

N°	Signature Signatur	Genre Typ	Affaire Geschäft	Traitement Behandlung	Personnes Personen	Remarques Bemerkungen	Cat. Kat.
1.	2013-GC-39	Divers <i>Verschiedenes</i>	Ouverture de la session <i>Eröffnung der Session</i>				
2.	2013-GC-4	Divers <i>Verschiedenes</i>	Communications <i>Mitteilungen</i>				
3.	2022-GC-11	Divers <i>Verschiedenes</i>	Discours inaugural du président du Grand Conseil <i>Eröffnungsansprache des Präsidenten (des Grossen Rates)</i>				
4.	2021-DAEC-199	Loi <i>Gesetz</i>	Adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019) <i>Entwurf eines Gesetzes zum Beitritt zur IVÖB 2019</i>	Entrée en matière, 1re et 2e lectures <i>Eintreten, 1. und 2. Lesungen</i>	Nicolas Pasquier Rapporteur-e / <i>Berichterstatter/-in</i>  Jean-François Steiert Représentant-e du Gouvernement / <i>Regierungsvertreter/-in</i>		I
5.	2021-DAEC-200	Loi <i>Gesetz</i>	Révision générale de la législation fribourgeoise en matière de marchés publics (LCMP) <i>Totalrevision der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen</i>	Entrée en matière, 1re et 2e lectures <i>Eintreten, 1. und 2. Lesungen</i>	Jean-Daniel Wicht Rapporteur-e / <i>Berichterstatter/-in</i>  Jean-François Steiert Représentant-e du Gouvernement / <i>Regierungsvertreter/-in</i>		I

N°	Signature Signatur	Genre Typ	Affaire Geschäft	Traitement Behandlung	Personnes Personen	Remarques Bemerkungen	Cat. Kat.
6.	2021-GC-97	Mandat <i>Auftrag</i>	Soutien cantonal concret et déterminé au projet de couverture autoroutière dans le secteur Chamblieux-Bertigny <i>Konkrete und entschlossene kantonale Unterstützung für das Projekt der Autobahnüberdeckung im Sektor Chamblieux–Bertigny</i>	Prise en considération <i>Erheblicherklärung</i>	Bruno Boschung Jean-Daniel Wicht Nadine Gobet David Bonny Susanne Aebischer Romain Collaud Peter Wüthrich Antoinette de Weck Pierre-André Grandgirard André Schneuwly <i>Auteurs / Urheber</i>  Benoît Rey Fritz Glauser <i>Auteurs remplaçants / Stv. Urheber</i>  Jean-François Steiert Représentant-e du Gouvernement / <i>Regierungsvertreter/-in</i>		

N°	Signature <i>Signatur</i>	Genre <i>Typ</i>	Affaire <i>Geschäft</i>	Traitement <i>Behandlung</i>	Personnes <i>Personen</i>	Remarques <i>Bemerkungen</i>	Cat. <i>Kat.</i>
7.	2021-GC-74	Motion <i>Motion</i>	Remplacement d'une installation de chauffage - procédure accélérée <i>Ersatz von Heizanlagen – beschleunigtes Verfahren</i>	Prise en considération <i>Erheblicherklärung</i>	Jean-Daniel Wicht Auteur-e / <i>Urheber/-in</i>  Pascal Moënnat Auteur-e / <i>Urheber/-in</i>  Jean-François Steiert Représentant-e du Gouvernement / <i>Regierungsvertreter/-in</i>		



## Message 2021-DAEC-199/200

14 septembre 2021

### du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant

- le projet de loi d'adhésion à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)
- le projet de loi sur les marchés publics (LCMP)

Nous avons l'honneur de vous soumettre le présent message à l'appui du projet de loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après: AIMP 2019), ainsi que du projet de loi sur les marchés publics (LCMP).

Cette démarche s'inscrit dans le cadre de la révision globale du droit des marchés publics au niveau suisse, induite par la révision de l'Accord international de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012). En plus de transposer les nouvelles exigences internationales, l'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics offriront aux différents acteurs les avantages notables suivants:

- > un corps de règles harmonisé, plus complet et plus précis;
- > l'usage de nouveaux instruments fondés sur des technologies de l'information modernes;
- > une diminution de la charge administrative pour les soumissionnaires;
- > un changement de paradigme renforçant la prééminence des critères qualitatifs et permettant l'usage de critères sociaux et environnementaux;
- > une meilleure prise en compte des aspects liés au développement durable dans l'évaluation des offres;
- > un renforcement des mesures de prévention et de contrôle, ainsi que des sanctions dans le cadre de la lutte contre les dérives de la sous-traitance et du travail au noir;
- > un rehaussement du seuil de 100 000 à 150 000 francs (H.T.) autorisant l'emploi de la procédure de gré à gré pour les marchés de fournitures.

