

Claudia Schneider Heusi



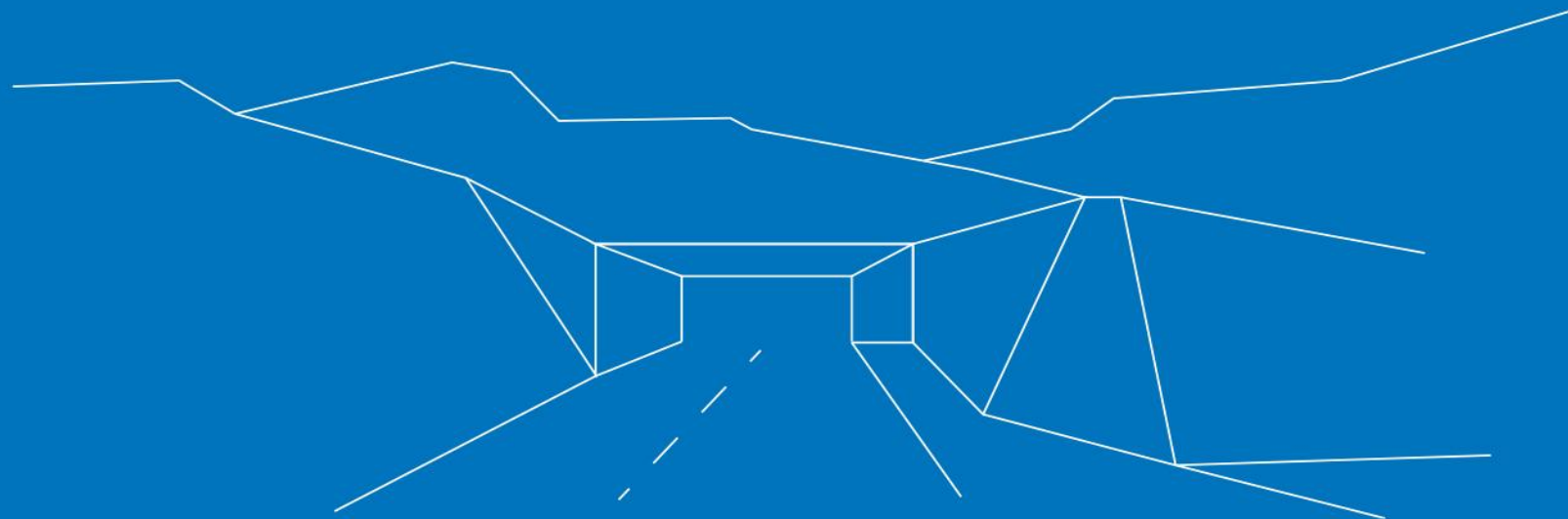
Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi, LL.M
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

asas 17. September 2026

Freier Markt, Marktbeschränkungen und Diskriminierungsverbot: Die vergaberechtliche Perspektive und die Rechtsprechung

Schneider Heusi GmbH
Seefeldstrasse 287
8008 Zürich

T +41 044 244 06 12
csh@schneiderheusi.ch
www.schneiderheusi.ch



Inhaltsübersicht

Marktbeschränkung / Art. 5 Abs. 1 BGBM – die neuralgischen Themen

- Auftragswertberechnungen / Zerstückelungen
- Freihänder
- Zuschlagskriterien
- Unnötige Beschränkungen: Subunternehmer/ARGE nicht zugelassen
- Teilnahmebedingungen / Verhaltenskodizes

