstens Zweifel, ob es mit dem Zuschlagskriterium «Löhne» möglich ist, das «wirtschaftlich günstigste Angebot» zu ermitteln, oder ob ein Einfluss des Lohnniveaus auf die Leistungsqualität als rein hypothetisch zu betrachten ist. Zweitens fragte sie sich, ob dieses Zuschlagskriterium insbesondere gegenüber ausländischen Anbieterinnen diskriminierend wirken könnte, weil ein Unternehmen, das zur Wahrung seiner Zuschlagschancen bestimmte Löhne erhöhen müsste, sich dadurch womöglich gezwungen sehen könnte, höhere Löhne zu bezahlen, was eine ungebührliche Erschwerung der Angebotsstellung zur

Der Entscheid

1. Der Gerichtshof schliesst es nicht aus, dass das streitbetreffende Zuschlagskriterium im konkreten Fall mit der Vorgabe von Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24 übereinstimmt, wonach der Zuschlag nach dem Kriterium des «wirtschaftlich günstigsten Angebots» zu erteilen ist.

a. «Nach Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 ist dieses Kriterium aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes zu beurteilen und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – bewertet wird, die mit dem Gegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. In Verbindung mit den Erwägungsgründen 90 und 92 der Richtlinie 2014/24 enthält ihr Art. 67 Abs. 2 Buchst. a bis c eine nicht abschliessende Liste von Zuschlagskriterien, die u.a. soziale Aspekte umfassen.»

b. «Folglich ist festzustellen, dass Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 mangels Aufzählung einer abschliessenden Liste von Zuschlagskriterien es dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt, Zuschlagskriterien mit sozialen Aspekten festzulegen, sofern diese Aspekte betreffenden Kriterien mit dem Gegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass öffentliche Auftraggeber Zuschlagskriterien wählen dürfen, die auf soziale Aspekte gestützt sind, die die Nutzer oder Nutzniesser der Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, aber auch andere Personen betreffen können.»

c. Der Gerichtshof hält fest, dass es sich beim vorliegend streitbetreffenden Zuschlagskriterium «schon wesensgemäss» um einen sozialen Aspekt i.S.v. Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24 handelt.

d. Zu prüfen bleibt, ob das Kriterium über eine hinreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand verfügen kann.

e. Aus Erwgrd. 97 und Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24 ergibt sich, «dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die gemäss dem Auftrag zu erbringenden Dienstleistungen beziehen, einschliesslich Faktoren, die mit dem spezifischen Prozess der Dienstleistungen zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren nicht Bestandteil der materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands sind. Der weite Wortlaut der genannten Bestimmung schliesst daher nicht aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt mittels eines Zuschlagskriteriums für einen Auftrag über soziale Dienstleistungen [...] die Erhöhung der Lohnsumme berücksichtigt, deren Anwendung der Bieter in Bezug auf das auftragsausführende Personal gegenüber dem im Branchentarifvertrag vorgesehenen Lohnniveau vorschlägt».

f. Allerdings kann nur im Einzelfall aufgrund der jeweiligen Besonderheiten des konkreten Auftrags beurteilt werden, ob ein solches Kriterium einen hinreichenden Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweist.

g. «Im vorliegenden Fall ist es zwar Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen einer solchen Verbindung zu beurteilen, doch ist festzustellen, dass sich dieser Auftrag zum einen durch seine hohe Arbeitsintensität auszeichnet, und zum anderen durch die Schwierigkeit für den öffentlichen Auftraggeber, den Empfängern dieser Dienstleistung, d.h. benachteiligten und schutzbedürftigen Personen, eine kontinuierliche und qualitativ hochwertige Dienstleistung anzubieten.» Vor diesem Hintergrund «ist zum einen davon auszugehen, dass sich die Vergütung, die der Zuschlagsempfänger für die von ihm erbrachte Dienstleistung erhält, weitgehend nach den Lohnkosten des diese Dienstleistung erbringenden Personals richtet, so dass das streitige Kriterium mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht. Zum anderen ist bei einem Auftrag dieser Art die Annahme vertretbar, dass ein Zuschlagskriterium, das für das auftragsausführende Personal eine vorteilhaftere Vergütung als die im anwendbaren Branchentarifvertrag vorgesehene berücksichtigt, dem Auftragsgegenstand förderlich sein kann, indem die Qualität, die Zugänglichkeit und die Kontinuität der Dienstleistung für deren Empfänger, d.h. benachteiligte und schutzbedürftige Personen, verbessert werden, da eine vorteilhaftere Vergütung zur Folge hätte, dass das auftragsausführende Personal gebunden und qualifizierteres Personal eingestellt werden könnte».