<b>1. Exposé des motifs et projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)</b>	<b>2</b>
1.1. Introduction	2
1.2. L'adhésion à l'AIMP révisé et les conséquences pour les cantons	2
1.3. Les nouveautés et principes essentiels	3
1.4. Consultation auprès des cantons	6
1.5. Effets pour les soumissionnaires	7
1.6. Effets pour les adjudicateurs	7
<b>2. Adhésion à l'AIMP 2019 par le canton de Fribourg et révision générale de la législation sur les marchés publics</b>	<b>7</b>
2.1 Transposition de l'AMP 2012 par le canton de Fribourg	7
2.2. Organisation de projet et mise en consultation	8
2.3. Nouveautés et continuité	8
2.4. Instrument parlementaire	9
2.5. Consultation	10
<b>3. Commentaire des articles du projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics</b>	<b>11</b>
<b>4. Commentaire des articles du projet de loi sur les marchés publics</b>	<b>12</b>

<b>5. Conséquences</b>	<b>25</b>
5.1. Répartition des tâches entre le canton et communes	25
5.2. Incidences sur les personnel de l'Etat	25
5.3. Effets sur le développement durable	25
5.4. Conformité au droit fédéral et à la Constitution cantonale, et euro-compatibilité	26

<b>6. Annexe</b>	<b>27</b>
------------------	-----------

## **1. Exposé des motifs et projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)**

### **1.1. Introduction**

Les marchés publics représentent un secteur important de l'économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, l'Accord sur les marchés publics (ci-après: AMP) et dans l'Accord bilatéral passé avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L'AMP est concrétisé par les cantons au travers de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après: AIMP). Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012 (ci-après: AMP 2012), des adaptations du droit national se sont avérées obligatoires.

#### **1.1.1. Harmonisation**

Comme indiqué ci-dessus, des adaptations du droit national se sont avérées nécessaires, à la suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012. Dans le cadre de l'art. 95 al. 2 de la Constitution fédérale, la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L'art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces bases légales ont permis l'élaboration commune d'une législation en matière de marchés publics, entre les cantons et la Confédération.

L'AIMP 2019 a pour effet d'harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre ces entités. Cette harmonisation des législations de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l'AIMP 2019 et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, voie de recours) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n'en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d'assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l'attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics.

Un travail d'harmonisation a par ailleurs été effectué au niveau des cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu'à présent réglées dans les directives d'exécution de l'AIMP (DEMP) ont été intégrées à l'AIMP 2019. Comme par le passé, l'AIMP 2019 opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, c.-à-d. les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d'application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

#### **1.1.2. Ratification de l'AMP 2012**

Afin de participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés découlant de l'AMP 2012, la Confédération a dû préalablement adapter le droit national. A cet effet, l'autorité compétente, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), a adopté l'AIMP révisé (AIMP 2019) à l'unanimité, le 15 novembre 2019. La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics, qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. En décembre 2020, le Conseil fédéral a déposé l'instrument d'acceptation de l'AMP 2012 auprès de l'OMC. L'AMP 2012 est entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021, ce qui a conféré aux entreprises suisses un accès élargi au marché international d'environ 80 à 100 milliards de dollars par an, dès fin 2021.

### **1.2. L'adhésion à l'AIMP révisé et les conséquences pour les cantons**

#### **1.2.1. Procédure d'adhésion**

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. Le présent accord vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l'AIMP présenté. Une adhésion sous réserve n'est pas possible, ce qui a encore été confirmé à la fin mai 2021 par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), répondant ainsi à une question du canton de Berne. En l'occurrence, si un canton devait assortir d'une réserve sa décision d'adhérer à l'AIMP2019, l'AiMp lui refuserait cette adhésion.

### 1.2.2. Intégration des dispositions d'exécution dans l'AIMP révisé

Différentes branches économiques demandaient depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons, ainsi qu'entre ceux des cantons eux-mêmes. L'AIMP 2019 permet de satisfaire cette demande. L'une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d'intégrer dans l'AIMP révisé l'essentiel des dispositions d'exécution jusqu'à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

### 1.2.3. Dispositions d'exécution cantonales

L'AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l'AIMP 2019 règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Cela étant, l'article 63 al. 4 prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

## 1.3. Les nouveautés et principes essentiels

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup plus d'importance. Les PME suisses pourront ainsi comptabiliser des points dans les marchés des pouvoirs publics grâce au niveau de qualité qu'elles sont en mesure d'offrir. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

### 1.3.1. Article relatif au but

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d'une action durable.

L'article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L'ordre d'énumération à l'art. 2 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. En d'autres termes, tous les buts sont désormais considérés comme d'importance équivalente.

### 1.3.2. Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP 2019 contient désormais une liste de définitions (art. 3), qui comprend notamment les termes «entreprise publique» et «organisme de droit public». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme «marchés publics» a été intégrée (art. 8). La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément intégrées au texte en tant que marchés publics (art. 9). L'AIMP prévoit d'une part que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g). L'AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP 2019 exempte quatre types de marchés: les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10 al. 2).

