



Kellerhals
Carrard

Christoph Jäger | Christoph Hirschi

Beschaffungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Beschaffung von Holz

mit Berücksichtigung des Projekts Campus Biel-Bienne



Rechtsgutachten

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Amt für Grundstücke und Gebäude

Bern, 5. Oktober 2021

Ort und Datum

Bern, 5. Oktober 2021

Auftraggeber

Bau- und Verkehrsdirektion
des Kantons Bern
Amt für Grundstücke und Gebäude
Reiterstrasse 11
3011 Bern

Auftragnehmerin

Kellerhals Carrard Bern KIG

Autoren

Dr. Christoph Jäger, Rechtsanwalt
Christoph Hirschi, Rechtsanwalt

INHALT

I.	Ausgangslage, Fragestellungen und Vorgehen	4
II.	Allgemeine RAHmenbedingungen Des Beschaffungsrechts	6
1.	Zweck und Rechtsgrundlagen	6
2.	Gegenstand und Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts	8
2.1	«Make or Buy»-Entscheid; Ausgestaltungsfreiheit.....	8
2.2	Unterstellte Aufträge	9
2.3	Staatsvertragsbereich und Nichtstaatsvertragsbereich.....	9
3.	Grundsätze des Beschaffungsrechts.....	11
4.	Auftragsart und Wahl des Verfahrens.....	12
4.1	Auftragsarten	12
4.2	Verfahrensarten und Verfahrenswahl	13
III.	Nachhaltiges Bauen mit Holz.....	14
1.	Begriff der Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen	14
2.	Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung.....	15
3.	Anwendung von Nachhaltigkeitskriterien	16
3.1	Voraussetzung des sachlichen Zusammenhangs	16
3.2	Gestaltung der technischen Spezifikationen	18
3.3	Gestaltung der Eignungskriterien und der Zuschlagskriterien.....	19
IV.	Vergaberechtliche Beurteilung der einzelnen Varianten	21
1.	Übersicht und Vorbemerkungen	21
2.	Variante 1: Inhouse-Beschaffung	22
3.	Variante 2: Chain of Custody (Produktkettenzertifizierung)	24
4.	Variante 3: Beschaffung von nachhaltigem Holz mit Label.....	25
5.	Variante 4: Stärkere Berücksichtigung von ökologischen Aspekten.....	26
6.	Variante 5: Schweizer resp. Holz aus dem Kanton Bern als Eventualposition oder Option	28
6.1	Einseitige Änderungsrechte des Bestellers	28
6.2	Ausgestaltung der Alternativposition.....	29
6.3	Bewertung der Alternativposition	31
6.4	Fazit	32
V.	Kombinationen und Alternativen.....	33
1.	Kombination(en) der Varianten 3-5	33
2.	Beschaffung von Rahmenverträgen für Holzlieferung in Form einer «Vorsubmission»	33
3.	Weitere Alternativen	34
VI.	Ergebnis: Beantwortung der gestellten Fragen.....	35

VII. Literaturverzeichnis.....	39
VIII. Materialienverzeichnis	40

I. AUSGANGSLAGE, FRAGESTELLUNGEN UND VORGEHEN

- 1 Die dem vorliegenden Rechtsgutachten zugrundeliegende Ausgangslage ergibt sich aus dem Faktenblatt «Campus Biel/Bienne Beschaffung Holz» (Version 1.0) vom 10. März 2021 (nachfolgend zitiert: Faktenblatt Campus Biel/Bienne), welches das Amt für Grundstücke und Gebäude den Gutachtern zur Verfügung gestellt hat. Im Rahmen dieses Grossprojekts des Kantons Bern sollen die technischen Departemente der Berner Fachhochschule (BFH) – Technik und Informatik (TI) sowie Architektur, Holz und Bau (AHB) –in Biel auf einem Campus zentralisiert werden. Zu diesem Zweck soll ein neues Gebäude (Campus) erstellt werden, welches als Ingenieurholzbau konstruiert wird Gegenstand des Projektwettbewerbs war dementsprechend ein Holzbau.¹
- 2 In der Juni-Session 2017 hat der Grosse Rat des Kantons Bern dem Ausführungskredit für den Neubau des Campus Biel/Bienne für die BFH in Höhe von CHF 233.5 Mio. (Gesamtkosten CHF 255 Mio. abzgl. bereits bewilligtem Projektierungskredit von CHF 21.5 Mio.) mit Auflagen zugestimmt.² Der Grosse Rat hat die folgenden drei Auflagen formuliert:³
 1. *Der umfassenden Nachhaltigkeit ist beim Bauprojekt grosse Beachtung zu schenken.*
 2. *Kurze Transportwege müssen bei allen Arbeiten angestrebt werden.*
 3. *Das Holz soll vom Kanton wenn möglich als Eigenleistung zur Verfügung gestellt werden.*
- 3 Im weiteren Verlauf der Projektierungsarbeiten wurde in Absprache mit dem Staatsforst Bern (SFB) und der Initiative Holz BE (Holzbranche) untersucht, wie die Auflagen des Grossen Rates umgesetzt werden können. Es standen zunächst zwei Varianten (die Varianten 1 und 2 gemäss den nachfolgenden Ausführungen)⁴ zur Diskussion, wobei für eine der Varianten auch bereits eine Ausschreibung eines Totalunternehmensauftrags stattfand.
- 4 Da die in diesem Vergabeverfahren eingegangenen Offerten den Kreditrahmen teilweise massiv überschritten, hat das Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG) die Ausschreibung abgebrochen.⁵ Aufgrund von Projektverzögerungen soll die Zeit genutzt und im Hinblick auf den Relaunch verschiedene Varianten der Holzbeschaf-

¹ Vgl. Ziff. 1 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne.

² Vgl. Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 16. März 2017, Ausführungskredit für Campus Biel/Bienne (abrufbar unter: <https://www.be.ch>, Rubriken Medienmitteilungen, Suche / Archiv).

³ Vgl. zum Ganzen Geschäfts-Nr. 2017.RRGR.143, Unterlagen zur Regierungsratssitzung vom 15. März 2017 sowie zur Junisession 2017 des Grossen Rats des Kantons Bern (abrufbar unter: <https://www.gr.be.ch>, Rubriken Geschäfte, Geschäftssuche).

⁴ Vgl. Ziff. 2 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne.

⁵ Abbruchverfügung vom 17. September 2019, zitiert gemäss Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) 130/2016/6 vom 22. April 2020; vgl. dazu auch Medienmitteilung der BVD vom 23. April 2020, Abbruch des Verfahrens war rechtmässig (abrufbar unter: <https://www.be.ch>, Rubriken Medienmitteilungen, Suche / Archiv).

fung näher untersucht werden. Das AGG hat zu diesem Zweck verschiedene Holzbeschaffungsvarianten (Varianten 1-5)⁶ definiert und geprüft/bewertet, mit denen die Vorgaben des Grossen Rats umgesetzt werden sollen. Am erfolgversprechendsten scheint aus Sicht des AGG eine Kombination aus den Varianten 3-5.⁷

5 Vor diesem Hintergrund sollen die Holzbeschaffungsvarianten des AGG im Rahmen des vorliegenden Rechtsgutachtens einer Prüfung im Lichte des öffentlichen Beschaffungsrechts – sowohl gemäss dem geltenden Recht als auch gemäss der neuen IVöB 2019 – unterzogen werden. Im Zentrum stehen dabei folgende Fragen:⁸

1. *Welche Varianten sind unter Berücksichtigung des geltenden Rechts beschaffungsrechtlich zulässig und welche nicht?*
2. *Welche Varianten sind unter Berücksichtigung der revidierten IVöB beschaffungsrechtlich zulässig und welche nicht?*
3. *Gibt es Möglichkeiten, allenfalls nicht zulässige Varianten so auszugestalten, dass sie beschaffungsrechtlich zulässig sind?*
4. *Wie können die drei Auflagen des Grossen Rats unter Beachtung einerseits des geltenden Beschaffungsrechts, andererseits nach Einführung der revidierten IVöB am besten umgesetzt werden?*
5. *Gibt es weitere rechtliche Aspekte, die zum Thema Holzbeschaffung zu beachten sind?*

6 Die Beurteilung erfolgt auftragsgemäss sowohl nach dem zurzeit noch geltenden interkantonalen und kantonalen Beschaffungsrecht als auch nach dem ab Beitritt des Kantons Bern zur totalrevidierten interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)⁹ geltenden kantonalen Beschaffungsrecht.¹⁰ Weiter werden mögliche Kombinationen und Alternativen zu den vorgelegten Varianten aufgezeigt¹¹ und abschliessend die Antworten zu den Fragen zusammengefasst (Ergebnis). Soweit nichts anderes geschrieben ist, bezieht sich die Abkürzung IVöB dabei bereits auf die neue IVöB 2019.

⁶ Vgl. Ziff. 2 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne; vgl. unten Rz. 64 ff.

⁷ Vgl. Ziff. 3 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne.

⁸ Vgl. Ziff. 4 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne.

⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB).

¹⁰ Vgl. Übersicht der Rechtsgrundlagen *de lege lata* und *de lege ferenda* ab Rz. 9 ff.; vgl. Übersicht und Beurteilung der einzelnen Varianten ab Rz. IV.2 ff.

¹¹ Vgl. unten Rz. 96 ff.

II. ALLGEMEINE RAHMENBEDINGUNGEN DES BESCHAFFUNGSRECHTS

1. Zweck und Rechtsgrundlagen

7 Das öffentliche Beschaffungsrecht oder Vergaberecht (synonym) enthält Vorschriften darüber, wie der «Staat» seine Einkäufe am Markt zu tätigen hat. Es handelt sich somit insbesondere um Vorgaben, wie er seinen Geschäftswillen rechtsstaatlich korrekt bilden und seine Lieferanten bzw. Leistungserbringer auswählen muss. Das Vergabeverfahren soll – unter Berücksichtigung des Zwecks des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. Art. 2 IVöB) – die transparente, nachvollziehbare, willkürfreie und objektiv begründbare Vergabe des öffentlichen Auftrags an einen (privaten) Leistungserbringer unter mehreren interessierten Anbietern gewährleisten.¹² Der Staat hat sich auch bei seinen Beschaffungen wettbewerbsneutral zu verhalten, in dem er die Ausschreibungen bzw. Beschaffungen produkt- und anbieterneutral definiert und den Auftragnehmer in einem fairen Verfahren auswählt.

8 Der Hauptzweck des Vergaberechts besteht darin, den wirtschaftlichen, effizienten Einsatz der öffentlichen Gelder sicherzustellen und – damit zusammenhängend – den wirksamen Wettbewerb zu fördern. Das revidierte Beschaffungsrecht ergänzt diese Ziele um die Nachhaltigkeit: öffentliche Beschaffungen müssen möglichst nachhaltig sein. Gleichzeitig müssen die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, die Transparenz und Fairness der Vergabeverfahren sowie – im internationalen Kontext – die Öffnung und Gewährung des gegenseitigen Zugangs zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten als Grundsätze beachtet werden.¹³

9 Massgebende Rechtsgrundlagen sind zunächst auf internationaler Ebene zwei Staatsverträge: das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA 1994)¹⁴ und das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB)¹⁵. Das GPA von 1994 wurde im Rahmen von lang andauernden Verhandlungen innerhalb der WTO *revidiert* und von den Vertragsstaaten im Jahr 2012 in der neuen Fassung beschlossen (GPA 2012)¹⁶. Das revidierte Übereinkommen sieht einen modernisierten, flexibilisierten, vereinfachten und klärenden Rechtsrahmen auf internationaler Ebene für die Gesetzgebungen zum öffentlichen Beschaffungswesen auf nationaler Ebene vor.

10 Auf nationaler Ebene sind für zentrale Verwaltungseinheiten des Kantons Bern, wie z.B. für das Amt für Grundstücke und Gebäude, in erster Linie das bernische Gesetz

¹² Vgl. JÄGER, Rz. 7.

¹³ Vgl. Art. 2 IVöB; JÄGER, Rz. 95; SCHNEIDER HEUSI, Nutshell, S. 3 f.

¹⁴ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 1994; AS 1996 609).

¹⁵ Bilaterales Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB; SR 0.172.052.68).

¹⁶ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012; SR 0.632.231.422).

über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)¹⁷ und die zugehörige Verordnung (ÖBV)¹⁸ massgebend. Für Aufgaben und Zuständigkeiten bei öffentlichen Beschaffungen der Kantonsverwaltung ist im Kanton Bern überdies die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens (OÖBV)¹⁹ zu beachten. Hinzu tritt auf der Ebene der Kantone die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2001)²⁰. Das Binnenmarktgesetz des Bundes (BGBM)²¹ enthält schliesslich bundesrechtliche Minimalvorgaben an kantonale und kommunale Beschaffungen. Diese übergeordneten Vorschriften sind, nach Massgabe ihres je spezifischen Geltungsbereichs, für die Auslegung oder bei Lücken in der bernischen Regelung heranzuziehen oder sogar direkt anwendbar. Im Übrigen müssen die kantonalen Vorschriften stets im Einklang und in Übereinstimmung mit dem Staatsvertragsrecht, dem Bundesrecht sowie der IVöB als Konkordat der Kantone ausgelegt und angewandt werden.

- 11 Das öffentliche Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone wurde im Jahr 2019 totalrevidiert und weitgehend harmonisiert. Im Zuge der Revision wurde das GPA 2012 in der nationalen Gesetzgebung umgesetzt und gleichzeitig die nationalen Vorschriften der Bundes- und Kantonebene möglichst weitgehend vereinheitlicht bzw. harmonisiert. Ergebnisse dieser Totalerneuerung sind das neue Bundesgesetz über die öffentlichen Beschaffungen (BöB)²², inkl. der ebenfalls revidierten Verordnung des Bundesrats über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)²³, sowie – für Beschaffungen von Auftraggebern der kantonalen und kommunalen Ebene – die neue IVöB 2019. Die revidierte IVöB tritt in Kraft, sobald dem Konkordat mindestens zwei Kantone beigetreten sind²⁴ und sodann für jeden Kanton jeweils mit seinem Beitritt. Die Beitritte der Kantone werden gestaffelt in den kommenden Monaten und Jahren erfolgen bzw. erwartet.²⁵ Im Kanton Bern hat der Grosse Rat den Beitritt zur IVöB in der März-Session 2021 grundsätzlich beschlossen, aber in Bezug auf den Rechtsmittelzug einen Vorbehalt angebracht. Dieser Vorbehalt wurde im Rahmen der zweiten Lesung aufrechterhalten und zudem eine subsidiäre Regelung in das Gesetz aufgenommen, falls ein Beitritt zur revidierten IVöB unter diesem Vorbehalt nicht möglich sein sollte.²⁶ Das neue Recht tritt für den Kanton Bern

¹⁷ Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2).

