

---

# Herzlich willkommen

zur Schweizerischen Baurechtstagung 2023



**UNI  
FR**  
■

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

FACULTÉ DE DROIT  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

---

Schweizerische Baurechtstagung 2023

# Wenn der Staat baut

Martin Beyeler / Hubert Stöckli



# Wenn der Staat baut ...

---

... dann kommt das öffentliche Vergaberecht zur Anwendung!



# Das öffentliche Vergaberecht

---

**BREAKING  
NEWS**

- BVGer B-2686/2022, 16.1.2023 (frz.):
  - wie (teils) schwer zu kalkulierende Risiken auf die Anbieterinnen überwältigt werden
  - wie eine Anbieterin darauf reagiert
  - wie eine Bauherrin den tiefsten Preis bevorzugen und absehbare Konflikte (offenbar) in Kauf nehmen will

# Das öffentliche Vergaberecht

---

- Fragen zum Geltungsbereich
- Die Nachhaltigkeit
- Die Wettbewerbe



# Fragen zum Geltungsbereich

---

# Fragen zum Geltungsbereich

---

Wenn der Staat selbst baut (statt bauen lässt)

- **«Inhouse»** (10/III/c BöB; 10/II/c IVöB 2019)  
z.B. Gemeinde A  $\leftrightarrow$  interner Werkhof Gemeinde A
- **«Quasi-inhouse»** (10/III/d BöB; 10/II/d IVöB 2019)  
Gibt es den Kriterien entsprechende Unternehmen?  
z.B. Gemeinde A  $\leftrightarrow$  Werkhof Gemeinde A AG?  
z.B. Kanton BE  $\leftrightarrow$  Tochterfirmen der BKW AG?
- **«Instate»** (10/III/c BöB; 10/II/b IVöB 2019)  
z.B. Gemeinde A  $\leftrightarrow$  Werkhof Gemeinde B?  
z.B. 49a II NSG Bund  $\leftrightarrow$  Kantone / kant. Trägerschaft?

# Fragen zum Geltungsbereich

---

Wenn der Staat zusammen mit privaten Bauherren baut (gemeinsames Projekt)

- Vergaberecht anwendbar?
  - Der Zusammenschluss mit Privaten (einf. Ges. / Zweckges.) stellt **keinen Grund für eine Vergaberechtsausnahme** dar (auch nicht bei privater Personen- oder Kapitalmehrheit).
  - Szenario 1: Wahl der Partner durch **öff. Vergabeverfahren**  
→ **vergaberechtsfreies** Agieren im Rahmen des Projekts
  - Szenario 2: vergaberechtsfreie Wahl der Partner  
→ **Vergaberecht** gilt für staatlichen Anteil an den Investitionen im Projekt (keine Präponderanzmethode!)

# Die Nachhaltigkeit

---

# Die Nachhaltigkeit

---

Was ist (wirklich) neu? [1]

- Erweiterung des Gesetzeszwecks (2/a BöB/IVöB 2019)
- Einhaltung von übergesetzlichen Sozialstandards bei Produktion im Ausland (12/II BöB/IVöB 2019)
- Einhaltung Umweltrecht (12/III BöB/IVöB 2019 [neu?])
- Tech. Spez. bzgl. Umweltschutz und Ressourcenschonung bei der Produktion (30/IV BöB/IVöB 2019 [neu?])

# Die Nachhaltigkeit

---

Was ist (wirklich) neu? [2]

- Nachhaltigkeits-ZK (auftragsbezogen)  
(29/I BÖB/IVöB 2019 [neu?])
- Nachhaltigkeits-ZK (auftragsfremd) ausserhalb des  
Staatsvertragsbereichs (29/II BÖB/IVöB 2019)
  - Ausbildungsplätze in der beruflichen Grundbildung [neu?]
  - Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende
  - Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen

# Die Nachhaltigkeit

---

## Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit;

(Vorentwurf BÖB 2015)

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/themen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

→ Weiterführende Informationen → Vernehmlassung)