### 1.3.3. Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d'accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de «changement de paradigme» par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l'Accord. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29 al. 1). L'art. 41 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l'offre la «plus avantageuse» à la place de l'offre «économiquement la plus avantageuse» jusqu'à présent utilisé, afin de minimiser l'importance accordée à l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas.

L'offre la «plus avantageuse» est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication, c'est-à-dire à la qualité globale de

l'offre. C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation, mais aussi, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (art. 29). La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché.

### 1.3.4. Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l'AIMP révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 26, 27, 29 et 30. Son ancrage à l'article 2 marque un changement de paradigme, dans le sens que le développement durable, autrefois considéré comme un principe étranger au marché, présente désormais un caractère égal aux autres principes des marchés publics que sont la transparence, l'égalité de traitement et la concurrence efficace. Il doit donc être appliqué avec le même degré de priorité. Ainsi, une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoirs adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable dans ses dimensions économique, sociale et écologique. Une telle marge de manœuvre se doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la définition du besoin ainsi que la conception des spécifications techniques et des critères d'adjudication dans les appels d'offres futurs.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

### 1.3.5. Nouveaux critères d'adjudication

L'AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication auparavant qualifiés «d'étrangers au marché» dans le cadre d'un marché public. Ces critères sont énoncés à l'art. 29 al. 2. Par ailleurs, l'adjudicateur pourra désormais prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

### 1.3.6. Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – LA concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8. Selon l'AIMP 2019, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP 2019.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l'État, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 à ce sujet), que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux «tâches publiques» englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'État. Citons à titre d'exemple la police, c.-à-d. la protection de l'ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'État à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2 al. 7 LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et art. 5 al. 1 LApE, art. 60 al. 3<sup>bis</sup>, et 62 al. 2<sup>bis</sup>, LFH; les réglementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

### 1.3.7. Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons

L'utilisation des technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd'hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux

accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouverte et sélective. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L'utilisation accrue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20 000 publications d'une valeur de marché d'environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l'obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au concordat de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l'avenir.

### 1.3.8. Délais réduits afin d'accélérer la procédure

L'AMP comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu'exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un délai minimal de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46 al. 4). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d'autres délais.

### 1.3.9. Procédure de recours optimisée

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56). Les cantons ne disposent aujourd'hui que d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours.

Seul le Tribunal cantonal est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52). Cela signifie que s'agissant du canton de Fribourg, la voie de recours à la Préfecture contre les décisions communales en matière de marchés publics disparaît.

En outre, le Tribunal cantonal pourra statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58). Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

### 1.3.10. Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AIMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit légal.

L'art. 11 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d'autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l'utilisation de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur.

### 1.3.11. Exclusion, révocation et sanctions

La liste des motifs d'exclusion et de révocation cités à titre d'exemple est structurée dans l'AIMP 2019 de façon systématique et plus développée. L'art. 44 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées: l'al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d'une liste officielle. Le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). Le pouvoir adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une exclusion entrée en force selon l'art. 45 al. 1 (let. j). A l'al. 2, des indices suffisants permettent d'exclure un soumissionnaire, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 inscrit en outre les sanctions «avertissement», «exclusion» (jusqu'à cinq ans) et «amende» (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) dans l'AIMP révisé. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés sera tenue.

### 1.3.12. Nouveaux instruments

L'AIMP 2019 entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l'utilisation des technologies modernes de l'information dans les marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s'agit d'instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23), sont ancrés dans l'AIMP.

### 1.3.13. Dialogue

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l'appel d'offres. Dans ce cas, l'instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l'innovation. Les interruptions de procédures et nouveaux appels d'offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage: ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos l'art. 11, let. d). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2).

Citons comme exemple celui d'une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d'affectation d'une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

### 1.3.14. Contrats-cadres

En matière de contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats-cadres font notamment l'objet d'un appel d'offres pour des raisons économiques, afin d'éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d'adjudication existantes. Même si l'instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le pouvoir adjudicateur, l'AIMP 2019 exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L'AIMP 2019 distingue entre le contrat-cadre avec un seul adjudicataire (cf. art. 25 al. 4) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25 al. 5). Des «raisons suffisantes» sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

### 1.3.15. Enchères électroniques

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d'un projet d'acquisition.

Au cours d'une première phase (préqualification), l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d'évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L'évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d'application de l'enchère électronique s'étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l'objet d'une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

## 1.4. Consultation auprès des cantons

La consultation relative au P-AIMP s'est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (BIC) et s'est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l'harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, les voies de recours, le maintien de l'interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d'autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (PLMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l'adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP à la lumière de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n'a pu être déterminée ont fait l'objet de discussions approfondies lors de l'assemblée générale en septembre et de l'assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L'Accord intercantonal présenté est donc un accord soigneusement rédigé et solide.