¹⁸ Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21).

¹⁹ Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens (OÖBV; BSG 731.22).

²⁰ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungsrecht vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 (IVöB 2001; AS 2003 S. 196 = Anhang I ÖBG).

²¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

²² Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1).

²³ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 12. Februar 2020 (VöB; SR 172.056.11).

²⁴ Art. 65 Abs. 1 IVöB.

²⁵ Mit Grossratsbeschluss vom 8. Februar 2021 ist der Kanton Appenzell-Innerrhoden als erster Kanton der neuen IVöB beigetreten. Vgl. Übersicht der Beitritte zur IVöB auf der Homepage der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz BPUK (abrufbar unter: <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019> [zuletzt besucht am 27. Mai 2021]).

²⁶ Vgl. die Übersicht zum neuen Beschaffungsrecht im Kanton Bern (abrufbar unter: <https://www.kaio.fin.be.ch/de/start/themen/oeffentliches-beschaffungswesen/neues-beschaffungsrecht.html> [zuletzt besucht am 8. September 2021]).

voraussichtlich im 1. Quartal 2022 in Kraft. Soweit nachfolgend die IVöB zitiert wird, ist damit die neue IVöB 2019 gemeint, wenn nichts weiteres steht.

2. Gegenstand und Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts

12 Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nur auf den sachlichen (objektiven) Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts. Der subjektive Geltungsbereich – welche öffentlichen Auftraggeber diesen Vorschriften unterstehen – bleibt ausgeklammert, weil er für die vorliegende Fragestellung nicht unmittelbar von Bedeutung ist. Es wird im Folgenden vorausgesetzt, dass öffentliche Auftraggeber Holz beschaffen, welche in den Geltungsbereich des Vergaberechts fallen.

2.1 «Make or Buy»-Entscheid; Ausgestaltungsfreiheit

13 Im Rahmen der Bedarfsverwaltung sorgt der Staat dafür, dass die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendigen Güter, Bau- und Dienstleistungen zur Verfügung stehen. Dazu hat der Staat grundsätzlich zwei Möglichkeiten, diese Leistungen und Güter zu beschaffen: Entweder er erbringt oder erzeugt sie selber oder aber er kauft sie am Markt von (privaten) Anbietern ein. Dieser auch «*Make or buy*» genannte Entscheid ist vergaberechtlich *nicht* geregelt.²⁷ Inwieweit Leistungen selber hergestellt oder bei Dritten bezogen werden, ist deshalb in erster Linie eine politische, verwaltungsorganisatorische und finanzhaushaltrechtliche Frage. Dieser Entscheid liegt grundsätzlich im freien Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.²⁸

14 Entscheidet sich der Auftraggeber für die Erteilung des Auftrags an Verwaltungseinheiten («make»), so ist kein Vergabeverfahren nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts durchzuführen. Diese Vorschriften greifen erst dann ein, wenn die Leistungen am Markt beschafft werden sollen («buy»), regeln aber auch Abgrenzungsfragen zum (staats-)internen Leistungsbezug.²⁹

15 Vergaberechtlich hat die Vergabestelle im Übrigen bei der Definition und Umschreibung des Beschaffungsgegenstands – was soll beschafft werden? Welche Projektteile werden wie ausgeschrieben? – grosses Ermessen und ist weitgehend frei (Grundsatz der Ausgestaltungsfreiheit). Die Bedarfsumschreibung und die Bezeichnung und Spezifikation des Beschaffungsgegenstandes sind kaum justiziabel.³⁰ Die Ausschreibung muss aber immerhin so konkret und genau erfolgen, dass die Anbieter überhaupt ein sachgerechtes Angebot ausarbeiten können. Zudem darf der Beschaffungsgegenstand nicht diskriminierend konzipiert sein, sodass kein wirksamer Submissionswettbewerb möglich oder gar ein bestimmter Anbieter faktisch

²⁷ Vgl. JÄGER, RZ. 4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ. 244.

²⁸ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ. 244.

²⁹ Vgl. JÄGER, RZ. 4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, RZ. 244.

³⁰ Vgl. z.B. VGer 100.2016.127/155 vom 30.6.2016; BVerfG B-4086 vom 12.8.2019, E. 4.3: Trotz Vergaberecht hat die Vergabestelle «gesicherte Handlungsspielräume».

bereits ausgewählt ist, z.B. indem die technischen Vorgaben auf eine bestimmte Anbieterin zugeschnitten sind.³¹

2.2 Unterstellte Aufträge

16 Nicht alle Vorgänge und Tätigkeiten, die ein öffentlicher Auftraggeber am Markt oder gegenüber (privaten) Dritten entfaltet, sind vergaberechtlich relevant. Dem öffentlichen Beschaffungswesen sind einzig die Vergabe von «öffentlichen Aufträgen» unterstellt.

17 Nach der gesetzlichen Definition in Art. 8 Abs. 1 IVöB ist ein öffentlicher Auftrag ein «Vertrag, der zwischen Auftraggeber und Anbieter abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch den Anbieter erbracht wird.» Die Regelung kodifiziert im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts.³² In besonderen Konstellationen dürfen sodann an sich unterstellte Aufträge gestützt auf Art. 10 IVöB ausnahmsweise ohne Beachtung des Beschaffungsrechts (vergaberechtsfrei) vergeben werden (z.B. an Strafanstalten und Institutionen des Behindertenwesens oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit). Diese Geltungsbereichsausnahmen haben keine spezifischen Bezüge zu Holzbeschaffungen, sodass vorliegend nicht weiter darauf eingegangen wird.

18 Die Art des Auftrags – Lieferaufträge zur Beschaffung von (beweglichen) Gütern, Bauaufträge (des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes), Dienstleistungsaufträge (vgl. dazu unten Rz. 28 ff.) – ist für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht massgebend; sie alle fallen unter das öffentliche Beschaffungsrecht, zumindest in den sog. Nichtstaatsvertragsbereich der IVöB (vgl. dazu sogleich Rz. 23).

2.3 Staatsvertragsbereich und Nichtstaatsvertragsbereich

19 Ist ein Auftrag dem Vergaberecht unterstellt, ist weiter zu unterscheiden, ob auf die konkrete Vergabe des öffentlichen Auftrags (auch) die Vorschriften der Staatsverträge im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (GPA und BAöB; vgl. dazu Rz. 9) zu beachten sind oder nicht. Die Vorgaben der Staatsverträge an die öffentlichen Beschaffungen der Mitgliedstaaten bilden den sog. Staatsvertragsbereich. Werden Auftragsvergaben von den Staatsverträgen nicht erfasst, fallen sie in den sog. Binnenbereich oder Nichtstaatsvertragsbereich des Beschaffungsrechts. Auf sie finden nur, aber immerhin, die Vorschriften der IVöB und des kantonal-bernerischen Beschaffungsrechts Anwendung.

³¹ Vgl. dazu und zum Grundsatz der Ausgestaltungsfreiheit: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N. 401 ff.

³² Vgl. etwa BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f., in: Pra 2000 Nr. 149 S. 884; BGE 141 II 113, in: Pra 2016 Nr. 36; SCHNEIDER HEUSI, Nutshell, S. 34 ff. m.w.H. auf die Rechtsprechung zu diesem Punkt.

- 20 Das GPA und das Bilaterale Abkommen definieren ihren Geltungsbereich anhand (i) der unterstellten, in länderspezifischen Anhängen bezeichneten Auftraggeber, (ii) der in Positivlisten aufgeführten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen³³ sowie (iii) anhand bestimmter Schwellenwerte, welche im Anhang 1 zur IVöB aufgeführt sind und periodisch überprüft und allenfalls angepasst werden.
- 21 Bei der Vergabe der für die vorliegende Fragestellung besonders interessierenden Bauaufträge ist für die Berechnung bzw. Beurteilung der Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich die sog. «Bauwerkregel» zu beachten. Danach sind im Vorfeld des Vergabeverfahrens die geschätzten Auftragswerte eines bestimmten Bauvorhabens zusammenzurechnen, auch wenn die einzelnen Arbeitsgattungen (ohne Verletzung des Zerstückelungsverbots) je einzeln ausgeschrieben werden (dürfen). Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk daher nicht die übliche Einzelbetrachtung massgebend, sondern jeweils der Gesamtwert aller Bauleistungen (Hoch- und Tiefbau). Bei Lieferungen und Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich sowie bei sämtlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist hingegen der jeweilige Wert der einzelnen Leistung entscheidend.³⁴ Ein gemischter Auftrag (z.B. ein Totalunternehmervertrag), der gemäss Art. 8 Abs. 3 IVöB insgesamt als Bauauftrag gilt, unterliegt vollständig der Bauwerkregel.³⁵
- 22 Überschreitet der Wert aller zusammengezählten Arbeitsgattungen eines Bauwerks den Schwellenwert von (zurzeit) 8,7 Millionen Franken, so fallen die Auftragsvergaben der betroffenen Leistungen unter die Staatsverträge. Aus Praktikabilitätsgründen besteht allerdings eine Ausnahme zur Bauwerkregel in Form der sog. «Bagatellklausel». Diese Ausnahme bringt eine Erleichterung für die Vergabe von Bauaufträgen, die je einzeln den Wert von zwei Millionen Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20 Prozent des Werts des gesamten Bauwerks nicht überschreiten.³⁶ Die als Bagatellfälle ausgeschiedenen Einzelaufträge fallen dann nicht mehr in den Staatsvertragsbereich, müssen aber nach den anwendbaren nationalen Vorschriften des Beschaffungsrechts in dem nach dem (Einzel-)Auftragswert massgebenden Vergabeverfahren vergeben werden. Dies bedeutet, dass für solche Bauaufträge die Einzelleistungen (je nach Wert der einzelnen Leistungen) allenfalls auch im Einladungsverfahren (welches die Staatsverträge nicht kennen) oder im freihändigen Verfahren vergeben werden können.³⁷ Dies ermöglicht, gezielt auf die Qualitätsanforderungen an die zu beschaffenden Produkte und Dienstleistungen

³³ Die unterstellten Aufträge bzw. Leistungen werden anhand internationaler Produktklassifizierungen genau bezeichnet: Central Product Classification CPC (der UNO; die zurzeit anwendbare Klassifikation wird noch als «provisorisch» bezeichnet) oder Common Procurement Vocabulary CPV (Gemeinschaftsvokabular der EU).

³⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 4 IVöB; Art. 7 Abs. 2 IVöB 2001; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 948; FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 16 N 21; Musterbotschaft IVöB, S. 53.

³⁵ FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 16 N 22.

³⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB 2001 bzw. 16 Abs. 3 IVöB; Musterbotschaft IVöB, S. 53.

³⁷ Vgl. FISCHER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 16 N 21.

Einfluss zu nehmen, um beispielsweise regionale Wertschöpfungsketten zu berücksichtigen, soweit dies die anwendbaren nationalen Vorschriften zulassen.³⁸

- 23 Im Staatsvertragsbereich gelangen besondere bzw. zusätzliche Vorschriften zur Anwendung, welche die staatsvertraglichen Ziele und Grundsätze, v.a. der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung von Anbietern mit Sitz im Ausland, umsetzen. Die Unterschiede zu rein binnenrechtlichen Beschaffungen sind in der Praxis indessen nicht sehr gross.³⁹ Wichtige Unterschiede liegen darin, dass Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs bis zu bestimmten Schwellenwerten im Einladungsverfahren durchgeführt werden können und das Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern⁴⁰ grundsätzlich nur im Staatsvertragsbereich gilt.⁴¹
- 24 Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass nach dem BAöB die Vertragsparteien dieses Staatsvertrags aufgefordert sind, ihre Beschaffungsstellen anzuhalten, Anbieter aus den anderen Vertragsstaaten auch bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte des Abkommens nicht diskriminierend zu behandeln (sog. «Best-endeavour»-Klausel; Art. 6 Abs. 3 BAöB). Allerdings handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine rechtlich nicht durchsetzbare Verpflichtung.⁴²

3. Grundsätze des Beschaffungsrechts

- 25 Bei Vergaben im Zusammenhang mit Holz besonders zu beachten ist der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. Dieser hat seinen Ursprung im Staatsvertragsrecht. Die Öffnung der Beschaffungsmärkte ist eine Frage des Marktzugangs zu den öffentlichen Aufträgen für möglichst alle interessierten Unternehmen, ungeachtet ihrer Herkunft und ohne Hindernisse oder Diskriminierungen.⁴³
- 26 Vergaberechtlich gilt deshalb eine umfassende Gleichbehandlungspflicht⁴⁴ mit im Wesentlichen drei Teilgehalten: Die Staatsverträge verpflichten die öffentlichen Auftraggeber, ausländische Anbietende gleich zu behandeln wie inländische (Grundsatz der Inländerbehandlung) sowie alle ausländischen Anbietenden untereinander gleich zu behandeln (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).⁴⁵
- 27 Doch selbst ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht ausgeschaltet. Zwar gelangt das Gleichbehandlungsgebot zwischen

³⁸ Vgl. KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 12.

³⁹ Vgl. dazu die Übersicht in SCHNEIDER HEUSI, Nutshell, S. 51; JÄGER, Rz. 88.

⁴⁰ Vgl. unten Rz. 27.

⁴¹ Vgl. JÄGER, Rz. 88; Botschaft BöB, S. 1910; KUNZ-NOTTER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 11 N 14.

⁴² Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 11.

⁴³ Vgl. JÄGER, Rz. 105.

⁴⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 3 Bst. b und Art. 11 Bst. a IVöB 2001 bzw. Art. 2 Bst. c und Art. 11 Bst. c IVöB.

⁴⁵ Vgl. auch Art. IV Ziff. 1 und 2 GPA; JÄGER, Rz. 106; KUNZ-NOTTER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 11 N 14.

in- und ausländischen Anbietern lediglich im Staatsvertragsbereich zur Anwendung.⁴⁶ Das Binnenmarktrecht (und die Bundesverfassung) verlangt aber die Gleichbehandlung inländischer Anbieter untereinander.⁴⁷ Die Bevorzugung von ortsansässigen Anbietern ist somit auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unzulässig.⁴⁸

4. Auftragsart und Wahl des Verfahrens

4.1 Auftragsarten

28 Das Vergaberecht unterscheidet verschiedene Auftragsarten, die einerseits für die Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich⁴⁹ und andererseits für die Schwellenwerte bzw. die Wahl des Vergabeverfahrens im Binnenbereich zu beachten sind. Zu unterscheiden sind die drei Auftragskategorien der Bau-, Liefer- und Dienstleistungen⁵⁰.