# Die Nachhaltigkeit

---

## Art. 2 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;

(Entwurf BÖB [BBI 2017 2005])



# Die Nachhaltigkeit

## Art. 2 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;

## Art. 2 But

La présente loi vise les buts suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;

## Art. 2 Scopo

La presente legge persegue:

- a. un impiego dei fondi pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica;

(geltendes BÖB)

# Die Nachhaltigkeit

---

## Grundsatzfrage

- Worauf bezieht sich das gesetzliche Ziel der Nachhaltigkeit (BöB/IVöB 2019)?
  - auf die **Definition** des Beschaffungsgegenstands? **Nein.**  
(vgl. insb. 30/IV BöB/IVöB 2019: «kann»)!
  - auf die Ermessensausübung bei der **Auswahl der ZK**? **Ja.**  
Die ZK müssen eine dem Art. 2 lit. a BöB/IVöB 2019 entsprechende Zuschlagserteilung auf das vorteilhafteste (= wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigste) Angebot erlauben.
  - auf die **Kontrolle der Teilnahmebedingungen**? **Ja.**  
(vgl. jedoch 26/II BöB/IVöB 2019: Selbstdeklaration)

# Die Nachhaltigkeit

---

# Die Nachhaltigkeit

---

- Achtung: Unter Umständen gelten Vorschriften, welche über BÖB bzw. IVöB 2019 hinausgehen!

## **Art. 9** Überwachung der Nachhaltigkeit

<sup>1</sup> Die für nachhaltige Entwicklung zuständige Direktion überwacht die Nachhaltigkeit und den innovativen Charakter der Beschaffungen staatlicher Stellen.

<sup>2</sup> Der Staatsrat wird alle zwei Jahre über die Ergebnisse dieser Überwachung informiert, und der entsprechende Bericht wird veröffentlicht.

(Art. 9 ÖBG/FR; i.K. seit 1.1.2023;  
vgl. auch Art. 23a lit. c Org-VöB [SR 172.056.15])

# Die Nachhaltigkeit

---

- Es gelten jedoch u.U. auch weitergehende Vorschriften

## **Art. 6a \*** *Nachhaltigkeit*

<sup>1</sup> Die Beschaffungsstellen berücksichtigen die Nachhaltigkeit der beschafften Leistungen.

<sup>2</sup> Sie sehen dazu entsprechende Kriterien oder technische Spezifikationen vor, wenn dies ohne übermässige Einschränkung des Wettbewerbs möglich ist.

<sup>3</sup> Im Rahmen des Preises berücksichtigen sie wenn möglich alle Kosten während und nach der voraussichtlichen Nutzungsdauer der Leistung.

(Art. 6a OÖBV/BE; i.K. seit 1.2.2022)

# Die Nachhaltigkeit

---

- **Achtung:** Unter Umständen gelten Vorschriften, welche über BÖB bzw. IVÖB 2019 hinausgehen!

## **Art. 8** Labels und Umweltlabels

<sup>1</sup> Der Staat verlangt bei seinen eigenen Aufträgen und bei Aufträgen, an denen er sich finanziell beteiligt, die Einhaltung der Kriterien von Umwelt- oder Ökolabels.

<sup>2</sup> Für allgemeine Bauaufträge wird das SNBS-Label oder ein gleichwertiges Label anerkannt.