## 1.5. Effets pour les soumissionnaires

L'harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s'attendre à moins de travail de clarification, notamment en raison d'une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d'une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative pour les soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu'à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26 al. 3 et art. 27 al. 3). L'utilisation plus répandue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations telles que l'exigence accrue de qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics.

## 1.6. Effets pour les adjudicateurs

La révision de l'AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés in-house (art. 10, al. 3, let. c) ou aux accords-cadres (art. 25) ont été ancrés dans l'accord révisé. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23) ou la procédure de dialogue (art. 24) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l'encouragement du recours à une technologie moderne de l'information.

Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants. Les dispositions des art. 44 et 45 prévoient la possibilité d'infliger des amendes pouvant aller jusqu'à l'exclusion pour une durée jusqu'à cinq ans des futurs marchés. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Il s'agit de s'assurer que les dispositions en vigueur de la protection du travail, des conditions de travail, de l'égalité salariale et de la protection de l'environnement soient respectées. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100 000.– à CHF 150 000.–. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures.

Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

## 2. Adhésion à l'AIMP 2019 par le canton de Fribourg et révision générale de la législation sur les marchés publics

### 2.1. Transposition de l'AMP 2012 par le canton de Fribourg

L'AIMP 2019 transpose de manière harmonisée au niveau intercantonal les dispositions contraignantes de l'AMP 2012, qui constitue le fondement international du droit des marchés publics. En adhérant à l'AIMP 2019, le canton de Fribourg satisfait ainsi à son obligation de transposer dans son droit cantonal les dispositions internationales.

L'adhésion à l'AIMP 2019 implique pour le canton de Fribourg une refonte complète de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1) et de son règlement d'application du 28 avril 1998 (RMP; RSF 122.91.11).

## 2.2. Organisation de projet et mise en consultation

Afin d'analyser les conséquences de cette adhésion et de procéder à la révision générale de la loi et du règlement sur les marchés publics, le Conseil d'Etat a validé, le 29 juin 2020, sur proposition de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC), une organisation de projet composée d'un COPIL, d'un comité de projet, de groupes de travail spécifiques et de la possibilité de faire appel à des experts.

Le dossier a par ailleurs été présenté une nouvelle fois à la Commission des affaires extérieures, qui l'a régulièrement suivi depuis la mise en consultation de l'AIMP révisé.

Le COPIL, présidé par le Directeur AEC et composé de représentants et représentantes de l'administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances et du développement durable, de membres du pouvoir judiciaire, du comité de l'Association des communes fribourgeoises, des partenaires sociaux – parmi lesquels des députés – (FFE, UNIA, FEDE et Union patronale) et de la SIA Section Fribourg, s'est vu confier le suivi des travaux d'adhésion au nouvel AIMP, ainsi que de révision de la législation fribourgeoise en matière de marchés publics. Ses tâches ont consisté à proposer des orientations et idées, ainsi qu'à discuter et valider les textes et concepts élaborés par le comité de projet.

Le comité de projet, conduit par la cheffe de projet, conseillère juridique en charge des marchés publics à la DAEC et composé de représentants et représentantes de l'administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances, de la légistique et du développement durable, du comité de l'Association des communes Fribourgeoises, des entreprises publiques et des partenaires sociaux, a eu comme tâches de proposer des concepts et solutions au COPIL pour l'élaboration, d'une part, de l'acte d'adhésion, et, de l'autre, pour un avant-projet de loi sur les marchés publics, avec un règlement d'application.

Quatre groupes de travail ont par ailleurs planché sur des thèmes spécifiques: respect des conditions de travail, développement durable, concours et mandats d'étude parallèles et légistique. Ces groupes étaient composés de divers membres du COPIL et du comité de projet, en fonction de leurs domaines de compétences respectifs. Le groupe «Concours et mandats d'étude parallèles» a pu compter sur

la précieuse contribution de Me Jean-Michel Brahier, avocat, docteur en droit et chargé de cours à l'Université de Fribourg

Enfin, le Professeur Martin Beyeler a transmis à titre gracieux à la cheffe de projet diverses réflexions avisées et autres points de vigilance au sujet de l'AIMP 2019.

Grâce à l'excellente implication des différents intervenants et intervenantes et à l'esprit constructif qui a régné tout au long des travaux, ces derniers ont avancé à un rythme soutenu et ont abouti, en l'espace d'une année, à un avant-projet de loi d'adhésion, un avant-projet de loi et son rapport explicatif, ainsi qu'un projet de règlement et son commentaire.

Afin que la suite des travaux puisse avoir lieu cette année encore avec les mêmes participants et participantes, parmi lesquels des députés, et que le Grand Conseil puisse traiter l'avant-projet de loi avant la fin de la présente législature, le délai de consultation a été raccourci à deux mois et le projet mis en consultation du 22 juin au 23 août 2021.