29 *Bauleistungen* umfassen alle Leistungen, die unmittelbar physisch zur Veränderung einer unbeweglichen Sache und damit dazu führen oder beitragen, dass ein Bauwerk (einschliesslich Baugrund) errichtet, verändert oder beseitigt wird. Die in den Staatsvertragsbereich fallenden Bauleistungen sind in einer Positivliste aufgeführt.⁵¹ Innerhalb der Bauleistungen unterscheidet die IVöB zusätzlich zwischen Aufträgen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes.⁵²

30 Bei einem *Lieferauftrag* handelt es sich um die Beschaffung von beweglichen Gütern (z.B. Schul- und Büromaterial, Fahrzeuge, IT-Hardware und Standardsoftware). Dem Begriff liegt ein weites Verständnis zugrunde.⁵³

31 *Dienstleistungen* bilden sodann gewissermassen eine Auffangkategorie für alle öffentlichen Aufträge, die weder als Bauleistungen noch als Lieferungen zu qualifizieren sind. Allerdings gilt es zu unterscheiden: Während bei öffentlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs dieser Auffangtatbestand uneingeschränkt wirkt, müssen Dienstleistungen innerhalb des Staatsvertragsbereichs auf der entsprechenden Positivliste⁵⁴ aufgeführt sein.⁵⁵

⁴⁶ Vgl. JÄGER, Rz. 88; Botschaft BöB, S. 1910; zur «Best-endeavour»-Klausel vgl. oben Rz. 26.

⁴⁷ Art. 1 und Art. 3 BGBM.

⁴⁸ Vgl. Urteil des BGer 2C_111/2018 vom 2. Juli 2019, E. 3.2.1; JÄGER, Rz. 107.

⁴⁹ Vgl. oben Rz. 19 ff.

⁵⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2 IVöB.

⁵¹ Vgl. GPA Annex I Anhang 5, BöB Anhang 1; MÜLLER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 N 50.

⁵² Vgl. IVöB Anhang 2; zur Unterscheidung zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 34.

⁵³ Vgl. MÜLLER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 N 52.

⁵⁴ Vgl. GPA Annex 4 Anhang I; BöB Anhang 3.

⁵⁵ Vgl. MÜLLER, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 8 N 55.

- 32 Bei einer Holzlieferung im Rahmen eines Bauprojekts ist es nach dem Gesagten möglich, lediglich die Holzlieferung als separaten Lieferauftrag auszuschreiben. Der Lieferauftrag wäre ab einem Auftragswert von CHF 350'000 dem Staatsvertragsbereich unterstellt.⁵⁶ Wird die Holzlieferung gemeinsam mit den Bauleistungen ausgeschrieben, so liegt ein gemischter Auftrag vor. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt in diesem Fall der finanziell überwiegenden Leistung⁵⁷ (d.h. in der Regel der Bauleistung, auch weil es grundsätzlich Sache des Bauunternehmens ist, die Baumaterialien und Baustoffe beizustellen), weshalb auf die Schwellenwerte für Bauleistungen abzustellen ist.

4.2 Verfahrensarten und Verfahrenswahl

- 33 Das Beschaffungsrecht kennt – im Sinne eines Numerus clausus – vier Arten von Vergabeverfahren: einerseits das offene und das selektive Verfahren und andererseits das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren. Diese Verfahren dürfen nicht miteinander vermischt werden. Mit anderen Worten ist es unzulässig, einzelne verfahrensspezifische Elemente der jeweiligen Verfahrensarten miteinander zu kombinieren, z.B. ein Einladungsverfahren zu beginnen und im weiteren Verlauf aber die Schritte eines selektiven Verfahrens zu verfolgen. Ebenso unzulässig ist die Schaffung anderer, eigener Verfahren, welche sie gesetzlich nicht vorgesehen sind. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Verfahrensarten nicht mit auftragspezifischen Elementen ergänzt werden dürfen. Grenze und Bedingung ist der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches der vier gesetzlich vorgesehenen Verfahren durchgeführt bzw. angewendet wird.⁵⁸
- 34 Das offene und das selektive Verfahren sind Ausschreibungsverfahren mit Publikation des Auftrags; jede interessierte Anbieterin kann ein Angebot bzw. einen Teilnahmeantrag einreichen.⁵⁹ Diese Verfahren versprechen demnach am meisten Wettbewerb. Demgegenüber sind das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren nicht öffentlich. Der Bieterwettbewerb ist eingeschränkt oder gar nicht vorhanden, weil die Vergabestelle nur einzelne Anbieter (Einladungsverfahren) oder sogar nur eine einzige Anbieterin (freihändiges Verfahren) zur Einreichung eines Angebots einlädt bzw. einladen kann und darf.⁶⁰ Das freihändige Verfahren für Aufträge mit geringen Auftragswerten ist zu unterscheiden von der freihändigen Verfahren von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte für das offene oder das selektive Verfahren; solche Aufträge dürfen nur ausnahmsweise direkt einer bestimmten Anbieterin vergeben werden (vgl. zu den Ausnahmen Art. 21 IVöB).
- 35 Die Wahl des anwendbaren Vergabeverfahrens richtet sich nach bestimmten, je nach Auftragsart unter Umständen unterschiedlichen Schwellenwerten.⁶¹ Die

⁵⁶ Vgl. IVöB Anhang 1.

⁵⁷ Vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB.

⁵⁸ Vgl. Art. 17 IVöB; Musterbotschaft IVöB, S. 53; SCHNEIDER HEUSTI, Nutshell, S. 59.

⁵⁹ Vgl. Art. 18 und 19 IVöB.

⁶⁰ Vgl. Art. 20 und 21 IVöB; JÄGER, Rz. 125.

⁶¹ Vgl. Art. 16 Abs. 1 IVöB.

Schwellenwerte gemäss Anhang 1 zur IVöB legen die Wahl des Verfahrens im Staatsvertragsbereich fest⁶². Zur Verfügung stehen hier grundsätzlich nur das offene und das selektive Verfahren sowie die, soeben erwähnte (Rz. 34), ausnahmsweise Möglichkeit der freihändigen Vergabe (von überschwelligen Aufträgen).⁶³ Im Binnenbereich gelten für die Verfahrenswahl die Schwellenwerte nach dem Anhang 2 zur IVöB.

III. NACHHALTIGES BAUEN MIT HOLZ

1. Begriff der Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen

36 Der Begriff «Nachhaltigkeit» erstreckt sich auch im öffentlichen Beschaffungswesen auf die drei bekannten und gebräuchlichen Dimensionen der nachhaltigen Entwicklung: Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales.⁶⁴

37 Die wirtschaftliche Dimension der Nachhaltigkeit stellt sicher, dass der Staat sorgsam mit dem ihm treuhänderisch anvertrauten Steuersubstrat umgeht. Dies bedeutet zunächst, dass qualitativ vergleichbare Leistungen dort zu beschaffen sind, wo sie am günstigsten angeboten werden. Der Preis einer Leistung (praktischerweise ermittelt über den gesamten Lebenszyklus) ist und bleibt ein zentraler Wettbewerbsparameter. Wirtschaftlichkeit ist indessen nicht gleichbedeutend mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weitere Parameter, deren Wahl im Ermessen der Auftraggeberin liegt, sind ebenso zu berücksichtigen.⁶⁵ Der Zuschlag soll somit dem insgesamt vorteilhaftesten Angebot erteilt werden (vgl. Art. 41 IVöB).

38 Die ökologische Dimension wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz definiert. Diese Gesichtspunkte können sehr weit gefasst sein, sei es durch Faktoren wie Energie-, Wasserverbrauch, Belastungen der Umwelt, Beeinträchtigungen der Biodiversität oder aber auch die Frage, wie umwelt- oder ressourcenschonend der Beschaffungsgegenstand hergestellt worden ist (Produktionsbedingungen). Generell müssen ökologische Kriterien aber vergaberechtlich einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand haben, damit sie zulässig sind.⁶⁶

⁶² Wie oben unter Rz. 21 dargelegt, sind diese Schwellenwerte im Übrigen auch für den Geltungsbereich des Staatsvertragsrechts massgebend.

⁶³ SCHNEIDER HEUSI, Nutshell, S. 61.

⁶⁴ Botschaft BöB, S. 1885 und 1943; TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 N 13; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25.

⁶⁵ Botschaft BöB, S. 1884; TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 N 14.

⁶⁶ Botschaft BöB, S. 1943; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25; Vgl. unten Rz. 45 ff.

39 Die soziale oder gesellschaftliche Dimension erlaubt es schliesslich, Arbeitsbedingungen u.ä., z.B. bei Fair-Trade Produkten, im Rahmen der Zuschlagskriterien besser zu bewerten. Die Vergabebehörde kann dabei in Anlehnung an die heutige Praxis auf anerkannte Zertifizierungssysteme abstützen.⁶⁷

2. Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in der Beschaffung

40 Mit der Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) soll ein «Paradigmenwechsel» im öffentlichen Beschaffungswesen bewirkt werden, hin zu einer Vergabekultur, welche die Qualität einer Leistung verstärkt berücksichtigt sowie Nachhaltigkeit und Innovation fördert und berücksichtigt. Neben der Harmonisierung will das neue Vergaberecht deshalb auch einen Kulturwandel weg von einem primär auf den Preis fokussierten Submissionswettbewerb hin zu mehr Qualitätswettbewerb bewirken. Dabei ist die Nachhaltigkeit ein wichtiger Qualitätsaspekt, der vermehrt in die Ausschreibungen integriert werden soll.⁶⁸ Der Grundsatz der Nachhaltigkeit ist deshalb ausdrücklich in der IVöB verankert:⁶⁹

- Nach der neuen *Zweckbestimmung* von Art. 2 IVöB bezweckt die Vereinbarung unter anderem «den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlichen, ökologischen und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel».⁷⁰
- Weiter ist die Nachhaltigkeit neu auch in Art. 29 Abs. 1 IVöB als mögliches *Zuschlagskriterium* vorgesehen.
- Ferner sieht Art. 30 Abs. 4 IVöB explizit vor, dass die Auftraggeberin technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen kann.⁷¹

41 Aufgrund der expliziten Erwähnung im Zweckartikel kann die Nachhaltigkeit ferner nicht nur bei den Zuschlagskriterien und bei den technischen Spezifikationen, sondern auch bei den zwingenden Teilnahmebedingungen sowie bei den Eignungskriterien berücksichtigt werden.⁷² Damit wird eine bereits bestehende, von vielen Vergabestellen schon bisher angewandte und in der Lehre unbestrittene Praxis der Förderung von ökologischer Nachhaltigkeit im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen gesetzlich verankert.⁷³

⁶⁷ Botschaft BöB, S. 1943; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 28.

⁶⁸ KBOB/BKB, Neue Vergabekultur, S. 2.

⁶⁹ Musterbotschaft IVöB, S. 24.

⁷⁰ Vgl. Art. 2 Bst. a IVöB.

⁷¹ Auch der revidierte Art. X Abs. 6 GPA erwähnt ausdrücklich die Realisierung umwelt- und ressourcenpolitischer Zielsetzungen.

⁷² KBOB/BKB, Neue Vergabekultur, S. 3.

⁷³ LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 30 N 5 und 25.

- 42 Aber auch nach dem geltenden (inter-)kantonalen Beschaffungsrecht (IVöB 2001) ist es unbestritten zulässig, der Qualität und Leistung von Beschaffungen einen hohen Stellenwert einzuräumen. Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der Definition des Bedarfs und des Beschaffungsgegenstands weitgehend frei (vgl. Rz. 13) und so können auch nach dem noch geltenden Recht Nachhaltigkeitsanforderungen an das Produkt bzw. die Leistung festgelegt werden. Nach der Praxis und der herrschenden Lehre setzt indessen die Berücksichtigung von anbieter- und leistungsunabhängigen Allgemeininteressen in Beschaffungsgeschäften eine gesetzliche Grundlage im anwendbaren (kantonalen) Vergaberecht voraus.⁷⁴
- 43 Auch in Bezug auf die Auswahlkriterien konnten und können unter dem geltenden Recht auch Nachhaltigkeitskriterien berücksichtigt werden, unter der Bedingung, dass die traditionellen, wirtschaftlichen Ziele des Vergaberechts nicht übermässig relativiert werden.⁷⁵ Im bernischen Vergaberecht kann eine gesetzliche Grundlage dafür in Art. 30 Abs. 3 ÖBV gesehen werden. Demnach können namentlich Aspekte wie Ökologie, Zweckmässigkeit, Ästhetik oder Infrastruktur bereits nach dem geltenden Recht als Zuschlagskriterien definiert werden.

3. Anwendung von Nachhaltigkeitskriterien

3.1 Voraussetzung des sachlichen Zusammenhangs

- 44 Voraussetzung zur Anwendung von Umwelt- und Sozialkriterien als Teilaspekte der Nachhaltigkeit ist stets – sowohl bei Zuschlagskriterien als auch bei technischen Spezifikationen – ein sachlicher Bezug zum jeweiligen Beschaffungsgegenstand. Die Vergabestelle muss zudem aufzeigen können, dass einerseits die Gewichtung der Nachhaltigkeitskriterien gegenüber den anderen Kriterien nicht zu hoch angesetzt ist, andererseits muss ein Nachhaltigkeitskriterium im Rahmen der Zuschlagsermittlung auch einen Ausschlag geben, ansonsten es wirkungslos bleibt und somit seine Eignung verliert, dem öffentlichen Interesse der Nachhaltigkeit Nachdruck zu verleihen.⁷⁶
- 45 Nachhaltigkeitskriterien beziehen sich auf die zu beschaffende Leistung oder auf die erwünschte Wirkung bei der Nutzung des Beschaffungsgegenstandes. Die Art und Weise der Produktion kann ebenfalls vorgeschrieben werden, solange die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Sie muss neu nicht mehr notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein bzw. sich in Eigenschaf-

⁷⁴ BGE 140 I 285 E. 7; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 917 m.w.H. Diese Forderung nach einer eigenständigen gesetzlichen Grundlage im kantonalen Beschaffungsrecht ist in der Lehre jedoch nicht unumstritten, vgl. HAUSER, AJP 2001, S. 1408 (zitiert nach GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 917 Fn. 1936 f.).

