

Peter Burkhalter

Bauprodukte aus der Region für die Region

Grundlagen und Beobachtungen

Am 1. Januar 2021 tritt das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen in Kraft. Mehr Qualität und Nachhaltigkeit stehen im Vordergrund. Preistreibereien mit Qualitätsverlusten sollen verhindert werden. Für Schweizer Bauprodukte – insbesondere aus einheimischen Rohstoffen – bietet dieses Gesetz viele Chancen, wobei der Vollzug noch einige Fragen aufwirft. Dieser Beitrag beleuchtet erste Erkenntnisse und liefert Anregungen für Vollzugshilfen. Er knüpft an die Ausführungen des gleichnamigen Webinars des Vereins Green Building Schweiz vom 8. Juni 2020 an.

Beitragsart: Beiträge
Rechtsgebiete: Vergaberecht

Zitiervorschlag: Peter Burkhalter, Bauprodukte aus der Region für die Region, in: Jusletter 28. September 2020

Inhaltsübersicht

1. Wirtschaftlicher Hintergrund
2. Gesetzliche Grundlagen
 - 2.1. Bauproduktgesetzgebung
 - 2.2. Öffentliches Beschaffungsrecht
 - 2.2.1. Neue Schweizer Gesetzgebung international abgestützt
 - 2.2.2. Schweizer Paradigmenwechsel als Chance
 - 2.2.3. Zuschlagskriterien
 - a. Nachhaltigkeit
 - b. Lebenszykluskosten
 - c. Transport
 - d. Ästhetik
 - e. Unterschiedliche Preisniveaus
3. Schlussfolgerungen und Ausblick

1. Wirtschaftlicher Hintergrund

[1] Die Bauwirtschaft bildet seit jeher einen wichtigen Pfeiler der Schweizer Wirtschaft. Seit 1950 trägt sie im Schnitt 10% zum Bruttoinlandprodukt der Schweiz bei.¹ Gleichzeitig ist die öffentliche Hand – im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens – der bedeutsamste Auftraggeber der Schweiz. Rund 25% der gesamten Staatsausgaben entfallen auf Beschaffungen von Bauten, Waren und Dienstleistungen durch Bund, Kantone und Gemeinden.² Mit jährlich gut 20 Milliarden Franken ist rund die Hälfte aller öffentlichen Beschaffungen dem Bauwesen zuzuordnen.³ Diese Zahlen bringen sowohl die grosse gesamtwirtschaftliche Bedeutung als auch das immense Bestellvolumen der öffentlichen Hand klar zum Ausdruck. Insbesondere in der aktuellen, auch coronabedingten wirtschaftlichen Situation muss dieser Umstand speziell gewichtet werden. In den letzten Jahren ist die Baubranche durch die Konkurrenz aus dem Ausland zunehmend unter Druck geraten.

[2] Eine nachhaltige Schweizer Wirtschaft – und insbesondere Bauwirtschaft – verlangt nach einer lokalen Versorgung mit Bauprodukten und kurzen Lieferketten. Eine Reihe von grenzüberschreitenden Grossbestellungen aus dem Ausland haben auch im Parlament viele Fragezeichen zur Umsetzung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz aufgeworfen. Zu erwähnen ist insbesondere die Causa «Bözbergtunnel».⁴ Solche Vorfälle müssen mit der neuen Gesetzgebung

¹ Vgl. «Das Baugewerbe, Barometer und Pfeiler der Schweizer Wirtschaft» (<https://schweizerbauwirtschaft.ch/das-baugewerbe-barometer-und-pfeiler-der-schweizer-wirtschaft/>, zuletzt besucht am 20. Juli 2020).

² Vgl. <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/kmu-betreiben/oeffentliche-auftraege.html> (zuletzt besucht am 20. Juli 2020).

³ Vgl. https://www.bauenschweiz.ch/fileadmin/user_upload/14.06.2018_Medienmitteilung_BoeB.pdf (zuletzt besucht am 29. Juli 2020).

⁴ Im Jahr 2016 hat die Causa Bözbergtunnel für Aufsehen gesorgt. Damals hatte die SBB Beton-Bauteile, sogenannte Tübbinge, aus 800 Kilometer Entfernung teilweise per Lastwagen hertransportieren lassen, anstatt auf 3 km von der Baustelle entfernte Bauteile zu setzen. Mehrere Tausend Fahrten für ein Transportvolumen von rund 100'000 Tonnen kamen dabei zusammen. Im Rahmen seiner Interpellation stellte Altständerat Beat Vonlanthen diese Konstellation in Frage. Der Bundesrat bekräftigte in seiner Stellungnahme, die laufende Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts gehöre zu den wichtigen Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Schweizer Unternehmen. Der Nachhaltigkeit würde ausserdem im revidierten Beschaffungsrecht eine höhere Bedeutung zugemessen.