## 2.3. Nouveautés et continuité

Plus complet et plus précis, l'AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l'accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Fribourg, à l'instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l'art. 63, al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d'exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Fribourg, l'adhésion à l'AIMP 2019 s'inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure.

Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d'exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l'autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l'art. 45 AIMP; mais aussi de préciser si l'existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP) pour les marchés de faible importance est fonction d'une valeur seuil ou d'un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d'assujettissement, le canton de Fribourg propose de suivre la position finalement adoptée à l'art. 10 al. 1 let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) d'exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnels – et non par – soient soustraits au champ d'application des marchés publics en application de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2010. Enfin, l'exemption de la Banque cantonale fribourgeoise qui figurait jusqu'alors dans le règlement cantonal (cf. art. 2 al. 2 RMP) est inscrite dans la loi.

Le canton de Fribourg souhaite également saisir l'opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l'AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance en cascade (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous-sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d'autres législations cantonales est toutefois assortie d'exceptions. Outre cette interdiction, l'obligation faite à l'adjudicateur d'insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d'assurer tout au long de la phase d'exécution du marché le respect des exigences de l'art. 12 AIMP (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l'interdiction du recours au travail au noir ou encore l'égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi.

A l'occasion de la refonte complète de sa législation, le canton de Fribourg propose par ailleurs d'inscrire dans sa loi différents principes relatifs au développement durable, renforçant ainsi sa législation actuelle, dans le sens du changement de paradigme voulu par l'AIMP 2019 (marchés axés sur la qualité).

En outre, le canton de Fribourg propose d'institutionnaliser dans la loi le centre de compétence en matière de marchés publics, en y ajoutant une représentation du comité de l'Association des communes, des partenaires sociaux et des associations professionnelles. L'objectif est d'apporter des réponses, d'élaborer des formations et de produire des documents modèles en profitant de la synergie dégagée par les membres d'une équipe pluridisciplinaire.

Enfin, il y a lieu de relever que l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s'achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d'exécution, tant entre les cantons, qu'entre les cantons et la Confédération. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire de l'AiMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d'une mise en

œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l'exécution est bénéfique à l'ensemble des acteurs des marchés publics.

## 2.4. Instrument parlementaire

### 2.4.1. Contexte

Par motion déposée et développée le 5 février 2020 (2020-GC-14), les députés Nicolas Kolly et Claude Brodard ont demandé une modification de la loi sur les marchés publics afin de ne plus systématiquement contraindre les collectivités publiques à organiser un concours d'architecture lors de projets de construction et de rénovation des bâtiments publics.

Les motionnaires ont proposé d'inscrire dans la loi sur les marchés publics un nouvel article rendant facultative l'organisation d'un concours d'architecture pour les bâtiments publics et n'imposant cette procédure que pour des projets de construction dont le coût dépasserait nettement le montant de 5 millions prévu à l'article 48 al. 2 du règlement sur les marchés publics. Dans le cas où un concours serait obligatoire, les nouvelles dispositions de la loi devraient également en préciser le type et admettre le concours d'architecture en entreprise totale, en sus du concours d'architecture ordinaire.

Dans sa réponse du 14 décembre 2020, le Conseil d'Etat a indiqué que la situation juridique qui prévaut actuellement a fait ses preuves dans son ensemble et qu'elle a contribué à la réalisation de constructions et d'infrastructures publiques de qualité tant sur le plan constructif et architectural qu'urbain, mais qu'une adaptation du montant minimal et une clarification sur les différents types de concours pourraient contribuer à plus de clarté, notamment pour les communes.

Cela étant, la multiplication des projets, tant au niveau communal que cantonal, ont amené le Conseil d'Etat à penser que, dans certaines situations, le recours à une procédure de concours de type SIA 142 peut ne pas être adapté à la situation. Il y a d'autres procédures qui ont fait leurs preuves, comme les mandats d'étude parallèles par exemple. Pour le Conseil d'Etat, l'objectif principal reste la recherche de la meilleure solution par une procédure de mise en concurrence des idées accompagnée par un débat de professionnels (jury ou commission), qui permet une pesée des intérêts entre les différents paramètres et contraintes fonctionnels, qualitatifs et quantitatifs, dans une approche globale et objective. Cela répond aussi à la nouvelle démarche de l'Office fédéral de la culture sur la culture du bâti, largement approuvée par les Chambres fédérales dans le cadre du Message sur la culture 2021–24.

Dans certaines circonstances particulières, l'Etat de Fribourg a d'ailleurs déjà renoncé à l'organisation d'un concours de type SIA 142/143, au profit d'une mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offres.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs relevé que le dépôt de la motion Kolly/Brodard survient dans un contexte particulier, puisque l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a adopté en novembre 2019 l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019). Dans le cadre du processus d'adhésion à l'AIMP révisé, le canton de Fribourg a également entamé une révision générale de sa législation en matière de marchés publics.