⁷⁵ DE ROSSA GISIMUNDO, S. 169.

⁷⁶ Vgl. STUCKI, Rz. 43.

ten des Produkts niederschlagen, sie muss aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts verändern (z.B. Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung, Tierprodukte aus artgerechter Haltung).⁷⁷

- 46 Unzulässig wäre es, von den Anbietern unabhängig vom Beschaffungsgegenstand ein allgemeines ökologisches Engagement zu fordern. Zulässig ist es aber, beispielsweise den Bau eines Gebäudes nach Minergie-Standard zu verlangen, den (maximalen) Stromverbrauch eines Produkts vorzugeben oder ausschliesslich biologisch produzierte Lebensmittel, Recycling-Papier oder aus Bio-Baumwolle gefertigte Kleider zu verlangen.⁷⁸
- 47 GALLI/MOSER/LANG/STEINER machen die Zulässigkeit solcher «vergabefremder» Kriterien bereits unter geltendem Recht davon abhängig, ob das betreffende Kriterium einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsgeschäft aufweist sowie davon, dass die Vergabestelle – im Einklang mit dem Transparenzgebot⁷⁹ – bereits in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen definiert hat, ob namentlich ökologisch motivierte Zuschlagskriterien zur Anwendung gelangen und wie diese bewertet werden.⁸⁰
- 48 Generell wohnt der Berücksichtigung nicht wirtschaftlicher Beschaffungsziele – sowohl nach neuem als auch nach dem geltenden Recht – regelmässig (und naturgemäss) die Gefahr inne, dass protektionistische Praktiken im Kleid legitimer Ziele Eingang in die Vergabepaxis finden. So «eignen» sich gerade ökologische Kriterien, wie die Einhaltung nationaler Umweltstandards oder die Fahrtdistanz, gut für die gezielte Bevorzugung inländischer Anbieter. Das GPA 2012 toleriert solche Praktiken, trotz Erwähnung und Stärkung ökologischer Ziele, aber nach wie vor nicht. Daher ist bei technischen Spezifikationen oder bei Zuschlagskriterien, die der Ökologie verpflichtet sind, – wie bereits erwähnt – stets zu prüfen bzw. zu begründen, ob diese Kriterien einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen. Falls Absicht oder Wirkung auf eine Beschränkung des Marktzutritts bzw. eine Diskriminierung ausländischer oder ortsfremder Anbieter hinauslaufen, greift die Berufung auf die Nachhaltigkeit einer Anforderung nicht. Dies ist insbesondere bei Bestimmungen zu Herstellungsverfahren, die ohne Wirkung auf das zu beschaffende Produkt bleiben, sorgfältig zu prüfen.⁸¹
- 49 Bei der Festlegung von technischen Spezifikationen und Zuschlagskriterien im Sinne der ökologischen Nachhaltigkeit ist somit vor allem im Staatsvertragsbereich

⁷⁷ Musterbotschaft IVöB, S. 25; Botschaft BöB, S. 1885 f.; TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht Art. 2 N 17; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25.

⁷⁸ LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 30 N 25.

⁷⁹ Art. 1 Abs. 3 Bst. c IVöB 2001.

⁸⁰ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 917.

⁸¹ Musterbotschaft IVöB, S. 25; Botschaft BöB, S. 1885 f.; TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht Art. 2 N 17; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht Art. 29 N 25 und Art. 30 N 26.

ein besonderes Augenmerk auf die Gleichbehandlung ausländischer Anbieterinnen zu richten.⁸²

3.2 Gestaltung der technischen Spezifikationen

50 Technische Spezifikationen dürfen – als sog. «Muss»-Anforderungen an das Produkt bzw. die Leistung – somit nach den vorangehenden Ausführungen nicht (gezielt) marktbeschränkend wirken und sie sind neutral abzufassen.⁸³ Die Vergabestelle hat zu vermeiden, dass ihre (ökologischen) Vorgaben auf einen bestimmten Anbieter oder mehrere bestimmte Anbieter zugeschnitten sind (versteckte Marktzugangsbeschränkung bzw. Wettbewerbsverzerrung). Eine Ausrichtung der Ausschreibung im Rahmen der technischen Spezifikationen auf einen bisherigen Auftragnehmer ist deshalb grundsätzlich ebenso unzulässig, wie die Vorgabe zur Verwendung bestimmter Produkte.⁸⁴ Wenn durch technische Spezifikationen ausländische Anbieterinnen faktisch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, so können diese Vorgaben der Ausschreibung ein unnötiges Handelshemmnis darstellen und deshalb aus staatsvertraglicher Sicht unzulässig sein.⁸⁵

51 Im Zusammenhang mit Holzbeschaffungen sind im Rahmen der technischen Spezifikationen insbesondere Labels und Zertifikate von grosser Bedeutung.⁸⁶ Diese sind weder in den aktuellen noch in den revidierten Vergabeerlassen explizit erwähnt oder geregelt. Ihr Einsatz als zulässiger Nachweis einer verlangten Eigenschaft oder Beschaffenheit des Produkts, insbesondere von Umwelanforderungen, ist aber aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Nachhaltigkeit⁸⁷ und der Möglichkeit, technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorzusehen⁸⁸, neu gesetzlich vorgesehen bzw. verankert.⁸⁹ Es ist deshalb inskünftig rechtlich gesichert zulässig, bei der Prüfung, ob Umwelanforderungen eingehalten werden, auf international anerkannte Labels und Zertifikate abzustellen, welche zur Umweltverträglichkeit oder zu Eigenschaften eines Produkts bzw. einer Dienstleistung eine qualitative Aussage machen. Dies aber immer unter der Voraussetzung, dass alternative und gleichwertige Nachweise zugelassen werden.⁹⁰ Diese Auffassung vertritt die Lehre grundsätzlich auch bereits unter dem bisherigen, geltenden Beschaffungsrecht.⁹¹

⁸² LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht Art. 30 N 26.

⁸³ SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 75; Art. 13 Abs. 1 Bst. b IVöB; Art. VI GPA 1994.

⁸⁴ SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 75.

⁸⁵ STUCKI, S. 3.

⁸⁶ Bei der Angebotsbewertung, d.h. im Rahmen der Zuschlagskriterien, sind Zertifikate ebenfalls taugliche und zulässige Nachweise, wenn sie die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ermöglichen und einen hinreichenden Wirtschaftlichkeitsbezug aufweisen.

⁸⁷ Art. 2 und 29 Abs. 2 IVöB.

⁸⁸ Art. 30 Abs. 4 IVöB; Art. X Abs. 6 GPA.

⁸⁹ SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 80.

⁹⁰ Botschaft BöB, S. 1946; Musterbotschaft IVöB, S. 72; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 30 N 25.

⁹¹ STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169; SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Rz. 75 f. und Rz. 80.

- 52 Es erscheint deshalb grundsätzlich unproblematisch, ist in der Lehre jedoch nicht ganz unumstritten⁹², dass technische Spezifikationen wie «FSC-Holz⁹³ oder gleichwertig» verlangt werden.⁹⁴ Nach der einhelligen Lehre ist es aber unzulässig, im Rahmen von technischen Spezifikationen die Herkunft von zertifiziertem Holz aus Schweizer Wäldern vorzuschreiben.⁹⁵ Dies wäre staatsvertragsrechtlich diskriminierend, weil ausländische Zulieferer benachteiligt werden. In- und ausländische Anbieter könnten sich zwar das Holz in der Schweiz beschaffen, sie hätten aber nicht mehr die Möglichkeit, ihre Zulieferer frei zu wählen, was der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Produkten widerspricht.⁹⁶

3.3 Gestaltung der Eignungskriterien und der Zuschlagskriterien

- 53 Die Eignungskriterien dienen der Selektion derjenigen Anbieter, welche in fachlicher, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht geeignet sind, den ausgeschriebenen Auftrag auszuführen, die somit namentlich wirtschaftlich leistungsfähig sind und die notwendigen fachlichen Qualifikationen aufweisen. Dabei kann die Vergabestelle fordern, dass die Anbieter anhand von Referenzprojekten zum Beispiel den Nachweis erbringen müssen, dass ihre Firma die erforderliche Kompetenz im Bereich des Holzbaus besitzt.⁹⁷
- 54 Unter der IVöB ist die Nachhaltigkeit zusätzlich ausdrücklich als mögliches Zuschlagskriterium verankert.⁹⁸ Die im Nachhaltigkeitsbegriff enthaltene Dimension der Ökologie wird dabei definiert durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz.⁹⁹ Diese Aspekte und entsprechend auch mögliche nachhaltige Zuschlagskriterien können sehr weit gefasst sein und gemäss den Ausführungen in der Musterbotschaft zur IVöB Faktoren wie Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen sowie Energie-, Wasserverbrauch oder Beeinträchtigung der Biodiversität beinhalten.¹⁰⁰ Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich ferner auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen.¹⁰¹ Für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte und ihre Prüfung kann sich der öffentliche Auftraggeber auch auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen.

⁹² TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001, S. 502 (zitiert nach STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169 Fn. 129).

⁹³ Vgl. dazu KBOB, Empfehlung 2012/1, S. 2 f.; ferner KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 10.

⁹⁴ STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169.

⁹⁵ STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169; KBOB, Empfehlung 2020/3, S. 1; TRÜEB, aBöB-Kommentar, N 15 zu Art. 21 aBöB (zitiert nach STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169 Fn. 128), spricht von einem «Einfallstor für protektionistische Massnahmen»; im gleichen Sinn GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 839.

⁹⁶ Vgl. KAUFMANN/WEBER, Gutachten, S. 6 f.

⁹⁷ Vgl. KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 12.

⁹⁸ Vgl. Art. 29 Abs. 1 IVöB.

⁹⁹ Musterbotschaft IVöB, S. 69; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25.

¹⁰⁰ Musterbotschaft IVöB, S. 69; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25.

¹⁰¹ Musterbotschaft IVöB, S. 69.

- 55 In den Ausführungen des Gesetzgebers zum Zweckartikel wird überdies erwähnt, dass bei der Anwendung von Umweltkriterien die Art und Weise der Produktion ebenfalls vorgeschrieben werden kann, solange die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Präzisierend wird darauf hingewiesen, dass die Produktionsweise nicht notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein muss; sie müsse aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts verändern (z.B. Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung, Tierprodukte aus artgerechter Haltung).¹⁰²
- 56 Es ist deshalb unproblematisch respektive sogar erwünscht, wenn dem Thema der Nachhaltigkeit durch die Auswahl und Gewichtung geeigneter Zuschlagskriterien verstärkt Rechnung getragen wird. Zulässig ist dabei insbesondere auch das Abstellen auf die Produktionsweise eines Produkts. So kann bspw. Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft – allenfalls überprüft durch das Label FSC oder gleichwertig – im Rahmen der Bewertung belohnt werden.¹⁰³ Ein nationales Label, wie z.B. Schweizer Holz HSA, darf in einer Beschaffung im Staatsvertragsbereich nicht alternativlos verlangt werden; es müssten gleichwertige Nachweise zugelassen oder auf ein internationales Label abgestellt werden.
- 57 Bei der Festlegung der massgeblichen Zuschlagskriterien nach geltendem Recht ist ebenfalls unbestritten, dass Umweltschutzaspekte (*ökologische Anforderungen* an die Eigenschaften eines Produkts bzw. einer Dienstleistung, wie bspw. Wärmedämmwert oder Schadstoffgehalt), welche sich *unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirken oder diese betreffen*, berücksichtigt und verlangt werden dürfen.¹⁰⁴
- 58 *Umstritten* unter dem bisherigen, geltenden Beschaffungsrecht ist dagegen, ob Zuschlagskriterien, welche die *Produktionsbedingungen* des nachgesuchten Beschaffungsgegenstandes bewerten, zulässig sind. Bei der Beschaffung von Holzschnitzeln zu Heizzwecken ist es gemäss einem älteren Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich demnach unzulässig, die Herkunft des Holzes aus einem «besonders naturnahen und artenreichen Waldbiotop» zugunsten des betreffenden Lieferanten zu berücksichtigen, weil es dabei um Gesichtspunkte des Herstellungsprozesses dieses Holzes gehe, was im Submissionsverfahren als sachfremdes Kriterium zu qualifizieren sei.¹⁰⁵ Dieses Urteil dürfte unter dem neuen Beschaffungsrecht überholt sein.
- 59 Eine andere, weniger restriktive Auffassung als das Zürcher Verwaltungsgericht vertreten GALLI/MOSER/LANG/STEINER bereits unter dem geltenden Beschaffungsrecht. Sofern Zuschlagskriterien, welche die ökologischen Aspekte der Produktionsbedingungen am Heimatstandort des Anbieters betreffen, geeignet seien, der

¹⁰² Musterbotschaft IVöB, S. 25; Botschaft BöB, S. 1885 f.; TRÜEB, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 2 N 17; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 25.

¹⁰³ STEINER, Nachhaltige Beschaffung, S. 169.

¹⁰⁴ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 941.

¹⁰⁵ Urteil des VGer ZH VB.1998.00369 E. 4 (zitiert nach GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 942).

Umsetzung des ins Auge gefassten Umweltschutzinteresses wirkungsvoll zu dienen und sofern diese Kriterien diskriminierungsfrei bzw. wettbewerbsneutral ausgestaltet sind, sei gegen ihre Berücksichtigung gerade auch im Lichte des BGBM nichts einzuwenden.¹⁰⁶ Zwar könnten für die Vergabebehörden tatsächlich oft praktische Schwierigkeiten bestehen, den Herstellungszyklus von Beschaffungsgegenständen überhaupt zu überprüfen, diese Schwierigkeit liessen aber, auch mit Blick auf die völkerrechtlichen Vorgaben, nicht den Schluss zu, die Berücksichtigung von umweltrechtlich motivierten Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit dem Herstellungsprozess des Beschaffungsgegenstandes sei grundsätzlich nicht zulässig.¹⁰⁷

60 In diesem Sinne geht auch STEINER davon aus, dass es unproblematisch ist, im Rahmen der Bewertung des Zuschlagskriteriums «Umweltverträglichkeit» Anbietern, welche einen grösseren Teil der Nachfrage aus nachhaltiger Forstwirtschaft anbieten, mit Extrapunkten zu belohnen.¹⁰⁸

61 Betreffend den *Transport- oder Anfahrtswegs* vertreten die Lehre und die Rechtsprechung zum geltenden Beschaffungsrecht die Auffassung, dass ein Abstellen auf dieses Kriterium nur dann zulässig ist, wenn es sachlich begründet werden kann. Dies trifft regelmässig zu, wenn die Transporte zum Auftragsgegenstand gehören, über längere Zeit andauern und verglichen mit dem gesamten Auftrag von erheblichem Umfang sind. Dabei kann auch das Emissionsverhalten der tatsächlich eingesetzten Fahrzeuge berücksichtigt werden. Erscheint der Transport hingegen nur als «Nebensache» der Beschaffung oder findet er nur wenige Male statt, wäre das Zuschlagskriterium unzulässig.¹⁰⁹ Es ist davon auszugehen, dass diese Auffassung auch unter dem neuen Beschaffungsrecht weitergilt.