h. «Somit kann der öffentliche Auftraggeber dadurch, dass er die Erhöhung der Lohnsumme, deren Anwendung der Bieter in Bezug auf das auftragsausführende Personal vorschlägt, über die sich aus der Anwendung des anwendbaren Branchentarifvertrags ergebende Höhe hinaus berücksichtigt, eine bessere Qualität, Kontinuität und Verfügbarkeit der den Gegenstand des streitigen Auftrags bildenden sozialen Dienstleistungen [...] fördern».

i. «Diese Auslegung wird im Übrigen durch Art. 76 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 bestätigt, der in Bezug auf die in Anhang XIV der Richtlinie aufgeführten sozialen Dienstleistungen vorsieht, dass die öffentlichen Auftraggeber die Notwendigkeit, die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit und Verfügbarkeit der Dienstleistungen sicherzustellen, berücksichtigen können und den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschliesslich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, Rechnung tragen können.»

2. In Bezug auf die Frage, ob das streitbetroffene Zuschlagskriterium insbesondere gegenüber ausländischen Anbieterinnen diskriminierend wirken könnte, stellt der Gerichtshof fest, dass er über keine Angaben verfügt, aus denen sich eine Diskriminierung ergäbe. Diese Frage hat demgemäss das vorlegende Gericht im Rahmen der allgemeinen Vorgaben der Richtlinie (Art. 67 Abs. 4 sowie Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24) zu beantworten. Dabei soll es nach dem Gerichtshof auf sämtliche Unterlagen ankommen, «über die der öffentliche Auftraggeber bei der Bestimmung seines Bedarfs verfügte», namentlich solche aus allfälligen Marktabklärungen oder Konsultationen von potentiellen Anbieterinnen.

Die Anmerkungen

Das rapportierte Urteil schafft willkommene Klarheit in einer der zentralen Fragen der nachhaltigen Beschaffung und ist meiner Meinung nach auch inhaltlich zu begrüssen.

1. Es ist nach dem Spruch des Gerichtshofs nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern je nach den konkreten Fallumständen möglich, dass die öffentliche Auftraggeberin über ein Zuschlagskriterium einen Anreiz dafür schafft, den in der Auftragserfüllung eingesetzten Personen über das rechtlich verbindliche Minimum hinausgehende Löhne zu bezahlen.

a. Wichtig ist mit Bezug auf diese Entscheidung zunächst, dass sich aus dem rapportierten Urteil nicht ergibt, dass ein Auftragsbezug eines solchen Lohn-Zuschlagskriteriums immer oder zumindest bei allen «sozialen Dienstleistungen» (RL 2014/24, Anhang XIV) bestände. Es kommt auf den Einzelfall an.

b. Nach dem rapportierten Urteil kann ein hinreichender Auftragsbezug insbesondere dann gegeben sein, wenn die Erhöhung der Löhne als probater Beitrag zur Sicherstellung der Qualität der Arbeit des für die Auftragserfüllung eingesetzten Personals und der Kontinuität dieses Einsatzes erscheint. Dass diese Qualität sich dabei direkt auf das Interesse von schutzbedürftigen Personen auswirken müsste (und nicht nur auf «gewöhnlichere» öffentliche Interessen), kann dem Urteil nach meinem Dafürhalten nicht entnommen werden; das gilt unabhängig davon, dass es in casu um eine solche Konstellation ging und der EuGH hilfsweise auch auf den spezifisch soziale Dienstleistungen betreffenden Art. 76 Abs. 2 RL 2014/24 abstellt. Wenn es, wie im rapportierten