Zuerst – ein paar Grundlagen

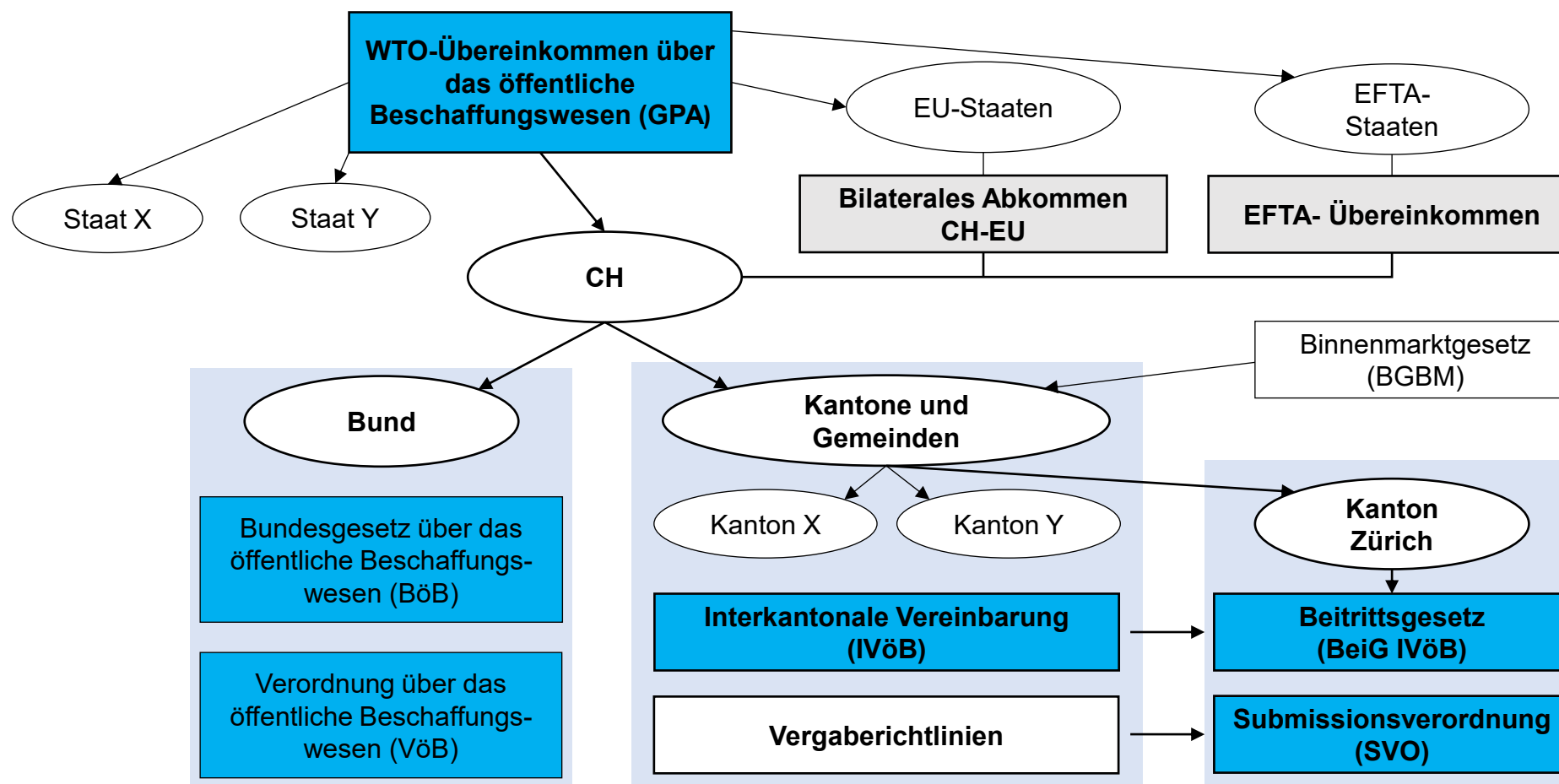
- Revisionsvorlagen: wer macht mit, wer nicht?
- Spielraum der Kantone und die Grenzen

Claudia Schneider Heusi



Revisionsvorlagen BöB / IVöB

Rechtsgrundlagen heute – was wurde angepasst?



Umsetzung Revisionsvorlagen

Übersicht Beitritte zur IVöB

Stand: 17.9.2026

Quelle: www.bpuk.ch

Änderung von Art. 30 Abs. 4 BöB per 1.1.25:

„Die Auftraggeberin sieht dort, wo diese geeignet sind, technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vor.“

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 03.02.2026)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

Harmonisierung erreicht?