Vgl. «Aargauer Zeitung», «Beim Bözberg-Eisenbahntunnel kommen Ausländer zum Zug – das ist ein Aufreger» (<https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/brugg/beim-boezberg-eisenbahntunnel-kommen-auslaender-zum-zug-das-ist-ein-aufreger-131659736>, zuletzt besucht am 28. Juli 2020); Interpellation 16.3081 «Frankenstärke».

ausgemerzt werden. In der Verantwortung stehen einerseits die Beschaffungsstellen, andererseits auch die Total- und Generalunternehmer. Der nachhaltig denkende Besteller von Bauleistungen muss bei seinen Bestellungen die einzelnen Positionen des Baus mitberücksichtigen. Nur dadurch erfüllt er seine Anforderungen an die Nachhaltigkeit und kann «Fehlentscheidungen» wie im Fall «Bözbergtunnel» vermeiden.

2. Gesetzliche Grundlagen

[3] Die relevanten gesetzlichen Grundlagen für Bauprodukte aus der Region für Region sind einerseits in der Bauproduktgesetzgebung, andererseits im öffentlichen Beschaffungsrecht zu finden.

2.1. Bauproduktgesetzgebung

[4] Das Bundesgesetz über Bauprodukte vom 21. März 2014 (SR 933.0) sowie die konkretisierende Verordnung über Bauprodukte vom 27. August 2014 (SR 933.01) sind äquivalent mit der europäischen Verordnung 305/2011 über Bauprodukte.⁵ Die Erlasse regeln das Inverkehrbringen von Bauprodukten und ihre Bereitstellung auf dem schweizerischen Markt.⁶ Mit der 2014 abgeschlossenen Revision der Erlasse sollte eine europakompatible Anpassung an die neue europäische Verordnung Nr. 305/2011 über Bauprodukte geschaffen werden.⁷ Dabei wurden im Wesentlichen drei Ziele anvisiert: Der Abbau von technischen Handelshemmnissen für den Handel mit Bauprodukten, der Schutz von Verwendern von Bauprodukten sowie von Konsumenten vor unsicheren Produkten und Bauwerken und die Reduktion des administrativen Aufwands für die Wirtschaftsakteure, namentlich für die KMU.⁸

[5] Prima facie sind die Bauprodukteerlasse auf die Konkretisierung des europäischen «Baubinnenmarkts» sowie auf die Beleuchtung technischer Handelshemmnisse und Marktöffnungskriterien ausgerichtet. Interessant ist jedoch insbesondere auch die Bauwerksanforderung 7 zur nachhaltigen Nutzung der natürlichen Ressourcen, welche in Anhang I der erwähnten EU-Verordnung zu finden ist. Darin finden Anforderungen an die Nutzung umweltfreundlicher Baustoffe und Rezykliermethoden Niederschlag. Die Umsetzung der Bauwerksanforderung zur nachhaltigen Ressourcennutzung gilt es weiterhin zu verfolgen, da die Kreislaufwirtschaft für die Hersteller

Mangelnde Konkurrenzfähigkeit von Schweizer Unternehmen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen» vom 15. März 2016.

⁵ Vgl. Ausführungen von ANDREAS BOSSENMAYER am Webinar «Bauprodukte aus der Region für die Region» des Vereins Green Building Schweiz (www.greenbuilding.ch) vom 8. Juni 2020. Der Verein wurde 2010 von den Gründungsmitgliedern FKSB, Ziegelindustrie, Baumeisterverband und Raiffeisen Schweiz ins Leben gerufen; vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

⁶ Art. 1 Abs. 1 BauPG.

⁷ ANDREAS BOSSENMAYER/DIETER SUTER, Die revidierten Bauprodukteerlasse – relevant für alle Beteiligten!, BR 2015, S. 78.