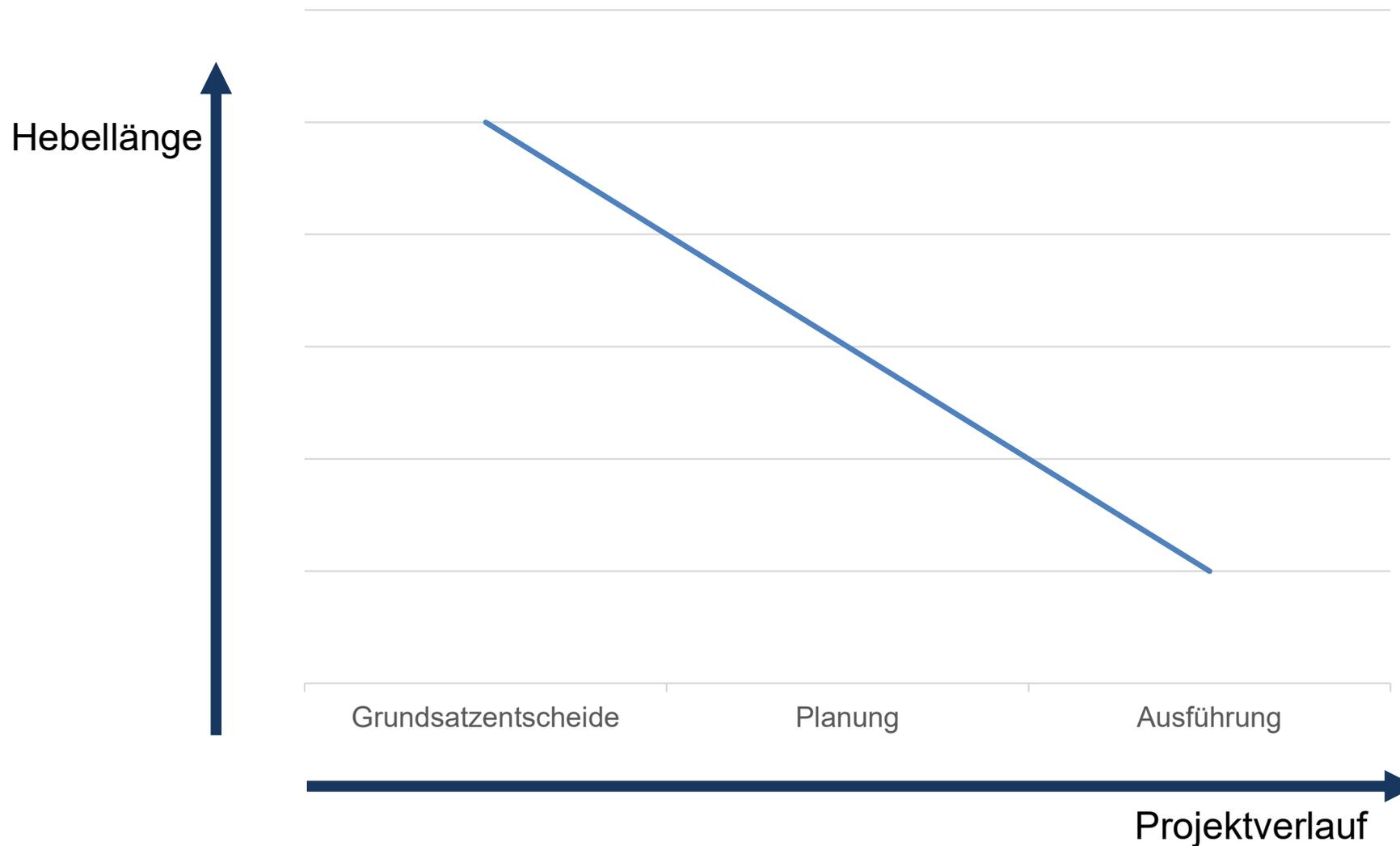
<sup>3</sup> Für Holzbauverträge wird das Label Schweizer Holz oder ein gleichwertiges Label anerkannt.

<sup>4</sup> Für Aufträge für Informatikausrüstungen und -produkte werden dabei der Blaue Engel oder ein gleichwertiges Label anerkannt.

(Art. 8 ÖBG/FR; i.K. seit 1.1.2023)

# Die Nachhaltigkeit

## Die Länge des Nachhaltigkeits-Hebels im Projektverlauf



# Die Nachhaltigkeit

---

- Grundsatzentscheide
  - Bauen oder Nichtbauen; Umnutzung, Umbau, Neubau; Standort (Kulturland? öV?)
- Planungsentscheide
  - Langlebigkeit/Flexibilität (Werk);  
Wiederverwendbarkeit/Rezyklierbarkeit (Werkteile);  
Wasser- und Energieverbrauch (Ausführung/Betrieb);  
Vermeidung problematischer Chemikalien (Ausführung/  
Betrieb); Inklusivität (Werk); Vermeidung von  
überambitionierten Terminplänen sowie von Nacht- und  
Sonntagsarbeit (Ausführung)