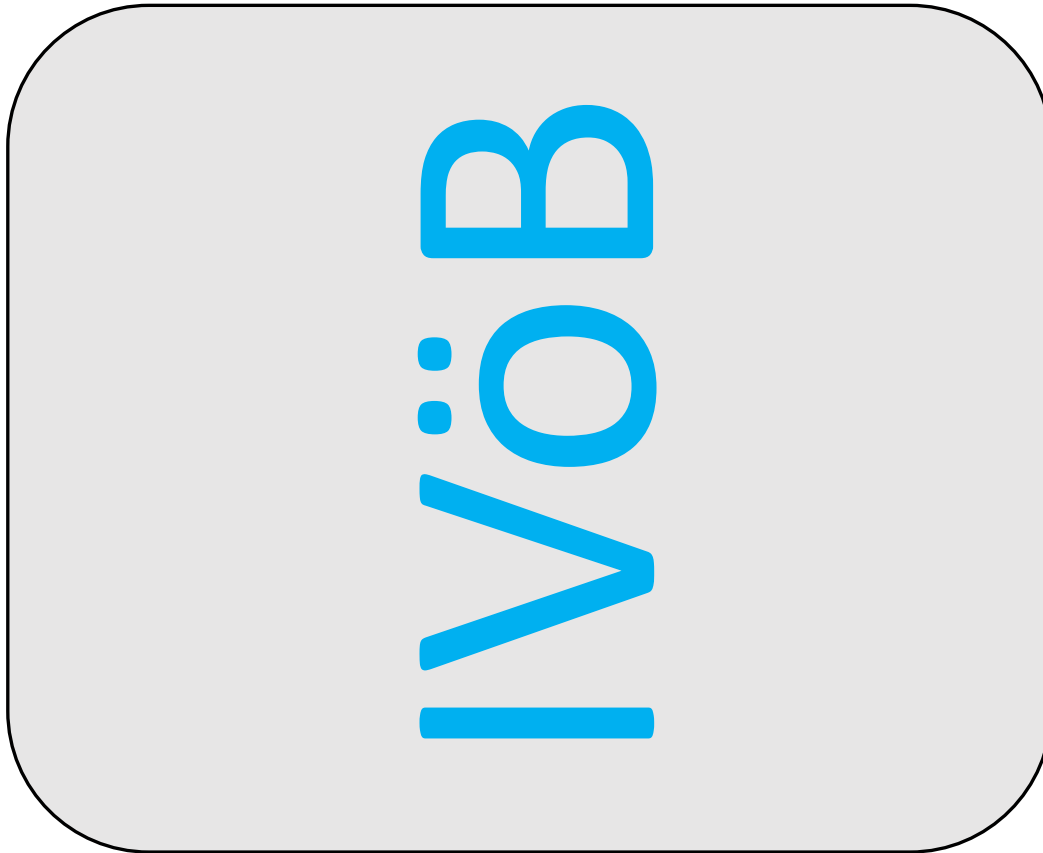


Kriterien Preisverlässlichkeit und Preisniveaus

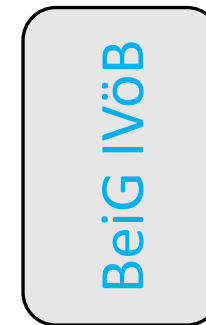
Unzulässig: KGer Jura, CST 1/2023 vom 14. Dezember 2023

- Gemäss Art. 15 Abs. 3 LMP-JU, dürfen Zuschlagskriterien „Zuverlässigkeit des Preises“ und „Unterschied des Preisniveaus“ berücksichtigt werden
 - Bestimmung ist nichtig, weil:
 - Auflistung in Art. 29 Abs. 1 IVöB nicht abschliessend, Kantone dürfen weitere Zuschlagskriterien vorsehen
- ABER: Beide Kriterien wurden anlässlich der Verabschiedung der IVöB explizit ausgeschlossen (≠ BöB!)

Verhandlungsspielraum Kantone



**Verhandlungs-
spielraum begrenzt**



Claudia Schneider Heusi



Art. 5 Abs. 1 BGBM und die neuralgischen Themen

Schwellenwerte / Auftragswertberechnung

Übersicht Verfahrensarten, z.B. Kantone, Gemeinden, EÖR

in CHF (exkl. MWST)		Freihändiges Verfahren	Einladungs- verfahren	Offenes / Selektives Verfahren	
		Nicht-Staatsvertragsbereich			Staatsvertrags- bereich
Bauleistungen	Nebengewerbe	unter 150'000	unter 250'000	ab 250'000	ab 8'700'000*
	Hauptgewerbe	unter 300'000	unter 500'000	ab 500'000	
Lieferungen		unter 150'000	unter 250'000	ab 250'000	ab 350'000
Dienstleistungen					