⁸ Vgl. Ausführungen von ANDREAS BOSSENMAYER; vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

von Schweizer Bauprodukten ein grosses Thema ist und auch von internationalen Konzernen angegangen wird.⁹

[6] Der Vertreter des Bundesamts für Bau und Logistik, Andreas Bossenmayer, macht zu Recht darauf aufmerksam, dass durch die Aspekte der Nachhaltigkeit die Bauproduktgesetzgebung auch Chancen für die regionale Produktion bietet, z.B. weil die Transportwege kurz sind, weil die Dauerhaftigkeit von grossem Wert ist, dank regionalem Rezyklieren und Abfallentsorgung oder dank der Nutzung von Sekundärbaustoffen.¹⁰

2.2. Öffentliches Beschaffungsrecht

[7] «Gut Ding muss Weile haben»: Nach mehrjährigen intensiven Bemühungen treten das total-revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) sowie die dazugehörige Verordnung¹¹ am 1. Januar 2021 in Kraft. In paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppen haben Bund und Kantone die Revision bereits seit 2012 vorbereitet. Schliesslich hat das Parlament das revidierte Bundesgesetz am 21. Juni 2019 ohne Gegenstimme verabschiedet.¹² Mit der Revision soll die Umsetzung des 2012 verabschiedeten und 2014 in Kraft getretenen WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) sichergestellt werden.¹³ Damit wird die Schweiz das Abkommen als letzter Mitgliedsstaat ratifizieren.¹⁴ Des Weiteren zielt die Revision darauf ab, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen so weit wie möglich zu harmonisieren. Zu diesem Zweck wurde auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SR 172.056.5) überarbeitet und «so weit möglich und sinnvoll angeglichen».¹⁵ Mit dem Ausgleich der bisher heterogenen Rechtslage wird auch dem jahrelangen Anliegen der Wirtschaft nach mehr Rechtssicherheit entsprochen.¹⁶

[8] Auch die Schweizer Bauwirtschaft begrüsst die Revision und zeigt sich mit dem Endresultat sehr zufrieden.¹⁷ Das neue Gesetz bietet der Branche grosse Chancen. Die Stärken von Schweizer Unternehmen, etwa der hohe Grad an Qualität und Innovation, die kurzen Transportwege oder die hohe Reaktivität, können endlich auch im öffentlichen Beschaffungsrecht angemessen Berücksichtigung finden.¹⁸

⁹ Beispielsweise von der Compagnie de Saint-Gobain, vgl. <https://www.saint-gobain.com/en/construction-virtuous-circle-circular-economy> (zuletzt besucht am 29. Juli 2020).

¹⁰ Vgl. Ausführungen von ANDREAS BOSSENMAYER; vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

¹¹ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11).

¹² Vgl. <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> (zuletzt besucht am 7. September 2020). Referendumsvorlage (nachfolgend rev-BöB) zu finden in BBI 2019 4505.

¹³ Botschaft zur Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts vom 15. Februar 2017, BBI 2017, S. 1853.

¹⁴ MARC STEINER, Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019, BR 2020, S. 8.

¹⁵ Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1867.

¹⁶ Vgl. «Baublatt», «Beschaffungsrecht: Endlich ist die Totalrevision durch» (<https://www.baublatt.ch/baubranche/beschaffungsrecht-endlich-ist-die-totalrevision-durch-26442>, zuletzt besucht am 24. Juli 2020).

¹⁷ Vgl. Medienmitteilung von bauenschweiz vom 21. Juni 2019 (https://www.bauenschweiz.ch/fileadmin/user_upload/21.06.2019_MM_BoeB_Schlussabstimmung.pdf, zuletzt besucht am 24. Juli 2020).

¹⁸ Vgl. Ausführungen von ADRIAN FORRER und PASCAL BÄRTSCHI, vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

[9] «Der Teufel liegt im Detail»: Obwohl Gesetz und Verordnung heute verabschiedet sind, fehlen die relevanten Vollzugshilfen.¹⁹ Wohl auch coronabedingt sind die Vorbereitungsarbeiten etwas in Rückstand geraten. Nun ist es essentiell, dass sich sowohl die Beschaffungsstellen als auch die Bauwirtschaft intensiv mit den neuen Chancen der Revision befassen. Für Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten des revidierten Gesetzes eingeleitet wurden, gelten die neuen Bestimmungen noch nicht. Gemäss Übergangsbestimmung werden diese Verfahren nach bisherigem Recht zu Ende geführt.²⁰

[10] Inhaltlich sind unter dem Gesichtspunkt «Bauprodukte aus der Region für die Region» insbesondere der mit der Revision angestrebte Paradigmenwechsel und die «neuen» Zuschlagskriterien wie etwa Nachhaltigkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Kundendienst oder Lieferbedingungen relevant.