Urteil festgestellt, möglich ist, dass sich ein höherer Lohn unter Umständen dadurch positiv auf die Qualität der erbrachten Leistungen auswirkt, dass das ausführende Personal in diesem Fall höhere Qualifikationen und eine niedrigere Fluktuationsrate aufweist, dann trifft dies nicht nur bei Leistungen zu, die direkt zugunsten schutzbedürftiger Personen erbracht werden, sondern auch sonst. Die geschilderte Annahme eines Zusammenhangs zwischen der Lohnerhöhung und der Qualitätssteigerung hängt nicht von der Frage ab, ob schutzbedürftige Personen oder andere Interessen unter allfälligen Qualitätsmängeln leiden würden und daher von einer Erhaltung oder einer Steigerung der Qualität profitieren. Diese Annahme kann potentiell in allen Fällen zutreffen. Massgeblich ist nicht die Natur der von der Qualitätsfrage betroffenen Interessen, sondern die sich aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergebende Frage, ob im konkreten Fall zu erwarten ist, dass ohne Setzung eines Anreizes (über ein entsprechendes Zuschlagskriterium) zur Bezahlung von über dem Mindestlohn liegenden Salären (für das im Auftrag eingesetzte Personal) eine Leistungsqualität zu befürchten wäre, durch die erhebliche öffentliche Interessen mehr als vernachlässigbar gefährdet würden. Ist das zu bejahen, besteht ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Gegenstand des Zuschlagskriteriums, also dem Lohnniveau, und dem Auftragsgegenstand oder besser, der Qualität der Leistungserbringung (im Sinn des Preis-/Leistungsverhältnisses).

c. Dem rapportierten Urteil wäre daher zu widersprechen, falls es so zu verstehen wäre, dass es einen Zusammenhang zwischen dem Zuschlagskriterium betreffend Lohnniveau und dem Auftragsgegenstand schon darin zu erkennen glaubt, dass das Kriterium die Löhne betrifft und im Rahmen des vorliegend streitbetreffenden Auftrags aufgrund von dessen Natur ein Grossteil der Vergütung für die Löhne der Angestellten der Leistungserbringerin aufgewendet werden wird (rapportiertes Urteil, Rn. 46: Es ist «davon auszugehen, dass sich die Vergütung, die der Zuschlagsempfänger für die von ihm erbrachte Dienstleistung erhält, weitgehend nach den Lohnkosten des diese Dienstleistung erbringenden Personals richtet, so dass das streitige Kriterium mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht»). Auch bei einem eher geringen Anteil der Löhne an den Gesamtkosten bzw. der Vergütung wäre ein Zusammenhang zwischen der Lohnhöhe und der Leistungsqualität nicht a priori ausgeschlossen, und auch hier könnten erhebliche öffentliche Interessen in Gefahr sein. Zugleich kann es für die Zulässigkeit eines die Löhne betreffenden Zuschlagskriteriums im Licht des Diskriminierungsverbots nicht (schon allein) ausreichend sein, dass für die Auftragserfüllung Lohnkosten anfallen, und das gilt auch dann, wenn diese Kosten einen grossen Teil der Gesamtvergütung ausmachen. Demnach kann sich der durch Art. 67 Abs. 2 und Abs. 3 RL 2014/24 geforderte Auftragsbezug der Zuschlagskriterien bei einem Lohnkriterium nicht bereits daraus ergeben, dass jede einer Auftragnehmerin bezahlte Vergütung auch Anteile für Löhne enthält.

d. Richtig ist immerhin, dass ein Lohn-Zuschlagskriterium grundsätzlich nur dann einen hinreichenden Auftragsbezug aufweist, wenn es auf das für die Auftragsausführung ein-

gesetzte Personal beschränkt ist und nicht (per se) das ganze Personal der Anbieterin betrifft, wenn die Löhne des übrigen Personals also nicht mitbewertet werden. Bei einer solchen Mitbewertung läge grundsätzlich eine über die Frage der Leistungsqualität hinausgehende soziale Massnahme vor, die nicht für die öffentliche Beschaffung, sondern lediglich bei Gelegenheit derselben ergriffen würde (vgl. dazu im schweizerischen Recht den als abschliessend zu verstehenden Art. 29 Abs. 2 BÖB/IVöB; vgl. auch MARTIN BEYELER, *Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics*, in: François Bellanger/Frédéric Bernard [Hrsg.], *Le droit public face à la transition écologique*, Genf/Zürich 2024, S. 121 ff., S. 172 und S. 177 f.). Weil das in casu umstrittene Zuschlagskriterium von vornherein auf die im Auftrag eingesetzten Personen beschränkt war, hatte sich der Gerichtshof nicht zur Frage zu äussern, ob eine solche Beschränkung erforderlich ist, doch darf angenommen werden, dass er dies im Grundsatz bejaht hätte.