Aussi, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil d'entrer en matière sur la motion mais de l'autoriser à la traiter, dans l'esprit de l'objectif cité plus haut, dans le cadre de la révision générale de sa législation traitant des marchés publics, dont les travaux ont commencé en septembre 2020.

Le 15 février 2021, le Grand Conseil a accepté d'entrer en matière sur la motion et autorisé le Conseil d'Etat à la traiter dans le cadre de la révision générale sur les marchés publics.

#### 2.4.2. Elaboration d'un nouveau mécanisme

Le groupe de travail «concours et mandats d'étude parallèles», composé de représentants et représentantes de la DAEC, du SBat, du SPC, du comité de l'Association des communes fribourgeoise ainsi que de la SIA Section Fribourg a élaboré, avec le soutien de Me Jean-Michel Brahier, un mécanisme innovant en la matière, avec un système d'étude préliminaire obligatoire à partir d'un certain seuil, afin de mettre en œuvre la motion des députés Kolly et Brodard.

En matière de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, l'étude préliminaire obligatoire permet de déterminer quelle procédure doit être choisie (concours, mandat d'étude parallèle, appel d'offre), sans ne plus imposer l'obligation de recourir systématiquement à la procédure de concours au-delà d'un certain seuil.

Ce compromis permet de répondre au souci des motionnaires d'alléger les procédures, tout en garantissant la qualité des objets puisque des concours/mandats d'étude parallèles seront mis en place là où les résultats de l'étude préliminaire le commandent (du moins lorsque la valeur du marché dépasse les valeurs seuil prévues dans les traités internationaux).

Le principe de base du nouveau système proposé est ancré à l'article 11 LCMP et sera précisé dans le futur règlement.

Un schéma illustrant le nouveau mécanisme proposé figure en annexe du présent rapport.

## 2.5. Consultation

### 2.5.1. Déroulement et participation

Les avant-projets de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 et de loi sur les marchés publics, accompagnés de leur rapport explicatif et du message-type relatif à l'AIMP 2019, ont fait l'objet d'une vaste consultation publique du 22 juin au 23 août 2021. Un projet d'ordonnance sur les marchés publics, concrétisant les deux actes précités, a été mis simultanément en consultation, avec son rapport explicatif. Le dossier de consultation, qui contenait un questionnaire invitant à prendre position sur chacun des articles des trois actes, ainsi que sur les variantes proposées, a été adressé aux Directions de l'Etat, aux services centraux, à toutes les communes, aux partis politiques et à 30 autres acteurs, en particulier dans les principaux domaines concernés (construction, économie, partenariat social). La DAEC a reçu 55 prises de position dont 24 proviennent de communes, 14 de l'administration cantonale, 4 des partis politiques représentés au Grand Conseil et de nombreux autres acteurs.

### 2.5.2. Résultats

#### 2.5.2.1. *Appréciation*

Les destinataires soutiennent l'idée de l'adhésion à l'AIMP 2019 et relèvent apprécier le changement de paradigme induit par celui-ci, notamment au niveau de la prise en compte des critères qualitatifs, du développement durable, de la lutte contre la corruption, le travail noir et les dérives de la sous-traitance. Le fait que le nouvel accord, qui en édictant des règles plus claires, compilant la jurisprudence et intégrant les directives d'exécution (DEMP), renforce la sécurité juridique, a été salué.

Certains regrettent que l'adhésion à l'AIMP 2019 ne puisse se faire qu'en bloc, avec une marge de manœuvre relativement restreinte pour les cantons. Il en est de même pour les conditions de travail, qui en vertu de la loi sur le marché de travail, sont celles du lieu de provenance des soumissionnaires et non pas celles du canton de Fribourg (lieu d'exécution).

La majorité des instances consultées a toutefois relevé que ces aspects sont largement contrebalancés par le changement de paradigme induit par l'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics.

A cet égard, le renforcement des critères qualitatifs, placés désormais au même rang que celui du prix, la prise en compte du développement durable par la création de cellules d'achat au sein de l'administration et d'un monitoring de la durabilité notamment, le contrôle accru du respect des conditions de travail (introduction notamment d'un système de contrôle par carte émanant d'organes paritaires sur les chantiers de

maîtres d'ouvrage publics et l'interdiction de la double sous-traitance) ont été salués.

La création d'une autorité de surveillance en matière de marchés publics rattachée à la Direction en charge des marchés publics est saluée, de même que l'élargissement du centre de compétence actuel à des personnes représentant le comité de l'Association des communes.

Plusieurs instances ont émis le souhait que des ressources supplémentaires soient allouées à l'administration cantonale afin de lui permettre de concrétiser de manière optimale les nouvelles tâches qui découleront de l'AIMP 2019 et de la loi sur les marchés publics.