IV. VERGABERECHTLICHE BEURTEILUNG DER EINZELNEN VARIANTEN

1. Übersicht und Vorbemerkungen

62 Vor dem Hintergrund der Auflagen des Grossen Rates und der Forderung der Holzbranche, für die Realisierung des Projekts Campus Biel/Bienne und generell bei kantonalen Aufträgen vermehrt einheimisches Holz zu beschaffen, hat das AGG fünf Varianten erarbeitet, deren Chancen/Risiken bewertet und diese Varianten den Gutachtern zur beschaffungsrechtlichen Beurteilung unterbreitet.¹¹⁰ Die Varianten werden nachfolgend jeweils kurz zu Beginn der Beurteilung zusammengefasst beschrieben.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch KBOB, Empfehlung 2020/3, S. 1.

¹⁰⁷ Vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 944 m.w.H.

¹⁰⁸ STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169.

¹⁰⁹ BGer 2P.342/1999 vom 31.05.2000 E. 4.a); BVGer B-5601/2018 vom 24.04.2019 E. 6.8.3 f.; BKB, Empfehlung nachhaltige Beschaffung, S. 9; LOCHER/OECHSLIN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. 29 N 27.

¹¹⁰ Vgl. Ziff. 2 des Faktenblatts Campus Biel/Bienne.

- 63 Für die Variantenbeurteilung ist aus beschaffungsrechtlicher Sicht von Bedeutung, dass es sich beim Projekt Campus Biel/Bienne um ein sehr grosses Bauprojekt mit Gesamtkosten von > CHF 250 Mio. handelt. Es soll voraussichtlich (erneut) als Totalunternehmerauftrag ausgeschrieben werden. Beschaffungsgegenstand sind somit alle Projektierungs- und Realisierungsleistungen zur Erstellung eines schlüsselfertigen Campus. Da das Gebäude überwiegend als Holzbau realisiert werden soll, hat das Baumaterial Holz eine zentrale Bedeutung. Es müssen ca. 50-55'000 m³ Rundholz (fest) beschafft werden. Dennoch ist die Holzbeschaffung nur ein Teilaspekt, der aus Sicht der realisierenden Unternehmen in die Kategorie der Baustoff-/Baumaterialbeschaffung fällt und üblicherweise wohl nicht im Fokus stehen dürfte. Auch die Nachhaltigkeit des Bauvorhaben bzw. der Beschaffung definiert sich nicht allein über den Baustoff, sondern schliesst viele unterschiedliche Faktoren ein. Die Eignungs- und Zuschlagskriterien werden deshalb so auszugestalten sein, dass die Nachhaltigkeit des Gesamtprojekts gewährleistet ist und eine sachgerechte Auswahl des Leistungserbringers erlauben, damit das Vergabeverfahren die geeignetste, «beste» Unternehmung für dieses Projekt hervorbringt. Die Holzbeschaffung kann in diesem Gesamtkomplex nicht signifikant gesteuert werden.
- 64 Vor diesem Hintergrund bestehen im Rahmen des Projekts Campus Biel-Bienne allein aufgrund der Grösse und Komplexität besondere Herausforderungen bei der Holzbeschaffung, welche unter Umständen bei kleineren Bauprojekten des Kantons nicht vorhanden sind, sodass dort die Verwendung einheimischen Holzes einfacher gefördert bzw. gesteuert werden kann, soweit dies beschaffungsrechtlich zulässig ist.

2. Variante 1: Inhouse-Beschaffung

- 65 Gemäss der Beschaffungsvariante 1 muss der Anbieter eine bestimmte Menge an kantonseigenem SFB-Holz ab Wegrand beziehen, verwenden und verbauen. Bei dieser Variante stellt somit der Kanton Bern als Bauherr und Auftraggeber den Baustoff zur Verfügung. Die bis «zum Wegrand» erforderlichen Arbeitsschritte kann der SFB selbst (inhouse) erbringen, sodass keine Ausschreibung erfolgen muss. Ziel dieser Variante ist es, auf diese Weise der Auflage Nr. 3 des Grossen Rates nachzuleben, wonach das Holz vom Kanton, wenn möglich, als Eigenleistung zur Verfügung gestellt werden soll.
- 66 Der SFB ist zuständig für die nachhaltige Bewirtschaftung des Staatswaldes und bildet Teil des in der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU) eingegliederten Amtes für Wald und Naturgefahren des Kantons Bern (AWN).¹¹¹
- 67 Die Vergabe von Aufträgen innerhalb desselben Rechtssubjekts, hier innerhalb des Kantons Bern, an eine eigene (verwaltungsinterne) Dienststelle fällt nicht unter das

¹¹¹ Art. 9 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (Organisationsverordnung WEU, OrV WEU; BSG 152.211.111).

öffentliche Beschaffungsrecht, da dieser Vorgang ohne Marktkontakt erfolgt und den Wettbewerb unter privaten Anbietern grundsätzlich nicht berührt («Make», nicht «Buy»¹¹²). In der geltenden interkantonalen respektive kantonalen Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen ist die Inhouse-Beschaffung nicht geregelt. Es handelt sich aber um eine Auffassung, die in Anlehnung an die Rechtslage sowie an die Praxis und Lehre in der EU¹¹³ und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auch in der Schweiz seit längerer Zeit vertreten wird.¹¹⁴ Gerichtsentscheide dazu gibt es in der Schweiz jedoch kaum. Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB 2019 schafft erstmals eine gesetzliche Grundlage für Inhouse-Beschaffungen, welche vom Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrecht ausgeklammert werden.¹¹⁵

- 68 Der Kanton Bern darf als Bauherr somit gestützt auf Art. 10 Abs. 2 Bst. c IVöB 2019 vergaberechtsfrei Holz beim SFB beziehen und der Zuschlagsempfängerin bzw. Vertragspartnerin die Verwendung dieses Baustoffes bei der Realisierung des Campus-Projekts in der Ausschreibung zwingend vorschreiben. Das beim SFB bezogene Holz fällt unter die «Inhouse »-Ausnahme; dessen Beschaffung innerhalb der Sphäre des Kantons Bern kann und darf gänzlich ausserhalb des Vergaberechts erfolgen. Die Vorgabe in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen, Baustoffe des Auftraggebers zu beziehen bzw. zu verbauen, ist als technische Spezifikation (Muss-Anforderung) zu qualifizieren, welche im Ausgestaltungsspielraum und im Ermessen des Kantons Bern als Auftraggeber liegt. Auch im TU-Vertrag wird die Beistellung dieses Baustoffes entsprechend zu regeln sein.
- 69 Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Variante 1 vergaberechtlich ohne weiteres zulässig und unbedenklich ist. Der Kanton Bern kann das benötigte Holz vergaberechtsfrei zunächst inhouse beim SFB beschaffen und dann über eine zwingende Anforderung dessen Bezug und Verwendung gegenüber dem Zuschlagsempfänger bzw. im TU-Vertrag für das Campus-Projekt vorschreiben. Dieser Vorgang ist sowohl unter neuem als auch unter dem noch geltenden Beschaffungsrecht zulässig.
- 70 Abgesehen vom Beschaffungsrecht gilt es anzumerken, dass bei dieser Variante allenfalls Gewährleistungsrisiken des Kantons als Lieferant des Baumaterials bestehen. So ist der Kanton in dieser Konstellation dafür verantwortlich, dass das Holz in der im Projekt benötigten Menge und in der richtigen bzw. notwendigen Qualität rechtzeitig im Bauablauf, welche durch den TU geplant und festgelegt wird, bereitsteht (vertragliche Haftung gegenüber dem TU). Ergeben sich diesbezüglich Mängel, Verzögerungen oder Logistikschwierigkeiten, so wird der TU die daraus

¹¹² Vgl. oben Rz. 15 ff.

¹¹³ Vgl. insbesondere Vergaberechtsrichtlinie RL 2014/24/EU und Sektorenrichtlinie RL 2014/25/EU.

¹¹⁴ Vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 39 f. Dazu ausführlich die Dissertation von MARTIN LUDIN. Vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 244 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1139 ff.

¹¹⁵ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1145 ff., 1151 f., 1175 ff. Insbesondere handelt es sich dabei auch nicht um freihändige (Direkt-)Vergaben nach dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. Art. 7 ÖBV).

entstehenden (Mehr-)Kosten auf den Kanton Bern überwälzen. Es sollten somit von Anfang an Ausweichszenarien bzw. Rückfalllösungen ausgearbeitet und in die Ausschreibung (z.B. als Optionen) aufgenommen werden für den Fall, dass das Holz wider Erwarten nicht in der gewünschten Menge, Qualität oder terminlich nicht passend bereitgestellt werden kann.¹¹⁶

3. Variante 2: Chain of Custody (Produktkettenzertifizierung)

71 Die zweite der geprüften Varianten sieht vor, dass das Holz vom SFB in den üblichen Holzverarbeitungsprozess abgegeben wird, ohne spezifische Bindung an das Campus-Projekt. Der SFB verkauft das kantonseigene Holz an seine normalen Kunden, in der Regel Sägewerke in der Schweiz. Sägewerke und Leimbauer in der Schweiz könnten dann im Hinblick auf das Campus-Projekt allenfalls Arbeitsgemeinschaften (ARGE) bilden, um Halbfabrikate aus SFB-Holz für den Campus Biel/Bienne herstellen und liefern zu können. Das AGG würde dem TU im Rahmen der Ausschreibung bzw. im Vertrag die Auflage machen, dass eine bestimmte Menge des verwendeten Holzes im Bau (ursprünglich) vom SFB stammen muss, wobei der TU über einen Chain-of-Custody-Nachweis belegen müssen, dass diese Anforderung eingehalten wurde. Zu diesem Zweck muss der TU die Holzhalbfabrikate bei den schweizerischen Holzverarbeitungsunternehmen oder einer von diesen gebildeten, welche SFB-Holz eingekauft haben, beziehen. Ziel dieser Variante ist es, im Rahmen der üblichen Produktionskette kantonseigenes Holz verwenden zu lassen, ohne dass der Kanton Bern dieses Holz direkt selber dem TU bereitstellen muss. Die Nutzung der bestehenden Verarbeitungsketten würde der Risikominimierung dienen.

72 Das revidierte Beschaffungsrecht verlangt eine stärkere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten. Bereits in der Projektdefinition kann die Vergabestelle Nachhaltigkeitsziele definieren. Auch steht es der Vergabestelle offen, die Bauweise, z.B. eine Holzbauweise, von Anfang an festzulegen. Einschränkungen auf ein Herkunftsland/-ort («SFB-Holz») bleiben aber auch nach neuem Beschaffungsrecht unzulässig. Dies gilt jedenfalls bei Aufträgen, die in den Geltungsbereich der Staatsverträge im Beschaffungswesen fallen, namentlich deren Auftragswerte über den Schwellenwerten des Einladungsverfahrens liegen und daher im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben sind. Nicht zuletzt ist davon auszugehen, dass es bei der Vorgabe einer Herkunftsbezeichnung für Holz auch an dem vorausgesetzten sachlichen Bezug zum Beschaffungsobjekt fehlt. Die Herkunft des Holzes ist allein kein Indikator für die Nachhaltigkeit; dieses Ziel ist vielmehr durch Vorgaben bzw. Nachweise an die Produktion bzw. das Produkte erreichbar, ohne dass auf die Herkunft des Holzes Bezug genommen werden muss.

73 Die Festlegung der Herkunft des Holzes («Schweizer Holz») ist bei öffentlichen Beschaffungen im Geltungsbereich der Staatsverträge unseres Erachtens deshalb

¹¹⁶ Vgl. auch KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 12; Lignum Compact 03-2021, S. 5 f.

nicht zulässig. Auch ausserhalb davon können Herkunftsvorgaben rechtswidrig sein, z.B. die Vorgabe «Berner Holz», soweit das Binnenmarktgesetz des Bundes (BGBM) greift. Es besteht dadurch die Gefahr der (faktischen) Bevorzugung inländischer bzw. kantonaler Anbieter oder umgekehrt der Diskriminierung von ausländischen bzw. ausserkantonalen Anbietern, was staatsvertrags- bzw. BGBM-widrig wäre.

- 74 Bei Auftragsvergaben im offenen oder selektiven Verfahren sind Einschränkungen auf ein Herkunftsland bzw. eine -region somit weder mit den geltenden noch den künftigen Anforderungen des öffentlichen Beschaffungsrechts vereinbar. Mehr Handlungsspielraum besteht bei Aufträgen, die im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben werden, sofern die Auftragswerte die Wahl dieser Vergabeverfahren erlauben. Darauf ist nachfolgend kurz einzugehen.
- 75 Bei Bauvorhaben bis zu einem Auftragswert von CHF 300'000.00, kann der Kanton Bern im Bauhauptgewerbe das freihändige Verfahren anwenden und den Auftrag direkt an einem von ihm mehr oder weniger frei bestimmten Anbieter vergeben; es bestehen kaum formale Verfahrensvorschriften. In diesem Rahmen kann er auch direkt Schweizer Holz oder gar SFB-Holz fordern. Auch im Einladungsverfahren (Auftragswert bis CHF 500'000.00) besteht für den Kanton ein gewisser Spielraum, indem er gezielt nur Anbieter einlädt, welche auf Schweizer Holz setzen, bspw. indem ein anerkanntes Label wie «Schweizer Holz» gefordert wird. Die Bezugnahme auf Holz aus Berner Wäldern wäre dagegen im Lichte des BGBM rechts- bzw. binnenmarktwidrig und nicht zulässig.
- 76 Die Möglichkeit zur Berücksichtigung von regionalen Wertschöpfungsketten besteht auch im Staatsvertragsbereich, sofern die erwähnte Bagatellklausel greift (Art. 7 Abs. 2 IVöB 2001 bzw. Art. 16 Abs. 4 IVöB). Demnach können Einzelleistungen bis CHF 2 Mio., welche gesamthaft nicht mehr als 20% des Gesamtwertes des Bauwerks ausmachen als Einzelleistungen (je nach Wert der einzelnen Leistungen) im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben werden. Bei Beschaffungen unter dieser Bagatellklausel ermöglicht es somit, gezielt auf die Qualitätsanforderungen an die zu beschaffenden Produkte und Dienstleistungen Einfluss zu nehmen, um beispielsweise regionale Wertschöpfungsketten zu berücksichtigen.¹¹⁷ Auch hier ist aber vorausgesetzt, dass die Schwelle zum offenen/selektiven Verfahren von CHF 500'000 nicht überschritten wird.