e. Was allerdings die für eine hinreichende Leistungsqualität erforderliche Qualifikation (insb. Ausbildung und Erfahrung, allenfalls auch im Betrieb der Anbieterin) des eingesetzten Personals betrifft, sollte die öffentliche Auftraggeberin diese in erster Linie direkt definieren und vorgeben, dies über Eignungs- oder Zuschlagskriterien, je nach Verzichtbarkeit der entsprechenden Qualitätsstufen. Nur wenn das nicht mit ausreichenden Ergebnissen möglich ist, sollte eine indirekte Vorgehensweise über die Löhne (wie in casu) gewählt werden, zumal hier ein Erfolg der Massnahme in der Regel weniger gewiss ist als bei definierten Qualifikationen.

f. Soweit es demgegenüber darum geht, dass die Leistungsqualität aufgrund von übermässiger Personalfluktuations gefährdet ist, können wohl von vornherein nur indirekte Massnahmen helfen, da die Anbieterinnen ihr Personal in rechtlicher Hinsicht nicht dauerhaft zu binden vermögen und die Angestellten auch wegen Unfall oder Krankheit ausfallen können, direkte Vorgaben zur Verhinderung von Fluktuation also kaum möglich sind.

g. Der rapportierte Fall handelt von einem Lohn-Kriterium, das den gesetzlich (bzw. tarifvertraglich) verbindlichen Mindestlohn als Referenzpunkt wählte. Aus ihm kann nicht abgeleitet werden, dass es ausgeschlossen wäre, ein Zuschlagskriterium wie das konkret streitgegenständliche in einem Bereich ohne gesetzlichen Mindestlohn einzusetzen. Hier wäre ein üblicher Mindestlohn oder allenfalls ein hypothetischer Null-Lohn als Referenzpunkt zu setzen. Ebenso wenig kann das Urteil dahingehend verstanden werden, dass das Lohn-Zuschlagskriterium nur in Bereichen zulässig sein könnte, in denen üblicherweise im Vergleich mit der gesamten Volkswirtschaft sehr geringe Löhne bezahlt werden («Niedriglohnbereich»). Zugleich ist nicht zu verkennen, dass vieles darauf hindeutet, dass sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen der Lohnhöhe und der Leistungsqualität auf verschiedenen Stufen zwischen dem Niedrig- und dem Hochlohnbereich jeweils unterschiedlich stellt, dass sich also eine automatische Transposition vom einen zum anderen Bereich grundsätzlich verbietet (vgl. auch BGE 140 I 285, E. 6.2.2: «l'impact d'un salaire plus élevé sur la motivation du travailleur

et, le cas échéant, également sur sa productivité variera fortement selon que le segment analysé comprend des activités à bas ou à haut revenu, et selon que la nature de l'activité comporte des tâches qui suscitent, intrinsèquement, peu d'intérêt ou au contraire un fort intérêt relativisant l'importance du salaire»).

2. Wenn davon auszugehen ist, dass das im rapportierten Fall streitige Zuschlagskriterium dazu dient, zur Sicherstellung der erforderlichen Qualität der Leistungserbringung beizutragen, dann handelt es sich dabei nur gerade insoweit «schon wesensgemäss» (rapportiertes Urteil, Rn. 41) um einen sozialen Aspekt (als Zuschlagskriterium), als die Empfängerinnen und Empfänger einer dem Sozialbereich zugeordneten öffentlichen Dienstleistung diese Qualität direkt zu spüren bekommen.

a. Der Umstand hingegen, dass höhere Löhne je nach politischer Einstellung als allgemeines «soziales Anliegen» betrachtet werden könnten, ist ungeachtet des rapportierten Urteils irrelevant. Denn dort, wo ein Zusammenhang zwischen dem Lohnniveau und der Qualität tatsächlich gegeben ist, und die Vergabestelle die Löhne der im Auftrag eingesetzten Personen zum Zuschlagskriterium macht, geht es gerade nicht um die Förderung des «sozialen Anliegens» der Verbesserung der wirtschaftlichen Situation dieser Personen, sondern, insofern ganz klassisch, um die Wahrung oder um eine Steigerung der Qualität der erbrachten Leistungen.