La question demeurant controversée a trait aux concours et mandats d'études parallèles (MEP) et à la solution proposée en réponse à la motion Kolly/Brodard «Obligation d'organiser un concours». Si les organes de l'administration cantonale, les milieux économiques, les partenaires sociaux et les représentants de la section de la SIA Fribourg saluent le nouveau mécanisme relatif à l'étude préliminaire obligatoire permettant de déterminer si un concours ou des MEP s'avèrent nécessaires, les communes, par le biais notamment de l'ACF, s'opposent à ce système, ainsi que les motionnaires. Les opposants jugent le système trop lourd, compliqué à mettre en place et incompatible avec le principe de l'autonomie communale. Ils demandent la réintroduction d'un seuil (la plupart à hauteur de 20 millions de francs) à partir duquel les concours et MEP s'imposeraient.

#### **2.5.2.2. Principales modifications apportées à l'avant-projet**

Suite à la consultation, quelques modifications ont été apportées à l'avant-projet de loi:

- > Les labels et écolabels ont été érigés au titre d'exigence pour tous les types de marchés de l'Etat (et non plus seulement pour les marchés de construction en bois) et pour les marchés auquel l'Etat participe financièrement. Les labels SNBS et Bois Suisse sont expressément reconnus comme équivalents aux labels internationaux en la matière.
- > La coordination entre les pouvoirs adjudicateurs et les organes paritaires a encore été accrue afin de contrôler le plus étroitement possible le respect des conditions de travail par le soumissionnaire pressenti pour l'adjudication.
- > En matière de concours et de MEP, un seuil a été introduit, à savoir un million de francs, à partir duquel l'étude préliminaire devient obligatoire (auparavant dès 1 franc).
- > La création de cellules d'achat au sein de l'administration cantonale devient potestative et non plus systématique. Le Conseil d'Etat est habilité à créer de telles cellules, s'il le juge nécessaire.
- > Certains thèmes ont été traités dans la loi (réduction des délais pour les marchés non soumis aux traités internatio-

naux) et non plus dans l'ordonnance et vice-versa (composition détaillée du centre de compétence en matière de marchés publics, fonctionnement des cellules d'achat et exceptions au champ d'application).

Enfin, il a été décidé de ne pas traiter le retour de consultation sur l'ordonnance et d'attendre pour cela que le Grand Conseil se soit prononcé sur les deux projets de loi. La mise en consultation simultanée de l'ordonnance avait pour objectif de donner une orientation aux organes consultés sur la manière dont l'AIMP 2019 et la LCMP seraient mis en œuvre au niveau concret mais il convient à présent d'attendre les décisions du Grand Conseil avant de passer au niveau réglementaire.

### **3. Commentaire des articles du projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics**

#### **Art. 1**

##### **Al. 1**

Comme déjà indiqué, l'adhésion à l'AIMP 2019 ne peut se faire qu'en bloc. En d'autres termes, les dispositions de l'AIMP ne peuvent être modifiées ni supprimées, de même qu'une adhésion conditionnelle n'est pas possible. Cela étant, l'Etat a fait usage, par le biais du projet de loi sur les marchés publics (LCMP) de la marge de manœuvre qui lui était laissée sur certains points, afin de tenir compte dans toute la mesure autorisée des intérêts et courants de pensée spécifiques au canton.

##### **Al. 2**

L'AIMP 2019 pourra entrer en vigueur dès que deux cantons au moins l'auront ratifié, ce qui est désormais le cas. Durant les prochains mois, voire les prochaines années, l'ancien AIMP et l'AIMP 2019 cohabiteront. Les cantons qui n'auront pas ratifié l'AIMP 2019 resteront soumis à l'ancien AIMP, ce qui est susceptible de les placer à terme dans une situation juridique délicate, dans la mesure où la quasi-totalité des cantons ont lancé leur processus d'adhésion.

S'agissant du canton de Fribourg, les procédures lancées sous l'ancien droit continueront d'y être soumises. Le nouveau droit sera applicable aux procédures lancées dès son entrée en vigueur.

## 4. Commentaire des articles du projet de loi sur les marchés publics (LCMP)

### 1. *Objet et champ d'application*

#### **Art. 1**      **Objet**

Cet article définit l'objet de la loi. Il s'inscrit dans la logique de l'adhésion du canton de Fribourg à l'AIMP 2019 par loi séparée.

#### **Art. 2**      **Champ d'application (art. 10 AIMP)**

L'art. 2 correspond à l'article 2 al. 2 du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque cantonale fribourgeoise en vertu des art. 63 al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d'autres législations cantonales, ce qui se justifie dès lors que ces établissements revêtent un caractère commercial. L'assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle elle doit être traitée dans la loi plutôt que dans l'ordonnance d'application.

### 2. *Principes généraux*

#### **Art. 3**      **Langue de l'avis d'appel d'offres (art. 48 AIMP)**

Cet article précise dans quelle(s) langue(s) la publication des avis d'appels d'offres publics doit être effectuée. Il concerne les avis de publication d'appels d'offres et non pas le contenu entier des dossiers d'appel d'offres.