2.2.1. Neue Schweizer Gesetzgebung international abgestützt

[11] Neben der nationalen Gesetzgebung ist für die Schweiz insbesondere das bereits erwähnte WTO-Übereinkommen, aber auch das EU-Vergaberecht von Relevanz.

[12] Das ursprüngliche Übereinkommen der Welthandelsorganisation über das öffentliche Beschaffungswesen wurde 1994 abgeschlossen und trat für die Schweiz am 1. Januar 1996 in Kraft.²¹ Das Abkommen hat entscheidend zur Liberalisierung des internationalen Handels beigetragen und orientiert sich an folgenden liberalen Grundsätzen: Förderung des Wettbewerbs, Transparenz, Nichtdiskriminierung und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel. Mit der 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Abkommens wurden unterschiedliche Ziele verfolgt. Im Mittelpunkt stand die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb durch erhöhte Transparenz und Bekämpfung der Korruption. Besonders hervorzuheben ist aber auch die explizite Anerkennung von Umweltzielen als Zuschlagskriterium.²² Eine Schwerpunktverlagerung weg von rein wirtschaftlichen Kriterien hin zu Nachhaltigkeitskriterien zeichnet sich ab.²³

[13] Im Vergaberecht der Europäischen Union ist diese Verlagerung noch um einiges augenfälliger. Die Richtlinie 2014/24/EU soll den Vergabestellen erlauben, mithilfe des öffentlichen Beschaffungswesens gemeinsame gesellschaftliche Ziele zu unterstützen und insbesondere ökologische und soziale Kriterien zu berücksichtigen.²⁴ Ausserdem werden die Beschaffungsstellen aufgefordert, die öffentliche Auftragsvergabe strategisch optimal zu nutzen, um Forschung und Innovation, einschliesslich Öko-Innovation und soziale Innovation, voranzutreiben.²⁵

[14] Auch der Schweizer Gesetzgeber ist dem internationalen Trend hin zu mehr Qualität und Nachhaltigkeit gefolgt. Das revidierte WTO-Übereinkommen überlässt die Formulierung der

¹⁹ Beispielsweise bedarf es einer Anpassung der KBOB-Leitfäden.

²⁰ Art. 62 rev-BöB.

²¹ Aktuell sind 47 Staaten dem Abkommen beigetreten, darunter sämtliche Mitgliedsstaaten der EU; vgl. Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1858.

²² Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1859.

²³ Die soziale Dimension der Nachhaltigkeit findet hingegen keine explizite Erwähnung im Übereinkommen, da sich die Mitgliedsstaaten über deren Anwendungsbereich nicht einig wurden. Vgl. Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1884.

²⁴ Richtlinie 2014/24/EU, ErwG 2; Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1881.

²⁵ Richtlinie 2014/24/EU, ErwG 47.

Zuschlagskriterien dem Ermessen der Mitgliedsstaaten.²⁶ Diesen Ermessensspielraum hat die Schweiz genutzt und so staatsvertragskonform den Weg für einen Paradigmenwechsel freige-macht.

2.2.2. Schweizer Paradigmenwechsel als Chance

[15] Die Intention des Schweizer Gesetzgebers ist klar: Mit dem neuen Gesetz über das öffentliche Beschaffungsrecht soll ein Wandel der Vergabekultur hin zu mehr Qualität und Nachhaltigkeit herbeigeführt werden. Der sogenannte Paradigmenwechsel findet insbesondere in Art. 41 des revidierten BöB Niederschlag. Anstatt das «wirtschaftlich günstigste» soll neu das «vorteilhafteste» Angebot den Zuschlag erhalten. Mit dieser Formulierung ist die Schweiz der WTO und auch der EU einen Schritt voraus.²⁷ Des Weiteren hat der Aspekt der Nachhaltigkeit neu Eingang in die Zweckbestimmung gefunden und steht somit auf einer Stufe mit den übrigen Grundsätzen des Beschaffungsrechts.²⁸