4. Variante 3: Beschaffung von nachhaltigem Holz mit Label

- 77 Diese vom AGG bevorzugte Variante 3 zielt darauf ab, dass das verbaute Holz aus nachweislich nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammen muss. Der Nachweis kann über anerkannte Labels wie «FSC» oder «PEFC» erfolgen. Das Label «Schweizer Holz» stellt einen gleichwertigen Nachweis für diese Anforderung dar, weil die

¹¹⁷ KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 12.

Schweizer Waldwirtschaft von Gesetzes wegen nachhaltig produzieren muss. Mit einer solchen Anforderung an den Baustoff in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen würde auch die Auflage Nr. 1 des Grossen Rates erfüllt, wonach das verbaute Holz aus nachweislich nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammen muss.

- 78 Verlangt die Vergabestelle die Einhaltung bestimmter Labels, muss sie den in den Angeboten beizubringenden Standard in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend genau beschreiben. Zudem müssen die Ausschreibungsbedingungen einen alternativen, gleichwertigen Nachweis zulassen. Im neuen Beschaffungsrecht ist der Einsatz von Labels wie «FSC» breiter abgestützt als bisher. Die Zulässigkeit solcher Labels setzt aber nach wie vor voraus, dass sie beschaffungstauglich sind und inhaltlich sinnvolle Aussagen zu den in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Anforderungen und Kriterien machen können. Dabei muss immer eine Konnexität zum Beschaffungsgegenstand gegeben sein und auch Labels dürfen nie dazu dienen, andere Zielsetzungen, wie z.B. Protektionismus, Abschottung, Bevorzugung oder Diskriminierung, zu verfolgen.
- 79 Als gleichwertiger Nachweis für nachhaltiges Holz kann neben dem «FSC»-Label auch auf das Label «Schweizer Holz» abgestellt werden. Es wäre demgegenüber unzulässig, ausschliesslich den Nachweis in Form des Labels «Schweizer Holz» zu fordern. Unter Beachtung dieser Rahmenbedingungen ist die Variante 3 sowohl nach geltendem als auch nach neuem Beschaffungsrecht zulässig.

5. Variante 4: Stärkere Berücksichtigung von ökologischen Aspekten

- 80 Nach der Variante 4 sollen die ökologischen Aspekte in einer Beschaffung stärker als bisher berücksichtigt werden, z.B. durch den Einsatz des KBOB-Holzrechners, der die Umweltauswirkungen (Umweltbelastungspunkte anhand der Herkunft resp. Transportwege) vergleicht. Die Ergebnisse daraus könnten allenfalls als Zuschlagskriterium mitbewertet werden. Ziel dieser Variante ist die Umsetzung der Auflagen Nr. 1 und Nr. 2 des Grossen Rates (Stärkere Berücksichtigung der Nachhaltigkeit).
- 81 Nach dem revidierten Beschaffungsrecht sind die öffentlichen Beschaffungen dem Ziel der Nachhaltigkeit verpflichtet (vgl. Art. 2 Bst. a IVöB). Diesem Ziel kann oder muss sogar durch die Auswahl und Gewichtung geeigneter Kriterien verstärkt Rechnung getragen werden, wenn dies aufgrund der Art der Leistung möglich ist und nicht zu einer übermässigen Einschränkung des Wettbewerbs führt. Nachhaltigkeitskriterien dürfen mit anderen Worten nach wie vor nicht protektionistischen Zwecken dienen.¹¹⁸ Die Verwendung von Vergabekriterien, welche die Nachhaltigkeit, auch die ökologische Nachhaltigkeit, betreffen, ist grundsätzlich zulässig, wenn sie einen Sachzusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen.

¹¹⁸ Vgl. dazu oben insbesondere Rz. 24 f. und Rz. 43 ff.

Nach der Beschaffungspraxis gestützt auf das geltende Recht besteht demgegenüber noch ein stärkerer Fokus auf die wirtschaftlichen Zuschlagskriterien (insb. den Preis). Allerdings kann die Vergabestelle bereits nach geltendem Recht auf eine verstärkte Berücksichtigung von ökologischen Aspekten und Qualitätskriterien setzen (vgl. Art. 30 ÖBV), was je nach Vergabestelle, Vergabekultur und Auftrag durchaus auch bislang teilweise so gelebt wird.

- 82 Mit dem neuen Recht soll ein «Paradigmenwechsel» im öffentlichen Beschaffungswesen eingeleitet werden, hin zu einer verstärkten Beachtung und Förderung der Nachhaltigkeit, Innovation und Qualitätswettbewerb. Die IVöB 2019 setzt auf diese neue Vergabekultur, welche weg vom Preiswettbewerb hin zu mehr Qualitätswettbewerb will. Dabei ist die Nachhaltigkeit eines klaren Beschaffungsziel und ein wichtiger Qualitätsaspekt, der vermehrt in die Ausschreibungen integriert werden soll und kann. So wurden die Zuschlagskriterien in Art. 29 Abs. 1 IVöB durch eine Reihe von neuen Kriterien ergänzt, die den angestrebten Paradigmenwechsel unterstreichen (Nachhaltigkeit, Lebenszykluskosten, Lieferbedingungen, Kreativität oder Innovationsgehalt). Es ist deshalb aus rechtlicher Sicht unproblematisch bzw. sogar geboten, wenn ökologische Aspekte, die einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsobjekt aufweisen, im Rahmen der Angebotsbewertung verstärkt berücksichtigt werden. Das neue Vergaberecht entspricht deshalb grundsätzlich in der Stossrichtung der Anliegen des Grossen Rates, wie sie in den Auflagen zum Campus-Projekt zum Ausdruck kommen, wobei der vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz nach wie vor gilt und nicht etwa abgeschwächt wurde.
- 83 Für die Bewertung der ökologischen Nachhaltigkeit von Transportleistungen im Vergabeverfahren kann auf die Lebenszykluskosten oder die Ökobilanz der Transportleistung abgestellt werden. Ebenfalls kann es zweckmässig erscheinen, auf die geografische Verteilung der Lieferketten der Anbieterinnen oder eine pauschalisierte Berechnung der Umweltauswirkung abzustellen. Als Hilfsmittel können die «Mobitool-Faktoren»¹¹⁹, der «Holzrechner»¹²⁰ oder vergleichbare Tools dienen, um die Umweltauswirkungen der Herstellung, des Transports und der Entsorgung von Holz und Holzwerkstoffen zu quantifizieren.¹²¹ Zur Übersicht über mögliche «Hotspots» in den Lieferketten oder einen Überblick über die Umweltfussabdrücke in jeder Lebenszyklusphase einer zu beschaffenden Leistung, lohnt sich ein Blick in den Umweltatlas oder auf die Relevanzmatrix. Im öffentlichen Beschaffungswesen des Kantons Uri hat sich dabei die Berücksichtigung der sogenannten «Tonnenkilometer» als transportbezogenes Zuschlagskriterium etabliert.¹²²
- 84 Die Berücksichtigung von ökologischen Aspekten kann aus vergaberechtlicher Sicht allerdings dann problematisch bzw. unzulässig sein, wenn kein hinreichender sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand besteht oder wenn für die Beschaffung

¹¹⁹ Abrufbar unter <www.mobitool.ch/de/tools-18.html>.

¹²⁰ Abrufbar unter <www.treeze.ch/de/rechner>.

¹²¹ KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 11.

¹²² BURKHALTER, Rz. 24.

von Holz primär – allenfalls auch auf dem «Umweg» bzw. durch «Vorschieben» der hiervoor erwähnten Tools – auf den Transportweg abgestellt wird bzw. kurze Transportwege übermässig belohnt werden. Das Kriterium der Transportwegen und Transportdistanzen muss vergaberechtlich als heikel qualifiziert werden, weil ihm potenziell diskriminierende Wirkung inhärent ist. Dies jedenfalls dann, wenn hierfür eine sachlich nachvollziehbare Begründung fehlt und es nahe liegt, dass mit diesem Kriterium die einheimischen Anbieter bevorzugt werden sollen. Bei der Beschaffung von Holz dürften die Transporte in der Regel nebensächlich sein bzw. nur wenige Male erfolgen zwecks Lieferung des Holzes, weshalb das Abstellen einzig auf den Transportweg unzulässig wäre.

- 85 Die Variante 4 ist nach geltendem und auch nach neuem Beschaffungsrecht grundsätzlich zulässig, wenn sie in der konkreten Beschaffung richtig eingesetzt wird, d.h. mit einer objektiven, projektbezogenen Begründung nachvollziehbar ist und nicht faktisch die ortsansässigen Anbieter bevorzugen soll. Die Zuschlagskriterien müssen einen Sachzusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen (Holz als Baumaterial bei gewählter Holzbauweise). Dabei ist auch zu bedenken, dass die Zuschlagskriterien bei der Vergabe eines TU-Auftrags kaum schwergewichtig auf das Holz als Baumaterial ausgerichtet sein können, sondern z.B. die Nachhaltigkeit der Bauweise bzw. der Baute insgesamt (z.B. Bau *und* Betrieb) beurteilen müssen. Dabei kann auch die Herkunft und Herstellung des Holzes mitberücksichtigt werden, jedoch werden sie naturgemäss nur einen Aspekt der Nachhaltigkeit unter vielen bilden und somit nicht zum ausschlaggebenden Kriterium für die Auftragsvergabe bzw. für die Bewertung und Auswahl des besten Angebots werden.

6. Variante 5: Schweizer resp. Holz aus dem Kanton Bern als Eventualposition oder Option

6.1 Einseitige Änderungsrechte des Bestellers

- 86 Mit dieser Variante 5 soll erreicht werden, ob Schweizer und/oder Berner Holz als Eventualposition oder Option ausgeschrieben werden kann. Der Zuschlag würde aufgrund der Hauptposition (Holz ohne nähere Herkunftsbezeichnung bzw. mit einer allgemeinen Nachhaltigkeitsanforderung) erfolgen. Nach dem Zuschlag kann der Kanton Bern – nach Massgabe der Ausschreibungsbedingungen und des Vertrags – auf die Eventualposition wechseln, sofern der Anbieter auch damit noch immer in der Bewertung vorne liegt oder es kann die Option zur Ausführung gewählt werden. Ziel dieser Variante ist es, den Auflagen Nr. 2 und Nr. 3 des Grossen Rates nachzuleben.
- 87 Als Option gilt beschaffungsrechtlich die Möglichkeit zur Leistungserweiterung oder sonstigen Leistungsänderung, welche der Auftraggeber einseitig nach eigener Wahl wahrnehmen kann oder nicht (Gestaltungsrecht). Die Option wird in die Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen sowie in den Vertrag aufgenommen

und dadurch der Marktgegenseite von Anfang an transparent gemacht. Der Auftragnehmer bzw. Zuschlagsempfänger muss die Ausübung des Wahlrechts des Auftraggebers akzeptieren und in der Folge die gewählte Leistung erbringen oder – bei Verzicht auf die Ausübung der Option – dieses Teil des Angebots nicht ausführen.

- 88 Eine Eventualposition wiederum ist eine Option (d.h. eine Leistungserweiterung oder sonstige Leistungsänderung), deren Eintritt bzw. Wahl auch von anderen Umständen abhängen kann als nur vom Willen des Auftraggebers (z.B. von äusseren Umständen, etwa der Bewilligungsfähigkeit). Bei Leistungen als Eventualpositionen ist es gleichgültig, ob von ihnen nach Massgabe des konkreten Vertrags durch einen Entscheid des Auftraggebers, des Unternehmers oder aufgrund anderer Umstände Gebrauch gemacht wird bzw. werden kann.¹²³
- 89 Von der Option und der Eventualposition zu unterscheiden ist die Alternativposition. Sie hat mit der Option gemeinsam, dass die Vertragspartei, welche das Wahlrecht hat, grundsätzlich die freie Wahl hat, d.h. sie kann unabhängig vom Willen der anderen Partei entscheiden, ob die primär vorgesehene Leistung oder aber die vorgesehene Alternative erbracht werden soll. Indessen unterscheidet sie sich insofern von der Option, als dass die Alternativposition – wie der Name sagt – an die Stelle einer anderen Leistung tritt und diese somit nicht nur erweitert, sondern ersetzt.¹²⁴
- 90 Im vorliegenden Zusammenhang ist davon auszugehen, dass es sich bei der ange-dachten Möglichkeit, dass der Kanton Bern unter dem TU-Vertrag oder generell einem Bauwerkvertrag von der Hauptposition «Holz ohne nähere Herkunftsbezeichnung» auf «Schweizer Holz» oder gar «Berner Holz» wechseln kann, nicht um eine Option oder Eventualposition, sondern um eine Alternativposition handelt. Durch einseitige Gestaltungserklärung des Kantons Bern wird der primär aus-geschriebene Baustoff einer bestimmten Art bzw. Herkunft durch einen Baustoff an-derer Art bzw. Herkunft ersetzt. Es handelt sich mithin um eine Alternative und nicht um eine Leistungserweiterung, auch wenn die Alternativposition mit Mehr-kosten verbunden sein kann.

6.2 Ausgestaltung der Alternativposition

- 91 In Bezug auf die Alternativposition bezüglich der Holzbeschaffung muss zunächst geklärt werden, ob diese Leistungsposition in der Ausschreibung als zwingende Anforderung auszugestalten wäre, d.h. ob von den Anbietern im Rahmen der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen zwingend verlangt würde, auch die Alternativposition zu offerieren.
- 92 Vergaberechtlich liegt die Aufnahme und Ausgestaltung der Alternativposition im Leistungsverzeichnis grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Somit kann

¹²³ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2239 ff.