* Bauwerksregel

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Freihändige Vergabe aufgrund Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. c und e IVöB: **Beweislast für Erfüllung der Voraussetzungen freihändiger Vergabe liegt bei Vergabestelle**
- Bestätigung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdelegitimation von Unternehmen bei einer freihändigen Vergabe setzt voraus, dass diese glaubhaft machen, dass sie im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde gewillt und in der Lage sind, ein Angebot in Bezug auf den Auftragsgegenstand einzureichen

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Änderung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdeführerin muss neu (nur) glaubhaft machen, dass sie eine potenzielle Anbieterin eines geeigneten Alternativprodukts ist
 - Kein Nachweis der Existenz von Alternativen zur gewählten Lösung der Vergabestelle (mehr) durch Beschwerdeführerin nötig!
 - Vergabestelle muss beweisen, dass keine Alternativen bestehen → d.h. objektive Analyse von Bedarf und Markt (Marktabklärungen)

Freihändige Vergaben

Freihändige Vergaben: Verhältnis des Zusatzauftrags zum Grundauftrag (VGer VD, MPU.2021.0017 vom 14. Dezember 2021)

- Vergabe eines Zusatzauftrags (d.h. zur Ersetzung/Ergänzung/Erweiterung bereits erbrachter Leistungen) an den gleichen Anbieter aufgrund eines bereits erteilten Basisauftrags (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB)
- Angemessenes Verhältnis zwischen ursprünglichem Basisauftrags und aktuellem Zusatzauftrag notwendig
- Zusatzauftrag darf Wert des Basisauftrags nicht übersteigen:
 - Keine Addition von zwischenzeitlich vergebenen Zusatzaufträgen zum Basisauftrag
 - Aktueller Zusatzauftrag darf nur mit Wert des Basisauftrags verglichen werden

Freihändige Vergaben

Freihändige Vergaben: Fehlende zeitliche Dringlichkeit (KGer VS, A1 23 131 vom 6. Februar 2024, mobile Hirtenhütten – Vss verneint; BVGer, B-4043/2024 vom 9.8.2024 – Vss bejaht)

- Zeitliche Dringlichkeit verlangt fünf kumulative Bedingungen:
 - (1) Unvorhersehbaren Ereignisses
 - (2) Zwingende Notlage
 - (3) Notlage nicht durch Vergabestelle verursacht
 - (4) Nicht in der Lage öffentlich auszuschreiben
 - (5) Nur was für Wiederherstellung einer normalen Situation erforderlich
- Unvorhersehbarkeit des Auftrags durch Vergabestelle nachzuweisen
 - Sofern Notwendigkeit der Ausschreibung vorhersehbar war (vorliegend aufgrund des Auftragswerts) kann nicht mit Ausschreibung zugewartet werden. Dadurch entstandene Dringlichkeit gilt so als selbstverschuldet.

Weitere Beschränkungen: Nötig oder nicht?



Subunternehmer / ARGE ausschliessen?

Art. 31 Abs. 1 BöB/IVöB: ARGE / Subunternehmer sind grundsätzlich zugelassen.

Zulassung dient mehreren Zielen:



Wirtschaftsfreiheit

Art. 27 BV – Organisationswahl
beim Anbieter



Wirtschaftlichkeit

Art. 2 lit. a BöB/IVöB – make-or-
buy beim Anbieter



Wettbewerbsförderung

Art. 2 lit. d BöB/IVöB – mehr
Teilnehmer, breiteres Feld



Marktzugang & KMU

grosse/komplexe Aufträge auch für
kleine Akteure



Qualität & Innovation

Spezial-Know-how, Start-up-
Innovationen

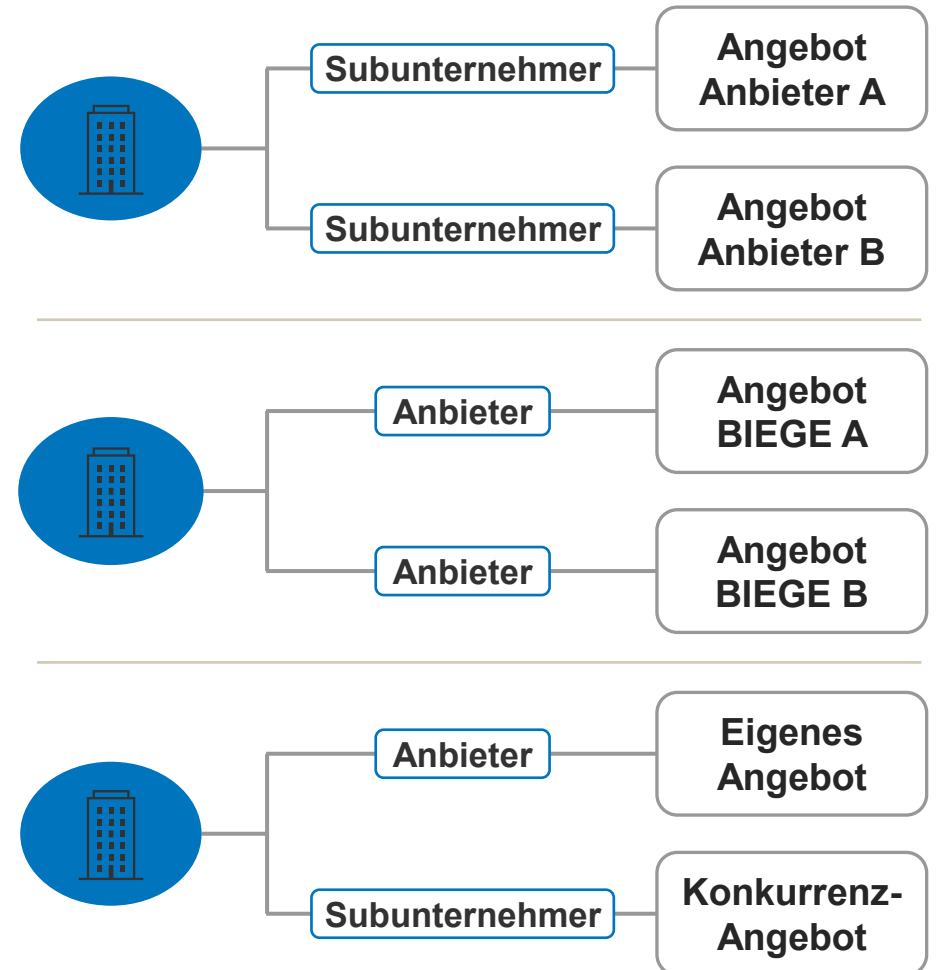


Gleichbehandlung

Art. 2 lit. c BöB/IVöB – unter-
schiedlicher Organisationsformen

Mehrfachbewerbungen zulassen oder nicht?

- **Begriff:** dasselbe Unternehmen wirkt in mind. zwei unabhängigen Angeboten mit – als Anbieter oder Subunternehmer
- **Regel (Art. 31 Abs. 2 BöB/IVöB):** verboten, ausser ausdrücklich zugelassen
- **Zweck:** Kollusionsrisiken vermindern, Geheimwettbewerb wahren
- Pflicht zur Einzelfallabwägung – keine automatische Wettbewerbsbeeinträchtigung
 - Bei seltenem Know-how kann Mehrfachbeteiligung Wettbewerb stärken
 - Subunternehmer-Mehrfachbeteiligung grosszügig zulassen
- **Bei Verstoss:** Ausschluss aller betroffenen Angebote



Teilnahmebedingungen: für wen gelten sie (nicht)?

- **Geltungsbereich:** Anbieter und alle Subunternehmer – Lieferanten nicht (Art. 12 / 26 BöB/IVöB)
 - **Wettbewerblich (Art. 26 Abs. 1):** Steuern, Sozialversicherungen, keine Wettbewerbsabreden
 - **Sozial (Art. 12 Abs. 1, 2):** Arbeitsschutz, BGSA, Lohngleichheit; Ausland: ILO-Kernübereinkommen
 - **Ökologisch (Art. 12 Abs. 3):** Umweltvorschriften am Leistungsort
- **Sicherstellung:** Selbstdeklaration + vertragliche Überbindung entlang der Subunternehmerkette (KBOB-Verträge)
- **Verstoss:** Ausschluss des Angebots (Art. 44 Abs. 1 lit. a BöB/IVöB)
- **Nach Zuschlag:** Widerruf möglich; Sanktionen Art. 45 BöB/IVöB (Verwarnung, Ausschluss bis 5 Jahre, IVöB: Busse bis 10 %)