b. Auch die Ausführung des EuGH, wonach der Art. 76 Abs. 2 RL 2014/24 es ausdrücklich erlaubt, im Rahmen von Sozialdienstleistungsaufträgen die Qualität der Leistungen sicherzustellen und dabei insbesondere auch die Bedürfnisse der Empfängerinnen und Empfänger von Leistungen zu berücksichtigen, ist als unerheblich zu betrachten. Einerseits kann es, wie ausgeführt (vgl. vorne 1./b.), nicht nur im Bereich von Sozialdienstleistungen einen relevanten Zusammenhang zwischen dem Lohnniveau und der Leistungsqualität geben. Andererseits sollte es selbstverständlich sein, dass die öffentliche Auftraggeberin bei der Spezifikation des Auftrags und bei der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien den im Licht des Auftrags als erheblich erscheinenden öffentlichen Interessen in verhältnismässiger Art Rechnung tragen darf (und auch muss). Und auch dies gilt nicht nur bei Sozialdienstleistungen.

3. Weshalb der EuGH festhält, die Frage von allfälligen diskriminierenden Wirkungen des streitbetroffenen Zuschlagskriteriums (insb. auf ausländische Anbieterinnen) sei auf der Grundlage aller Dokumente zu beurteilen, welche der Auftraggeberin bei der Definition des Auftrags (vor dem Vergabeverfahren) vorgelegen haben, erschliesst sich weder aus dem rapportierten Urteil noch aus den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 3. Juli 2025. Nach meinem Dafürhalten ist im Rechtsmittelverfahren (und im Unterschied zum Vergabeverfahren) die Frage der Diskriminierung nicht aus der Sicht der Auftraggeberin (zu einem bestimmten Zeitpunkt) zu beurteilen, sondern objektiv, anhand aller verfügbaren Informationen. Insofern bleiben die Ausführungen des Gerichtshofs mysteriös. Möglicherweise sollen sie jedoch nur bedeuten,

dass die Prüfung der Diskriminierungsfrage nicht auf bestimmte Dokumente beschränkt werden darf.

4. Keine in der Schweiz geltende Vorschrift spricht dagegen, dass sich auch die schweizerische Beschaffungs- und Gerichtspraxis am rapportierten Urteil orientiert (vgl. nun bereits BVGer B-9902/2025, 18.6.2026, insb. E. 4.8.6; dieses Urteil wird in einer künftigen Nummer dieser Zeitschrift besprochen werden), insbesondere was die Frage der Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen dem Lohnniveau und der Leistungsqualität betrifft (vgl. Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB: «leistungsbezogen[e] Zuschlagskriterien»).

a. Nach Art. 29 Abs. 1 (und Abs. 4 e contrario) BöB/IVöB hat die öffentliche Auftraggeberin auf der Suche nach dem vorteilhaftesten Angebot (Art. 41 BöB/IVöB) im Regelfall nebst dem Preis (bzw. den Kosten) der Beschaffung auch die Qualität der offerierten Leistungen zu bewerten.

b. Bei einem Zuschlagskriterium betreffend die Höhe der den in der Auftragserfüllung zum Einsatz gebrachten Angestellten bezahlten Löhne handelt es sich nicht um ein «Sozialkriterium», wenn es, wie anscheinend im rapportierten Fall, nicht die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der betreffenden Angestellten als solche zum Ziel hat, sondern die Sicherstellung oder Steigerung der Qualität der mithilfe dieser Angestellten erbrachten Leistungen via ein höheres Lohnniveau (vgl. vorne 2./a.). Ein solches Kriterium ist als gewöhnliches Kriterium zur Messung der technischen Qualität der Angebote zu betrachten und dementsprechend an sich ohne weiteres zulässig (sofern im konkreten Fall ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Lohnniveau und der Leistungsqualität gegeben ist).

c. Zu erinnern ist an dieser Stelle aber daran, dass der Grundsatz der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit (Art. 2 lit. a BöB/IVöB) es gebietet, nicht in erster Linie zu indirekten Massnahmen wie der Einflussnahme auf das Lohnniveau zu greifen, deren Erfolg nicht gewiss ist, sondern erwarteten Qualitätsrisiken zunächst über die zwingende (Eignungskriterien) oder fakultative (Zuschlagskriterien) Vorgabe von Mindestqualifikationen (Ausbildungen und/oder Erfahrungen) des eingesetzten Personals zu begegnen (vgl. vorne 1./e.). Denn soweit diese Risiken dadurch genügend beherrscht werden können, rechtfertigt sich eine nur indirekt wirkende Massnahme zur Erreichung desselben Ziels nicht, gleichviel, ob sie allein oder zusätzlich zu direkten Vorgaben ergriffen wird.