¹²⁴ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2241.

der Kanton Bern entscheiden, ob die Anbieter die Alternativposition zwingend zu offerieren haben oder diese Position der Angebotsfreiheit der Anbieter überlassen werden soll. Der zweite Fall – fakultatives Angebot der Alternativposition – hat aber Nachteile in der Sache und birgt rechtliche Risiken, sodass davon abzuraten ist. Zum einen hat der Kanton Bern unter Umständen keine Wahlmöglichkeit, wenn der Anbieter mit dem besten Angebot die Alternativposition nicht angeboten hat; die Möglichkeit zum Wechsel auf Schweizer Holz wäre damit mehr oder weniger dem Zufall im Einzelfall überlassen. Beschaffungsrechtlich ergibt sich überdies das Problem der Vergleichbarkeit der Angebote, welches kaum zu lösen ist, wenn den Anbietern freigestellt wird, ob sie die Alternativposition anbieten oder nicht. Daraus können sich auch Beschwerderisiken ergeben, je nach Konstellation bzw. Auswahl und Lage im Einzelfall. Aus diesen Gründen muss faktisch die Alternativposition zwingend eingefordert werden, damit die Angebote auf gleicher Basis verglichen und bewertet werden können, zumindest dann, wenn diese Alternativposition nicht nur einen unbedeutenden Leistungsteil im Rahmen des Gesamtprojekts darstellt und der Wechsel auf diese Position ernsthaft zur Diskussion steht.

- 93 Ist die Alternativposition im Leistungsverzeichnis zwingend anzubieten, müssen Anbieter, welche die Alternative Schweizer bzw. Berner Holz nicht offerieren und somit ein unvollständiges Angebot einreichen, aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden;¹²⁵ ihr Angebot würde demnach für die weitere Bewertung nicht mehr berücksichtigt. Haben entgegen den Ausschreibungsbedingungen sämtliche oder alle bis auf einen Anbieter auf ein Angebot zur Alternativposition verzichtet, so könnte das Verfahren allenfalls unter Fallenlassen der Alternativposition fortgeführt werden, was aber vergaberechtlich heikel und im konkreten Einzelfall sorgfältig zu prüfen wäre.
- 94 Für ausländische Anbieter, die kein Schweizer bzw. Berner Holz offerieren können oder wollen, steht bei einer solchen Ausgestaltung der Alternativposition die Möglichkeit offen, einen Ausschluss mit dem Argument der Verletzung des Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes gerichtlich anzufechten. Diese vergaberechtlichen Grundsätze gelten auch für Optionen bzw. Eventual- und Alternativpositionen.¹²⁶ Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch unter einer Alternativposition nur Anforderungen zulässig sind, welche es auch als Hauptpositionen wären. Es kann grundsätzlich auf die Ausführungen zu den Varianten 2-4 verwiesen werden. Auch bei einer Alternativposition gilt somit, dass innerhalb des Staatsvertragsbereichs die Forderung von Schweizer Holz unzulässig wäre, da ohne nachgewiesenen sachlichen Zusammenhang auf einen Herkunftsort abgestellt wird. Gleiches gilt für die Forderung von Berner Holz, welche im Widerspruch zum Binnenmarktgesetz des Bundes stünde.

¹²⁵ Vgl. Art. 34 und 44 Abs. 1 Bst. b IVöB.

¹²⁶ Vgl. oben Rz. 91.

6.3 Bewertung der Alternativposition

- 95 Um den geschilderten Schwierigkeiten auszuweichen, ist die vom AGG skizzierte Idee zu prüfen, ob zwar die Alternativposition zwingend gefordert, im Rahmen der Angebotsbewertung aber auf deren Bewertung verzichtet werden könnte.
- 96 Die Frage, ob eine Alternativposition zwingend auch bewertet werden muss, wird in der Rechtsprechung und Vergaberechtslehre kaum diskutiert. Namentlich von BEYELER wird die Auffassung vertreten, dass alle Leistungen, die mit dem Zuschlag vergeben werden sollen und deren Realisierung nicht gänzlich unwahrscheinlich ist, aus vergaberechtlichen Gründen auch bewertet werden müssen. Dies gelte für Optionen sowie für Eventual- und Alternativpositionen.¹²⁷ Diese Auffassung wird damit begründet, dass ansonsten – falls keine Bewertung dieser Positionen stattfindet – ein wichtiger vertraglicher Mechanismus mit Auswirkungen auf Leistung und Vergütung ausgeblendet würde, der einen wesentlichen Aspekt der Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Offerte repräsentiere.¹²⁸ Die Bewertung solcher Positionen wird nicht zuletzt auch damit begründet, dass der Anbieter ansonsten die Möglichkeit hat, im Rahmen seines Angebots den Preis für die Alternative künstlich zu erhöhen, ohne den Rang seiner Offerte im Preisvergleich zu gefährden (sog. Margenspekulation).¹²⁹
- 97 Anderer Auffassung sind demgegenüber GALLI/MOSER/LANG/STEINER, die davon ausgehen, dass solche Positionen in der Regel nicht in die Angebotssumme miteinfließen und deshalb auch nicht bewertet werden müssen.¹³⁰ Diese Auffassung ist aber abzulehnen, zumindest wenn es um Alternativpositionen geht, welche im Projekt nicht eine klar untergeordnete Bedeutung haben. Die Nichtbewertung von Alternativpositionen widerspräche diesfalls dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, besonders wenn die Ausführung der jeweiligen Position – wie im Projekt Campus Biel-Bienne – wahrscheinlich oder gar sicher ist und sich die Position im Ausführungsfall wesentlich auf die Gesamtvergütung auswirkt. Alternativpositionen sind deshalb nach Massgabe ihrer ungefähren Ausführungswahrscheinlichkeit in die Preisbewertung miteinzubeziehen.¹³¹ Wird die Alternativposition nicht bewertet, so besteht entsprechend das Risiko, dass der Zuschlag aufgrund einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots angefochten werden könnte. Die Erfolgsaussichten einer solchen Beschwerde lassen sich angesichts der wenig gefestigten Rechtslage nicht zuverlässig abschätzen.

¹²⁷ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2238 und 2282; ebenso BRAZEROL, Rz. 108; in diesem Sinne wohl auch KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 12.

¹²⁸ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2241

¹²⁹ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2282.

¹³⁰ Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 681; vgl. auch Urteil Appellationsgericht Basel-Stadt VD.2014.79 vom 28.07.2014 E. 2.3.1.

¹³¹ Vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2241; BRAZEROL, Rz. 160.

- 98 Schliesslich gilt auch für die Bewertung von Alternativpositionen, dass die Vergabebehörde an die Verfahrensgrundsätze und namentlich den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist.¹³² Herkunftsbezogene und somit ausländische Anbieter diskriminierende Leistungsanforderungen bzw. Zuschlagskriterien wären deshalb auch als Alternativpositionen, insbesondere im Staatsvertragsbereich, nicht zulässig. Der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang auch auf das Transparenzprinzip hinzuweisen. Danach muss die Vergabebehörde im Zeitpunkt der Ausschreibung die Bewertung der Alternativpositionen ankündigen. Mitunter wird auch verlangt, dass die Annahmen zur Ausführungswahrscheinlichkeit offengelegt werden.¹³³
- 99 Im gleichen Zusammenhang gilt es zu beachten, dass ausländische Anbietende bei der Bewertung der Angebote bezüglich der Hauptposition und der Alternativposition nicht indirekt diskriminiert bzw. inländische Anbietende faktisch bevorzugt werden. Die Anbieter müssen im Leistungsverzeichnis beide Positionen anbieten, was für ausländische Anbieter allenfalls mit der Schwierigkeit verbunden ist, dass sie Schweizer Holz nur zu teureren Preisen beschaffen können als Anbieter mit Sitz (und Bezugskanälen) in der Schweiz, sodass sie unter dieser Position preislich zum vornherein schlechter bewertet werden. Zur Vermeidung allfälliger faktischer Marktzugangshürden ausländischer Anbieter schlägt das AGG vor, in den Ausschreibungen klarzustellen, dass bei der Haupt- und der Alternativposition jeweils nur der günstigere der beiden Preise in der Angebotsbewertung berücksichtigt wird. Dies erscheint als geeignete Massnahme. Nur im wohl theoretischen Fall, dass die Preise für Schweizer Holz tiefer sein sollten als für ausländisches (nachhaltiges) Holz könnte auch in diesem Fall eine versteckte indirekte Diskriminierung verbunden sein.

6.4 Fazit

- 100 Die Variante 5 erscheint vor allem bei Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs eine mögliche Vorgehensweise. Die Ausgestaltung der Ausschreibung mit Optionen und Eventual- oder Alternativpositionen liegt grundsätzlich im Ermessen und in der Freiheit der Vergabestelle. Dabei handelt es sich letztlich um formale Abstufungen respektive unterschiedlich bedingte Offertpositionen. Materiell können aber auch diesbezüglich nur Anforderungen zulässig sein, welche es auch als Hauptpositionen wären. Die Zulässigkeitsbeurteilung ergibt sich somit aus den Ausführungen zu den Varianten 3 und 4.

¹³² Vgl. oben Rz. 91.

¹³³ Vgl. BRAZEROL, Rz. 160; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, N 681.

V. KOMBINATIONEN UND ALTERNATIVEN

1. Kombination(en) der Varianten 3-5

101 Die zuvor beschriebenen Varianten 1-5 lassen sich grundsätzlich untereinander kombinieren. Im Vordergrund steht dabei, die Beschaffung von nachhaltig produziertem Label-Holz (Variante 3) als Hauptposition zu fordern, allenfalls unter verstärkter Berücksichtigung von ökologischen Aspekten (Variante 4), kombiniert mit einer Alternativposition von Schweizer (Variante 5).

102 Im Rahmen von Kombinationen von Varianten gelten natürlich die rechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der einzelnen Varianten weiterhin, daran ändert deren Verbindung nichts. Zu betonen ist, dass die Zulässigkeit einer allfälligen Eventualposition oder Option von «Schweizer Holz» gemäss Variante 5 insbesondere davon abhängt, ob das konkrete Ausschreibungsverfahren in den Staatsvertragsbereich fällt (mit ausländischen Anbietern und daher vergaberechtlich unzulässig) oder nicht (lediglich inländische Anbieter, keine Diskriminierung). Eine herkunftsbezogene Einschränkung auf «Berner Holz» erscheint dagegen auch im Binnenverhältnis problematisch.

2. Beschaffung von Rahmenverträgen für Holzlieferung in Form einer «Vorsubmission»

103 Das *de lege ferenda* in Art. 25 IVöB geregelte Instrument des Rahmenvertrags gibt der Vergabestelle mehr Flexibilität bei längerfristig wiederkehrenden Leistungsbezügen, hier von Holzlieferungen, für künftige kantonale Hochbauprojekte. Der spätere Abschluss eines Einzelvertrags (Abruf) erfolgt nach den Vorgaben der Vergabestelle in der Ausschreibung und im Rahmenvertrag über die dort definierten Leistungen. Dies ermöglicht der Vergabestelle rasche und bedarfsgerechte Leistungsbezüge. Eine «Bündelung» von Leistungen führt häufig auch preislich zu besseren Konditionen.

104 Der Rahmenvertrag ist in den üblichen vergaberechtlichen Verfahren zu vergeben und es gilt die gleichen vergaberechtlichen Vorgaben zu beachten. Massgebend zur Bestimmung der anwendbaren Verfahrensart ist der voraussichtliche (Gesamt-) Auftragswert des Rahmenvertrags. Angesichts des relativ tiefen Schwellenwerts bei Lieferaufträgen (CHF 350'000.00) dürfte regelmässig das offene Verfahren zur Anwendung gelangen. Die Auswahl der Rahmenvertragspartnerin (oder auch mehreren) erfolgt mit einer Zuschlagsverfügung, mit Rechtsschutzmöglichkeit für nicht berücksichtigte Lieferanten. Gestützt auf den abgeschlossenen Rahmenvertrag kann die Vergabestelle während dessen Laufzeit Einzelverträge abschliessen (direkt mit der oder den Rahmenvertragspartnerin/-innen, ohne Rechtsschutzmöglichkeit Dritter).

105 Die Beschaffung von Holzlieferanten in der Form eines Rahmenvertrags kann losgelöst von einem Einzelprojekt erfolgen, falls Holz mit genügender Standardisierung für mehrere Projekte auf Abruf definiert werden kann. Es handelt sich dabei um eine Vorsubmission, welche es dem Kanton Bern als Bauherr und Auftraggeber während der Dauer des Rahmenvertrags ermöglicht, Holz oder gewisse Holzprodukte im Rahmen von Bauprojekten bauseitig bereitzustellen bzw. den Bauunternehmen den Holzlieferanten in den dortigen Ausschreibungen als zwingender Subunternehmer/Lieferant vorzuschreiben. Die Holzlieferung bildet diesfalls nicht mehr Gegenstand des Vergabeverfahrens für das Bauprojekt selber (Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung).

3. Weitere Alternativen

106 Die Bagatellklausel eröffnet auch bei grossen Bauaufträgen einen gewissen Handlungsspielraum für die Ausschreibung von Einzelleistungen, die unter CHF 2 Mio. liegen und gesamthaft nicht mehr als 20 % des Gesamtwertes des Bauwerks ausmachen.¹³⁴

107 Denkbar ist weiter, die Holzbeschaffung nach den einzelnen Verarbeitungsstufen aufzutrennen. Die Vergabestelle kann in der Ausschreibung bspw. Rundholz als Eigenleistung vorsehen und die weitere Verarbeitung zu Schnitt- und Bauholzprodukten von den Anbietern separat offerieren lassen. In der Praxis werden auch gestaffelte Ausschreibungen der ersten Verarbeitungsstufe (vom Rundholz zum Bauholz; bspw. im Rahmen der Bagatellklausel, im Einladungsverfahren) und der zweiten Verarbeitungsstufe (Ausschreibung für die Holzkonstruktion, worin festgehalten wird, welches Bauholz in welcher Verarbeitungstiefe der Unternehmer ab Werk kostenlos bestellen kann) beschrieben.¹³⁵

108 Unabhängig davon, welche Beschaffungsvariante der Kanton wählt, müssten zur Risikominimierung bzw. zur Verhinderung von Gewährleistungen auch schon Szenarien ausgearbeitet und in der Ausschreibung oder separaten Beschaffungen vorgesehen werden für den Fall, dass das bereitgestellte Holz quantitativ, qualitativ oder zeitlich nicht passend bereitgestellt werden kann¹³⁶:

Szenarien		Lösungen	
Quantitativ:	Zuwenig Eigenholz	Ergänzung mit Schweizer Holz gemäss im Angebot definierten Preisen	Rund- und Bauholzbeschaffung im Rahmen der Bagatellklausel
Qualitativ:	Unpassende Qualität	Ergänzung mit Schweizer Holz gemäss im Angebot definierten Preisen. Garantierte Abnahme des Rundholzes gemäss definierten Preisen.	