[16] Der Begriff «Paradigmenwechsel» ist Gegenstand vieler Diskussionen. Zum Teil wird in Frage gestellt, inwiefern mit der Neuformulierung des Gesetzesartikels zum Zuschlag (Art. 41 rev-BöB) tatsächlich von einem Paradigmenwechsel gesprochen werden kann.²⁹ In der Tat war bereits unter dem bisherigen Gesetz die Formulierung «das wirtschaftlich günstigste Angebot» dahingehend zu verstehen, dass neben dem Preis auch Qualitätskriterien für die Zuschlagserteilung massgebend sein sollten.³⁰ Entsprechend sprach sich der Bundesrat dafür aus, die Formulierung «das wirtschaftlich günstigste Angebot» beizubehalten.³¹ Zu Recht hat das Parlament hingegen sein Votum für die Formulierung «das vorteilhafteste Angebot» abgegeben und ist damit Stimmen aus Handel und Industrie gefolgt.³² Das Votum bringt die Präferenz für den Qualitätswettbewerb treffend zum Ausdruck.

[17] Dieser Sinneswandel weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb ist der springende Punkt. Ein wirksamer Paradigmenwechsel lässt sich nicht allein durch neuformulierte Gesetzesbestimmungen herbeiführen. Er muss in den Köpfen geschehen und in der Praxis auch tatsächlich gelebt werden. Es braucht einen Wechsel der Vergabekultur, und zwar auf sämtlichen föderalen Stufen.³³ Gelingt die Umsetzung in der Praxis, stehen die Chancen für mehr Qualität, Innovation und Nachhaltigkeit sehr gut.

²⁶ Art. X Ziff. 9 GPA 2012: *The evaluation criteria set out in the notice of intended procurement or tender documentation may include, among others, price and other cost factors, quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery.*

²⁷ Gemäss WTO-Übereinkommen erhält nach wie vor das «günstigste» Angebot den Zuschlag («*the most advantageous*», Art. XV GPA 2012), gemäss Richtlinie 2014/24/EU das «wirtschaftlich günstigste» (Art. 67 der Richtlinie).

²⁸ Art. 2 rev-BöB.

²⁹ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Nouveau droit (fédéral) des marchés publics : faire du neuf avec de l'ancien ? Un peu plus tout de même*, in : BR 2020, S. 7; MARC STEINER, *Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019*, in: BR 2020, S. 10; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, *Anbieter, Offerten Kriterien*, in: BR 2020, S. 33 f.

³⁰ CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI (Fn. 29), S. 33 f.

³¹ Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1956.

³² Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1956.

³³ In diesem Sinne auch CRISTINA SCHAFFNER, Direktorin von bauenschweiz: «*Der Paradigmenwechsel muss gemeinsam auf allen föderalen Stufen realisiert werden.*» Vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

[18] Insbesondere der Aspekt der Nachhaltigkeit wurde im Revisionsprozess immer wieder hervorgehoben. Auch der Bund hat bekräftigt, dass er mit einem nachhaltigen Beschaffungsverhalten eine Vorbildfunktion einzunehmen gedenkt.³⁴ Ein nachhaltiges öffentliches Beschaffungswesen bildet ausserdem eine wichtige Komponente für die Realisierung der im Rahmen der «Agenda 2030» vereinbarten «Sustainable Development Goals».³⁵

[19] Für die Umsetzung des Paradigmenwechsels in der Praxis stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung. Denkbar ist eine Umsetzung mittels entsprechenden Eignungskriterien oder technischen Spezifikationen. Das am besten geeignete Mittel dürften aber die Zuschlagskriterien sein.

2.2.3. Zuschlagskriterien

[20] Der neue Art. 29 rev-BöB zu den Zuschlagskriterien unterscheidet zwischen möglichen Kriterien innerhalb (Abs. 1) und weiteren Kriterien ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Abs. 2). Nach wie vor enthält das Gesetz keine abschliessende Auflistung der Zuschlagskriterien. Die Auflistung wird aber durch eine Reihe von neuen Kriterien ergänzt, die den angestrebten Paradigmenwechsel nochmals unterstreichen, so z.B. Nachhaltigkeit, Lebenszykluskosten, Lieferbedingungen, Kreativität oder Innovationsgehalt.