d. Das BGer hat in BGE 140 I 285, E. 6.2.3, anerkannt, dass es je nach den konkreten Umständen möglich ist, dass sich ein höherer Lohn positiv auf die Leistungsqualität auswirkt und dass ein entsprechendes Zuschlagskriterium gegebenenfalls als gewöhnliches Qualitätskriterium (also nicht als «Sozialkriterium») zulässig sein kann. Zugleich hat das BGer die Ansicht des KGer GE als nicht willkürlich eingestuft, wonach es keinen allgemeingültigen, also von den Umständen losgelösten Erfahrungssatz gebe, nach dem ein höherer Lohn direkt, automatisch und massgeblich eine bessere Leistungsqualität zur Folge hätte (a.a.O.). Dementsprechend war es

nicht willkürlich, die Sichtweise der damaligen Vergabestelle abzulehnen, nach welcher ein Zuschlagskriterium betreffend über den Mindestlohn hinausgehende Saläre bei allen öffentlichen Beschaffungen (ungeachtet von deren Eigenheiten) ein die Qualität messendes und in diesem Sinn zulässiges Kriterium sein könnte (a.a.O.). Diese Ablehnung eines allgemeingültigen Erfahrungssatzes steht allerdings dem nicht entgegen, dass in einem Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände ein direkter (positiver) Einfluss höherer Löhne auf die Leistungsqualität erstellt wird (BGE 140 I 285, E. 6.3). Den entsprechenden Nachweis hat jedoch die Vergabestelle zu führen, die sich auf diesen Einfluss beruft (a.a.O.). Angesichts des rapportierten Urteils des EuGH sollte das BGer nach meinem Dafürhalten nunmehr (und entgegen BGE 140 I 285, E. 6.3.2) eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legen, wenn es um die Frage geht, wie wissenschaftlich dieser Nachweis zu sein hat, um genügen zu können, zumal ein strikter naturwissenschaftlicher Kausalitätsnachweis im hier interessierenden Bereich wohl nur sehr schwer zu führen ist.

e. Soweit ein positiver Einfluss eines höheren Lohns auf die Leistungsqualität in einem bestimmten Fall nicht erwiesen ist – sowie dann, wenn es nicht nur um die im konkreten Auftrag zum Einsatz gebrachten Angestellten der Anbieterin geht –, handelt es sich bei einem Zuschlagskriterium betreffend höhere Löhne um ein nicht leistungsbezogenes «Sozialkriterium», das nicht die Förderung der Qualität der Beschaffung, sondern die Verbesserung der wirtschaftlich-sozialen Situation der betreffenden Angestellten zum Ziel hat und nur

dann allenfalls zulässig sein könnte, wenn es ausdrücklich gesetzlich vorgesehen wäre (BGE 140 I 285, E. 7.1). An dieser durch das BGer unter dem früheren Recht festgestellten Rechtslage hat die neuste Vergaberechtsrevision nichts geändert. Der Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB verlangt ausdrücklich, dass die Zuschlagskriterien «leistungsbezogen» sind, also die Kosten oder die Qualität der konkret angebotenen Leistungen messen. Das gilt auch für das in der genannten Bestimmung beispielhaft aufgezählte Kriterium der «Nachhaltigkeit». Wie auch immer dieses angesichts des umfassenden Begriffs der Nachhaltigkeit (vgl. Art. 2 lit. a BöB/IVöB) in dieser Formulierung eher vag bleibende Kriterium verstanden und konkretisiert wird – es ist nur zulässig, wenn es leistungsbezogen ist. Der Art. 29 Abs. 2 BöB/IVöB führt zwar (für jene Fälle, in denen kein internationales Recht gilt) drei nicht leistungsbezogene (vgl. THOMAS LOCHER/BARBARA OECHSLIN, in: Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Art. 29 N 30) Zuschlagskriterien auf, doch ist diese Bestimmung, die von der Lohnhöhe nicht spricht, nach der hier vertretenen Auffassung als abschliessend zu verstehen. Ganz im Sinn von BGE 140 I 285, E. 7.1, schafft sie eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für drei verschiedene, leistungsfremde und daher unter Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB nicht subsumierbare Zuschlagskriterien (betreffend berufliche Grundbildung, ältere Arbeitnehmende sowie Langzeitarbeitslose). Vor diesem Hintergrund kann sie nicht durch weitere leistungsfremde Kriterien ergänzt werden, die sie nicht nennt.