# Die Nachhaltigkeit

---

- Erfüllungsmodalitäten (Planung)
  - Optimierung Stromsorte und Stromverbrauch;  
Optimierung Papier- und Datenverbrauch;  
Einsatz besonders qualifizierter Personen
- Erfüllungsmodalitäten (Ausführung)
  - Optimierung Stromsorte und Strom- sowie Wasserverbrauch;  
Optimierung Logistikkonzept (insb. Zwischentransporte);  
Optimierung Arbeitssicherheit;  
Materialwahl (sofern den Ausführenden überlassen)

# Die Nachhaltigkeit

---

Der Standard Nachhaltiges Bauen Schweiz (SNBS)



# Die Nachhaltigkeit

---

Der Standard Nachhaltiges Bauen Schweiz (SNBS)  
([www.nnbs.ch](http://www.nnbs.ch))

- Kriterien zur Optimierung des Projekts und des Bauwerks bezüglich der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit (für Hochbau / für Infrastruktur)
- Orientierungshilfe / Grundlage für Zertifizierung

# Die Nachhaltigkeit

---

## Der Standard Nachhaltiges Bauen Schweiz (SNBS)

- Verpflichtend?
  - bei privater Bauherrschaft: je nach Vertrag
  - bei öffentlicher Bauherrschaft:  
je nach Beschaffungs-/Immobilienrecht
    - 8/I–II ÖBG/FR: «Label» SNBS bei allen kantonalen (o. kant. finanz.) «allgemeinen» Bauaufträgen
    - vgl. auch 2/II/b VILB (Bund)

# Die Nachhaltigkeit

---

Ist der SNBS vergaberechtskompatibel?

- SNBS Hochbau (V 11.1.2021):  
208 «Regionalökonomisches Potential»  
208.1 «Regionale Wertschöpfung»
- SNBS Infrastruktur (V 1.7.2020):  
W 2.2 «Regionalwirtschaftliche Aspekte»  
W 2.2.1 «Regional verfügbare Rohstoffe»  
W 2.2.2 «Regional verfügbare personelle Ressourcen  
und Kompetenzen»

# Die Nachhaltigkeit

---

## SNBS Hochbau (V 11.1.2021), 208.1:

- Separate Aufstellung der Kosten von BKP 2:  
Zuschläge «in der Region» / Zuschläge ausserhalb der Region
- Bewertung des Prozentsatzes der «in der Region» ausgegebenen Gelder (genügende Noten ab 20%; Bestnote ab 70%)
- *«Zur ‚Region‘ gehören Gemeinden, die sich in maximal 50 km Distanz der Baustelle befinden (innerhalb der Schweiz). Diese Grenzziehung erfolgt in diskriminierungsfreier Absicht.»*
- Bei zureichender Begründung (z.B. 10% Mehrkosten) werden die entsprechenden Kosten aus der Rechnung genommen.

# Die Nachhaltigkeit

---

## SNBS Hochbau (V 11.1.2021), 208.1:

- Für öffentliche Bauherrschaften: Vorschlag der Ausnützung der Bagatellklausel (Ausnahme vom Staatsvertragsbereich; max. 20% [p.m. genügende Note ab 20%])
  - Im Binnenbereich (auch nach Anrufung der Bagatellklausel) gilt das **BGBM**, das die regionale Bevorzugung verbietet.
  - Die Bagatellklausel betrifft nach IVöB 2019 ggfs. Aufträge, die im Binnenbereich **öffentlich ausgeschrieben** werden müssen.  
(→ diese Vergaben lassen sich regional nicht steuern!)  
(vgl. auch 5 VöB [Bund]: Einladung im anderen «Sprachraum»)

# Die Nachhaltigkeit

---

SNBS Infrastruktur (V 1.7.2020), W 2.2.1 [/W 2.2.2]:

- Erfüllen der Anforderungen:
  - (1) Identifikation der regional verfügbaren Primär- und Sekundärrohstoffe [/pers. Ressourcen + Kompetenzen]
  - (2) Systematische Berücksichtigung regional verfügbarer Ressourcen bei der Projektentwicklung
  - (3) Integration der Nutzung regional verfügbarer Ressourcen in den Ausschreibungen

*ad* (3): X:4 GPA, 30 III BöB/IVöB 2019: **Verbot der Verwendung bestimmter Ursprungs-Vorgaben** (ausser wenn erforderlich und mit Zusatz «oder gleichwertig»)

# Die Wettbewerbe

---

# Die Wettbewerbe

---

## Die freiburgische Verpflichtung zum Wettbewerb

- altes Recht: Verpflichtung zum Wettbewerb bei allen (Neu-)Bauvorhaben ab CHF 5 Mio. (Gebäude) / CHF 10 Mio. (Kunstbauten) (48 aÖBR/FR)



# Die Wettbewerbe

---

## Die freiburgische Verpflichtung zum Wettbewerb

- neues Recht (i.K. seit 1.1.2023): Verpflichtung zur Abklärung («Vorstudie») der Zweckmässigkeit eines Wettbewerbs- oder Studienauftragsverfahrens bei allen Projekten > CHF 10 Mio. (Neubau/Umbau/Renovation von Gebäuden und Kunstbauten; Raumplanung und Städtebau) (11 ÖBG/FR; 16 ÖBR/FR)
  - Vorstudie: intern oder extern
  - Vorentscheid: keine Beschwerde

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern die Vorstudie zum Schluss kommt, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.

# Die Wettbewerbe

---

## Zur Freihandvergabe der Folgeleistungen

(21/II/i BÖB/IVöB 2019)

- nach einem Gesamleistungswettbewerb oder Gesamleistungs-Studienauftrag?
  - Jurierung eines ausführungsfähigen Projekts (mitsamt Ausführungsmodalitäten) ohne Berücksichtigung des Preises der Ausführung?
  - XIII:1/h GPA:  
«*lauréat d'un concours*» / «*winner of a design contest*» /  
«*ganador de un concurso de proyecto*»

# Die Wettbewerbe

---

## Zur Freihandvergabe der Folgeleistungen

(21/II/i/2 BÖB/IVöB 2019)

- Wann ist das Expertengremium «unabhängig»?  
(XIII:1/h/(ii) GPA: «*jury indépendant*»)
  - Botschaft BÖB (BBl 2017 1851, 1929) / Musterbotschaft IVöB 2019 (S. 58): Das Gremium muss «mehrheitlich aus unabhängigen Fachpersonen» bestehen.
  - konform (+/-): 12/I+III RLMP/VD  
(Mehrheit Fachpersonen; Mehrheit unabhängig)



# Die Wettbewerbe

---

- Wann ist das Expertengremium «unabhängig»?  
(XIII:1/h/(ii) GPA: «*jury indépendant*»)
  - abweichend von den Botschaften:  
16/II–III VöB (Bund); 17/II–III ÖBR/FR  
(Mehrheit Fachpersonen, davon die Hälfte unabhängig)
  - etwas mehr als ein Viertel (!) unabhängige Mitglieder
  - Beispiel Jury 11 Mitglieder: 6 Fachpersonen, 3 davon unabhängig → 8 abhängig, 3 unabhängig
  - Ist ein solcherart «unabhängiges» Expertengremium staatsvertragskonform?

# Die Wettbewerbe

---

## Zur Ausstandsregelung

- «Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung vorgeben, dass **Anbieter**, die bei Wettbewerben und Studienaufträgen in einem ausstands begründenden Verhältnis zu einem Jurymitglied stehen, **vom Verfahren ausgeschlossen** sind» (13/IV IVöB 2019 [= SIA-142/-143]; ≠ 13 BöB! [Minderheitsantrag BERTSCHY im Parlament diskutiert und abgelehnt])
- «Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen **Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung** [...]» (29/I BV)