a. Nachhaltigkeit

[21] Das Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit setzt sich aus den drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales zusammen. Die ökologische Komponente beinhaltet wiederum die Umweltverträglichkeit wie auch Ressourcenschonung und Ressourceneffizienz. Sowohl beim Beschaffungsgegenstand selbst als auch bei dessen Herstellung, Nutzung und Entsorgung kommen diese Aspekte zum Tragen.³⁶ Die soziale Komponente der Nachhaltigkeit ermöglicht unter anderem die Berücksichtigung von Fair-Trade-Produkten oder von Arbeitssicherheit.³⁷ Die wirtschaftliche Komponente ist dahingehend zu verstehen, dass innovative und ressourcenschonende Technologien auf lange Sicht wirtschaftlicher sind als veraltete und ressourcenintensive Leistungen.³⁸ Sämtliche Dimensionen der Nachhaltigkeit sind während des gesamten Beschaffungsablaufs zu berücksichtigen. Die Beschaffungskonferenz des Bundes hat bereits Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung erarbeitet, welche die Grundlage für die Erarbeitung weiterer Hilfsmittel auf allen föderalen Stufen bilden sollen.³⁹

³⁴ Vgl. <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/nachhaltige-beschaffung.html> (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

³⁵ Insbesondere Goal 12.7: *Promote public procurement practices that are sustainable, in accordance with national policies and priorities*, vgl. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/> (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

³⁶ Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1943.

³⁷ Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1943.

³⁸ Botschaft BöB, BBI 2017, S. 1944.

³⁹ Vgl. <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/nachhaltige-beschaffung.html> (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

b. Lebenszykluskosten

[22] In eine ähnliche Richtung wie die Nachhaltigkeit geht das Zuschlagskriterium der Lebenszykluskosten. Dieser Begriff steht für sämtliche Beschaffungs-, Betriebs-⁴⁰, Rückbau- und Entsorgungskosten. Mit diesem Kriterium wird eine globale Kostenbetrachtung über die gesamte Lebensdauer des Beschaffungsgegenstands gefördert. Ein Beschaffungsgegenstand, dessen ursprüngliche Beschaffungskosten zwar im höheren Bereich liegen mögen, kann sich unter Anbetracht seiner Lebenszykluskosten als insgesamt kostengünstiger herausstellen als das vermeintlich billigere Produkt der Konkurrenz.

[23] Die beiden Zuschlagskriterien «Nachhaltigkeit» und «Lebenszykluskosten» sprechen klar für Bauprodukte aus der Region für die Region. Die Schweizer Baubranche zeichnet sich durch ihre Qualität und Innovationskraft aus. Im Bereich der Kreislaufwirtschaft nehmen Schweizer Unternehmen eine Vorreiterrolle ein und fördern so nachhaltiges, ressourcenschonendes Bauen.⁴¹ Unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit sind zudem auch die kurzen Transportwege von regionalen Bauprodukten unbedingt zu erwähnen.⁴²

c. Transport

[24] Die Berücksichtigung des Transports im öffentlichen Beschaffungswesen war bislang umstritten.⁴³ Der Transportweg wie auch die Transportart können die CO₂-Bilanz einer Beschaffung massgeblich beeinflussen und damit wirksam zum Umweltschutz beitragen. Andererseits birgt die Berücksichtigung von transportbezogenen Kriterien die Gefahr einer Diskriminierung ortsfremder Anbieter.⁴⁴ Bereits 2002 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Berücksichtigung von transportbezogenen Umweltkriterien bei öffentlichen Beschaffungen für legitim erklärt.⁴⁵ Die Schweiz gab sich diesbezüglich lange zurückhaltend, wobei sich in den letzten Jahren ein Wandel abgezeichnet hat.⁴⁶ Im öffentlichen Beschaffungswesen des Kantons Uri beispielsweise hat sich die Berücksichtigung der sogenannten «Tonnenkilometer» bereits seit geraumer Zeit etabliert.⁴⁷ Es ist zu hoffen, dass transportbezogene Umweltkriterien mit dem neuen Beschaffungsrecht inskünftig in der ganzen Schweiz angemessen Berücksichtigung finden.⁴⁸ Auch die

⁴⁰ Bei den Betriebskosten sind neben den Nutzungs- auch die Wartungskosten zu berücksichtigen; vgl. Botschaft BöB, BBl 2017, S. 1943.

⁴¹ So z.B. Losinger Marazzi, vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020); Losinger Marazzi hat ausserdem zusammen mit Eberhard Unternehmungen, Raiffeisen Schweiz, Swiss Prime Site AG und Swiss Re AG mit der Madaster-Plattform eine konkrete Schweizer Lösung für die Realisierung von Ressourceneffizienz im Bau- und Immobiliensektor lanciert, vgl. <https://www.oebu.ch/de/news/aktuelle-news/kreislaufwirtschaft-im-bau-online-plattform-madaster-lanciert-4242.html> (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

⁴² In der Schweizer Betonbranche beträgt der Transportweg von der Kiesgrube zur Fabrik durchschnittlich 4 Kilometer und von der Fabrik zur Baustelle durchschnittlich 80 Kilometer, vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

⁴³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5601/2018 vom 24. April 2019.