¹³⁴ Art. 7 Abs. 2 IVöB 2001 bzw. Art. 16 Abs. 4 IVöB; vgl. oben Rz. 23.

¹³⁵ Vgl. Lignum Compact 03-2021, S. 5.

¹³⁶ vgl. illustrativ dazu die nachfolgend wiedergegebene Übersicht in Lignum Compact 03-2021.

Zeitlich:	Zu spät im Prozess	Ersatzmassnahme mit Schweizer Holz, spätere Abnahme des Rundholzes ohne zusätzlichen Geldfluss (Holz-Kreditsystem)	
------------------	--------------------	--	--

VI. ERGEBNIS: BEANTWORTUNG DER GESTELLTEN FRAGEN

109 Gestützt auf die Ausführungen lassen sich die gestellten Fragen zusammengefasst wie folgt beantworten:

1. Welche Varianten sind unter Berücksichtigung des geltenden Rechts beschaffungsrechtlich zulässig und welche nicht?

Campus Biel/Bienne: Unter den zuvor skizzierten Voraussetzungen sind grundsätzlich die Varianten 1, 3 und 4 zulässig. Die Varianten 2 und 5 sind demgegenüber nicht zulässig, da Einschränkungen auf ein Herkunftsland bzw. eine -region weder mit den geltenden noch den künftigen Anforderungen des öffentlichen Beschaffungsrechts vereinbar sind. Die Bezugnahme auf die Herkunft eines Produkts/Anbieters bräuchte einer speziellen Begründung bzw. Bezug zum Beschaffungsgegenstand, welche vorliegend nicht ersichtlich sind.

Andere bzw. Projekte mit geringerem Auftragswert und Holzbedarf: Für kleinere Projekte/Bauvorhaben, die im freihändigen Verfahren (bis zu einem Auftragswert von CHF 300'000) oder im Einladungsverfahren (bis zu einem Auftragswert von CHF 500'000) – bzw. ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – vergeben werden können, besteht ein grösserer Handlungsspielraum und es können auch regionale Wertschöpfungsketten berücksichtigt werden. Hier wären alle Varianten zulässig, sofern nicht auf den Kanton Bern bzw. Berner Holz eingeschränkt wird. Diese Art der Ausschreibung müsste aber projekt- resp. einzelfallbezogen jeweils sorgfältig geprüft werden.

2. Welche Varianten sind unter Berücksichtigung der revidierten IVöB beschaffungsrechtlich zulässig und welche nicht?

Campus Biel/Bienne: Unter den zuvor skizzierten Voraussetzungen sind grundsätzlich die Varianten 1, 3 und 4 zulässig. Die Varianten 2 und 5 sind demgegenüber nicht zulässig, da Einschränkungen auf ein Herkunftsland bzw. eine -region weder mit den geltenden noch den künftigen Anforderungen des öffentlichen Beschaffungsrechts vereinbar sind und den nötigen Sachzusammenhang nicht aufweisen. Die Nachhaltigkeit als berechtigtes Anliegen müsste durch funktionale Vorgaben und Kriterien und nicht durch Herkunftsvorgaben erreicht werden. Gleiches gilt grundsätzlich für die Begrenzung der Transportdistanzen, wobei dieses Kriterium vergaberechtlich mit Blick auf das Diskriminierungspotenzial heikel ist und zudem bei einem

Bauprojekt weniger im Vordergrund steht als bei regelmässigen bzw. wiederkehrenden Anlieferungen.

Kleinere Projekte: Für kleinere Projekte/Bauvorhaben, die im freihändigen Verfahren (bis zu einem Auftragswert von CHF 300'000) oder im Einladungsverfahren (bis zu einem Auftragswert von CHF 500'000) vergeben werden können besteht ein grösserer Handlungsspielraum und es können auch regionale Wertschöpfungsketten berücksichtigt werden. Hier wären alle Varianten zulässig.

3. Gibt es Möglichkeiten, allenfalls nicht zulässige Varianten so auszugestalten, dass sie beschaffungsrechtlich zulässig sind?

Variante 2: Festlegung der Holzherkunft ist in offenen oder selektiven Verfahren de lege lata und de lege ferenda unzulässig, da staatsvertragswidrig und - je nach Einschränkung auf einen bestimmten Kanton oder eine bestimmte Region – auch bundesrechts- bzw. binnenmarktwidrig. Zulässig sind dagegen Vorgaben an nachhaltiges Holz oder allenfalls weitere, funktional umschriebene ökologische Anforderungen an die Holzbeschaffung.

Variante 5: Ausländische Anbietende dürfen bei der Bewertung der Angebote bezüglich der Hauptposition und der Alternativposition nicht indirekt diskriminiert bzw. inländische Anbietende faktisch bevorzugt werden. Müssen ausländische Anbietende im Leistungsverzeichnis beide Positionen anbieten, kann dies eine faktische Marktzugangshürde darstellen, da sie Schweizer Holz allenfalls nur zu teureren Preisen beschaffen können als Anbieter mit Sitz (und Bezugskanälen) in der Schweiz. Zur Vermeidung dieser allfälligen faktischen Marktzugangshürden/-nachteilen für ausländische Anbieter erscheint der Lösungsansatz des AGG als tauglich, wonach in den Ausschreibungen klargestellt werden soll, dass bei der Haupt- und der Alternativposition jeweils nur der günstigere der beiden Preise in der Angebotsbewertung berücksichtigt wird.

Alternativen: Bereitstellung von Rund- und Bauholz (vgl. Variante 1 (SFB-Holz gestützt auf Inhouse-Privileg). «Holz aus der Region» kann dabei auch im Rahmen der Bagatellklausel beschafft und, auf unterschiedlichen Verarbeitungsstufen, verlangt werden.

4. Wie können die drei Auflagen des Grossen Rats unter Beachtung einerseits des geltenden Beschaffungsrechts, andererseits nach Einführung der revidierten IVÖB am besten umgesetzt werden?

Es bedarf einer Kombination aus den verschiedenen Varianten:

- *Ziff. 1 der GR-Auflagen («umfassende Nachhaltigkeit») kann durch eine Kombination der Varianten 3 und 4 (Label Nachhaltigkeit, stärkere Gewichtung ökologischer Aspekte, insbesondere bei den Zuschlagskriterien) am besten umgesetzt werden. Die «umfassende Nachhaltigkeit»*

eines Bauprojekts beschränkt sich aber nicht auf Holz als Baustoff, sondern muss das Bauvorhaben bzw. das Gebäude insgesamt in den Blick nehmen und zwar sowohl die Bauphase, die Betriebsphase (z.B. Gebäudetechnik) sowie idealerweise auch die Ausserbetriebnahme (Rückbau/Entsorgung der Baumaterialien).

- Ziff. 2 der GR-Auflagen («kurze Transportwege») lässt sich durch die Variante 4 (Transportweg als ein möglicher ökologischer Aspekt) nachleben, indem ein geeignetes Zuschlagskriterium definiert wird. Als technische Vorgabe oder Eignungskriterium ist die Transportdistanz dagegen aufgrund der Diskriminierungswirkung vergaberechtlich heikel oder gar unzulässig. Es ist zu empfehlen, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien auf anerkannte und in der Beschaffungspraxis möglichst schon erprobte Methoden und Tools (bspw. KBOB-Holzrechner oder vergleichbare Tools) abgestellt wird, die zusätzlich zum Transportweg weitere Umweltaspekte berücksichtigen. Das Abstellen einzig auf den Transportweg kann im Lichte der Gleichbehandlung und des Nichtdiskriminierungsgebots problematisch sein. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass ein Zuschlagskriterium, das die Transportdistanzen bewertet, im Rahmen des Gesamtprojekts vermutlich keine ausschlaggebende Bedeutung haben wird und die Umsetzung der diesbezüglichen GR-Auflage allenfalls begünstigt, aber nicht mit Sicherheit gewährleistet.
- Ziff. 3 der GR-Auflagen («Holz vom Kanton wenn möglich als Eigenleistung») entspricht der Variante 1 (kantonsinterne Bereitstellung des Baustoffes Holz durch den Staatsforstbetrieb). Diese Variante ist vergaberechtlich zulässig (Inhouse-Beschaffung), aber im Rahmen eines grossen Ingenieurholzbaus wie dem Campus Biel-Bienne mit Projektrisiken behaftet, welche sich in Mehrkosten bzw. Mängelhaftung des Kantons niederschlagen könnten. Bei kleineren Bauvorhaben in freihändigen Vergaben oder Einladungsverfahren erscheinen diese Projektrisiken geringer bzw. besser kontrollierbar. Die Variante 1 kann auch mit den Varianten 2 und/oder 5 umgesetzt werden.

5. Gibt es weitere rechtliche Aspekte, die zum Thema Holzbeschaffung zu beachten sind?

- Für den Bund schreibt die Waldgesetzgebung¹³⁷ ausdrücklich vor, die Verwendung von nachhaltig produziertem Holz bei der Planung, der Errichtung und dem Betrieb eigener Bauten und Anlagen soweit geeignet zu fördern.

Im Kanton Bern existiert in der kantonalen Waldverordnung¹³⁸ eine ähnliche Regelung. Die Bestimmung verlangt namentlich, dass bei

¹³⁷ Vgl. Art. 34b des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0) und Art. 37c der Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald (Waldverordnung, WaV; SR 921.01).

¹³⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 2 der kantonalen Waldverordnung (KWaV; BSG 921.111).

der Projektierung von kantonalen und vom Kanton zu mindestens zehn Prozent subventionierten Bauten die Holzbauweise zu prüfen ist und auch ökologische Kriterien zu berücksichtigen sind.

Gemeinden und Kantone können aber auch ohne gesetzliche Vorgaben eine auf die Förderung des Holzbaus ausgerichtete Immobilienstrategie verfolgen. Bei konkreten Projekten besteht daher – innerhalb der Vorgaben zum öffentlichen Beschaffungsrecht – ein gewisser Spielraum, um den Holzbau zu fördern, was der Kanton Bern auch bislang schon nutzte. Da er als Bauherr vergaberechtlich frei ist, was er beschafft, können auch ohne weiteres Gebäude in Holzbau ausgeschrieben werden.

- *Die Empfehlung «nachhaltig produziertes Holz beschaffen» der KBOB stammt aus dem Jahre 2012. Aktuell ist offenbar eine Überarbeitung im Gange¹³⁹ aber – soweit ersichtlich – noch nicht abgeschlossen.¹⁴⁰ Die neue Empfehlung wird allenfalls für die vorliegenden Fragen und die Praxis ebenfalls hilfreiche Anhaltspunkte liefern.*

Bern, 5. Oktober 2021



Christoph Jäger



Christoph Hirschi

¹³⁹ KBOB, Empfehlung 2020/1, S. 15.

¹⁴⁰ Vgl. Homepage der KBOB zum Thema nachhaltiges Bauen (abrufbar unter <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/nachhaltiges-bauen.html> [zuletzt besucht am 27.05.2021]).

VII. LITERATURVERZEICHNIS

BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012.

BRAZEROL ROMAN, Der Einheitspreis im Bauwerkvertrag, in: BR –Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg Band/Nr. 38.

BURKHALTER PETER, Bauprodukte aus der Region für die Region, Jusletter vom 28. September 2020.

DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen, in: recht 2019 S. 166 ff.

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

JÄGER CHRISTOPH, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller Markus/ Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021.

KAUFMAN CHRISTINE/WEBER ROLF H., Verwendung Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung, Gutachten zuhanden des Bundesamts für Umwelt BAFU vom 23. Juli 2013.

LUDIN MARTIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Zürich 2019.

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: BR, Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 393 ff. (zit.: SCHNEIDER HEUSI, Referenzen).

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Vergaberecht: in a nutshell, 2. Auflage, Zürich 2018 (zit.: SCHNEIDER HEUSI, Nutshell).

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, BR, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff.

STUCKI DANIEL, Berücksichtigung der ökologischen Nachhaltigkeit bei Transporten im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen, Rechtsgutachten für das Bundesamt für Umwelt BAFU, Bern 2020.

TRÜEB HANS RUDOLF, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf, 2020 (zit.: BEARBEITER/IN, Handkommentar Beschaffungsrecht, Art. ... N ...).

TRÜEB, aBöB-Kommentar (zitiert nach STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169 Fn. 128).

TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, Zürich 2001 (zitiert nach STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, S. 169 Fn. 129).

VIII. MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851 (zit.: Botschaft BÖB).

Geschäftsstelle der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB), Nachhaltige Beschaffung, Empfehlungen für die Beschaffungsstellen des Bundes, Juni 2014 (punktuell aktualisiert im 2018) (zit.: BKB, Empfehlung nachhaltige Beschaffung).

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB), Empfehlung 2020/3, Holzbau in der Immobilienstrategie, Version 1.0 vom Dezember 2020 (zit.: KBOB, Empfehlung 2020/3).

KBOB, Empfehlung 2020/1, Nachhaltiges Bauen mit Holz, August 2020 (zit.: KBOB, Empfehlung 2020/1).

KBOB, Empfehlung 2012/1, Nachhaltig produziertes Holz beschaffen (zit.: KBOB, Empfehlung 2012/1).

KBOB / BKB, Faktenblatt, Neue Vergabekultur – Qualitätswettbewerb, Nachhaltigkeit und Innovation im Fokus des revidierten Vergaberechts, Bern, 25. September 2020 (zit.: KBOB/BKB, Neue Vergabekultur).

Lignum Holzwirtschaft Schweiz, Lignum Compact, Ausschreiben mit Schweizer Holz, März 2021 (zit.: Lignum Compact 03-2021).

Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019, Version 1.0 vom 16. Januar 2020 (zit.: Musterbotschaft IVöB).