⁴⁴ ROLF H. WEBER/RIKA KOCH, Berücksichtigung des Transports, in: Jusletter 8. Februar 2016, S. 2.

⁴⁵ Vgl. Urteil des EuGH vom 17. September 2002 C-513/99 *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-07213.

⁴⁶ Vgl. Fn 4; ROLF H. WEBER/RIKA KOCH (Fn. 44), S. 2.

⁴⁷ Vgl. Urteil des Obergerichts Kanton Uri vom 4. Oktober 2013, OG V 13 21.

⁴⁸ In diesem Sinne auch STEFAN CADOSCH, Präsident des SIA: «Meiner Meinung nach sollte das Kriterium der geografischen Nähe, aber auch das der kurzen Transportwege den Vorrang haben.» Vgl. <https://www.sia.ch/de/dienstleistungen/artikelbeitraege/detail/article/die-krise-als-katalysator/> (zuletzt besucht am 30. Juli 2020).

im Gesetz verankerten Zuschlagskriterien «Lieferbedingungen» und «Kundendienst» sprechen für eine Berücksichtigung kurzer Transportwege. Die hohe Reaktivität von Schweizer Unternehmen liesse sich im Rahmen dieser Kriterien ebenfalls gebührend würdigen.⁴⁹

d. Ästhetik

[25] Auch das Zuschlagskriterium der Ästhetik hängt (zumindest indirekt) mit Qualität und Nachhaltigkeit zusammen. Bauten sind im Regelfall auf Langlebigkeit ausgerichtet und bestehen meist über Jahrzehnte. Ein qualitativ hochwertiges Bauwerk, welches auch ästhetisch gefällt und einer hohen Baukultur entspricht, wird länger am Leben erhalten. Die Auswahl des Bauprodukts und insbesondere der ästhetisch sinnvolle Einsatz des Produkts sind in diesem Zusammenhang fundamental.⁵⁰

e. Unterschiedliche Preisniveaus

[26] Schliesslich ist auch das neue Zuschlagskriterium «die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» eine Erwähnung wert. Anhand dieses Kriteriums soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Lohn- und Preisniveau im Ausland in der Regel tiefer liegt als in der Schweiz. Ausländische Unternehmen, die sich an Beschaffungsverfahren in der Schweiz beteiligen, sollen aus diesem Umstand keine Vorteile ziehen. Auf den ersten Blick legt diese Begründung eine positive Beurteilung des Kriteriums im Sinne der Schweizer Bauproduzenten nahe. Allerdings ist fragwürdig, inwiefern sich das Kriterium überhaupt staatsvertragskonform umsetzen lässt. Zu Recht wurde das Kriterium von verschiedenen Seiten als staatsvertragswidrig kritisiert.⁵¹ Dementsprechend hat auch bauenschweiz die Einführung dieses Zuschlagskriteriums bekämpft.⁵²

3. Schlussfolgerungen und Ausblick

[27] Die Schweizer Hersteller von Bauprodukten sind in den letzten Jahren zunehmend in Bedrängnis geraten. Der Druck der Konkurrenz aus dem Ausland hat zu Preistreibereien und Qualitätsverlusten geführt. Als wichtigste Auftraggeberin der Baubranche ist die öffentliche Hand an dieser Entwicklung nicht unbeteiligt. Dank des angestrebten Paradigmenwechsels bietet die Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts nun jedoch die Chance, dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten und Bauprodukte aus der Region für die Region wieder besser zu positionieren. Weg vom Preis-, hin zum Qualitätswettbewerb lautet die Devise. Mit der Aufnahme der Nachhaltigkeit in die Zweckbestimmung (Art. 2 rev-BöB), der Neuformulierung «das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag» (Art. 41 rev-BöB) und einer Reihe neuer Zuschlagskriterien (Art. 29 rev-BöB) wird der Paradigmenwechsel gesetzlich verankert. Qualität, Innovationskraft,

⁴⁹ So liefert z.B. die Creabeton Matériaux AG über 50% ihrer Produkte in weniger als 24 Stunden auf die Baustelle, vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

⁵⁰ Vgl. STEFAN CADOSCH: <https://www.youtube.com/watch?v=6RsCFkogmPc> (zuletzt besucht am 7. September 2020).

⁵¹ So z.B. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI (Fn. 29), S. 33.

⁵² Vgl. http://www.marc-steiner.ch/pdf/Sicht_der_Bauwirtschaft_von_Benjamin_Wittwer.pdf (zuletzt besucht am 7. September 2020).

Ressourceneffizienz und kurze Transportwege – alles Attribute eines nachhaltigen Qualitätswettbewerbs. Attribute, die die Schweizer Hersteller von Bauprodukten auszeichnen.

[28] Ein neuer Wortlaut allein führt jedoch noch keinen Wandel herbei. Das neue Gesetz steht und fällt mit seinem Vollzug. Ein besonderes Augenmerk muss deshalb auf die Vollzugshilfen gerichtet werden, welche zurzeit noch in Erarbeitung sind.

[29] Die Vergabestellen werden bei der Umsetzung besonders gefordert sein. Sie legen die Zuschlagskriterien fest und erteilen den Zuschlag. Dabei kommt ihnen ein relativ grosser Ermessensspielraum zu. Diesen gilt es, geschickt zu nutzen. Die Zuschlagskriterien müssen künftig so formuliert und insbesondere auch so gewichtet werden, dass qualitativ hochwertige und nachhaltige Leistungen tatsächlich den Vorzug erhalten. Der Bund hat bereits angekündigt, mit einem nachhaltigen Beschaffungsverhalten eine Vorreiterrolle übernehmen zu wollen. Dieses Bestreben braucht es auf allen föderalen Stufen.

[30] Um eine Konstellation wie im Fall «Bözbergtunnel» künftig zu verhindern, muss eine nachhaltige Beschaffung auf sämtlichen Stufen gefordert werden, sowohl vom Total- und Generalunternehmer als auch vom Subunternehmer und Rohstofflieferanten. Die Ausschreibung muss entsprechend präzise ausgestaltet werden. Damit können auch Total- und Generalunternehmer in die Pflicht genommen werden.

[31] Interessant wird sein, wie sich die Rechtsprechung entwickelt. Die aktuelle Rechtsprechung sieht beispielsweise vor, dass der Preis mindestens mit zwanzig Prozent gewichtet werden muss.⁵³ Noch ist unklar, ob diese Zwanzig-Prozent-Regel weiterhin Bestand haben wird. Auf jeden Fall wird der Preis aber weiterhin stets ein Zuschlagskriterium bleiben. Eine Vergabe ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien wäre unzulässig. Auch in Bezug auf die Berücksichtigung des Transportweges ist die Entwicklung der Rechtsprechung mit Interesse zu beobachten. Dank des neuen Zuschlagskriteriums der Nachhaltigkeit ist davon auszugehen, dass dem Transportweg künftig eine höhere Gewichtung zugestanden wird.

[32] Die Euphorie in der Baubranche ist gross, und dies zu Recht. Die Chancen des Paradigmenwechsels sind klar vorhanden. Aber bei aller Euphorie darf das Gesamtbild nicht aus den Augen verloren werden. Schlussendlich ist die Nachhaltigkeit nur eines von mehreren primären Zielen. Der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel steht auf gleicher Stufe, ebenso das Transparenzgebot, die Förderung des wirksamen und fairen Wettbewerbs und, darauf ist besonders hinzuweisen, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen. Die Schweiz ist nach wie vor an ihre staatsvertraglichen Verpflichtungen gebunden. Das revidierte Beschaffungsrecht darf nicht dazu führen, dass Anbieterinnen aus dem Ausland diskriminiert werden. Ausserdem muss darauf geachtet werden, dass die Zuschlagskriterien stets leistungsbezogen formuliert werden. Eine sorgfältige, geschickte Formulierung der Zuschlagskriterien seitens Vergabestellen ist also umso wichtiger und wird für die erfolgreiche Umsetzung des Paradigmenwechsels matchentscheidend sein.

Dr. PETER BURKHALTER, Rechtsanwalt.

Der Autor ist Anwalt in Bern und Zürich (www.drpb.ch). Dieser Artikel entstand mit der fachlichen Unterstützung von Frau MLaw Julia Reidy, deren Beitrag hier ganz herzlich verdankt sei.

⁵³ Vgl. BGE 129 I 313.