#### **Al. 1**

L'alinéa premier impose de publier les appels d'offres publics des marchés soumis aux accords internationaux en français et en allemand, étant rappelé que seul le français est une langue officielle de l'Organisation mondiale du commerce. Pour les marchés soumis aux traités internationaux, une publication en allemand seulement ne respecterait dès lors pas les règles de traités concernés.

#### **Al. 2**

L'alinéa deux prévoit que les avis d'appels d'offres publics des marchés non soumis aux accords internationaux doivent au moins être rédigés dans la langue officielle du lieu d'exécution du marché.

#### **Al. 3**

L'alinéa trois ne concerne que les marchés de l'Etat. Que les marchés de l'Etat soient soumis ou non aux traités internationaux, les avis d'appels d'offres y relatifs doivent être rédigés en français et en allemand.

#### **Art. 4**      **Sous-traitants (art. 12 AIMP)**

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l'a été par le passé l'AIMP 1994/2001 ou ses Directives d'exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d'exclusion ou de révocation imputable à l'un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant.

Cet article régit le recours à la sous-traitance en application des articles 12, 26 et 63 al. 4 AIMP 2019. Il s'inscrit dans le prolongement de la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s'est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

#### **Al. 1 et 2**

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d'annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires aux articles 6, 6a et 1 aRMP. Ils complètent sur ce point l'article 12 al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phase subséquente d'exécution du marché), ainsi que l'art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l'adjudicateur puisse s'assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu'ils sont à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence aux termes de l'art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l'obligation d'annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l'art. 31 al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens. Cette obligation d'annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c'est dans l'offre qu'il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l'exécution du marché.

En phase d'exécution du marché, cette obligation d'annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu désire confier des prestations à un ou plusieurs autres sous-traitants que ceux préalablement annoncés dans son offre.

Par «objet» des prestations sous-traitées, l'on vise la nature des travaux ou des services dont l'exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferrailages et d'échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traite les travaux de peinture des garde-corps.

Dans le domaine informatique, on peut citer l'exemple du fournisseur d'une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traite le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d'un soumissionnaire qui sous-traite la configuration et la gestion d'un cloud ou encore la gestion d'une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d'un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traiter la partie des prestations nécessaires à la réalisation d'un data center. Par «part» des prestations sous-traitées, l'on vise l'aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l'ensemble des prestations qui composent le marché.

### Al. 3

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d'appel d'offres. Aussi, la sous-traitance n'est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n'est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque l'identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l'implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

Pour ces différentes raisons, l'al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l'instar de ce que prévoient déjà d'autres législations cantonales à l'heure actuelle. Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en définitive à n'autoriser qu'un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque le pouvoir adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché. Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu'ils pourront, cas échéant, faire remonter d'un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d'annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu'ils entendent sous-traiter. Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l'avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2<sup>e</sup> niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3<sup>e</sup> niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

### Al. 4

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d'être assortie d'exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ces situations particulières, à l'exemple des marchés de travaux en entreprise générale ou totale, sont énoncées à l'al. 4 et doivent être interprétées restrictivement en pratique quand bien même l'al. 4 confère une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans. Dans les marchés de

travaux en entreprise générale ou totale, l'interdiction générale du recours à la sous sous-traitance autorisera l'adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu'à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d'autres termes, l'entreprise générale ou totale retenue pour l'exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2<sup>e</sup> niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non-respect de cette exigence représente un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

#### **Al. 5**

Le non-respect de l'annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de sous-traitance tout comme le non-respect de l'interdiction du recours à la sous sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l'al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

Ce motif d'exclusion vient s'ajouter à la liste non exhaustive des motifs d'exclusion figurant à l'art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l'art. 63 al. 4 AIMP en relation avec l'art. 12 AIMP. S'il s'avère en sus que le sous-traitant en question n'a pas respecté les exigences de l'art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN, RS 822.41), l'adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 5 LCMP), les autres sanctions prévues par les art. 44 al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

#### **Art. 5 Peines conventionnelles (12 AIMP)**

##### **Al. 1**

Cet article illustre la volonté des pouvoirs adjudicateurs de se montrer exemplaires en la matière et de participer à l'action du Conseil d'Etat, qui a fait du combat contre le travail au noir l'une des priorités de sa politique de lutte contre la criminalité.

La mesure instituée pour atteindre cet objectif s'articule en deux volets.

Il s'agira, d'une part, pour le maître de l'ouvrage et le pouvoir adjudicateur, d'indiquer dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle (par

exemple de type «carte cerbère» ou «carte pro») – ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un système de contrôle par carte professionnelle – permettant de contrôler, selon certains critères, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers (art. 7 LCMP).

D'autre part, des peines conventionnelles seront énoncées dans les documents d'appel d'offres et insérées – en principe – dans le contrat signé à l'issue de l'adjudication. C'est l'objet du présent article.

Le commentaire de l'art. 12 al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l'art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s'engage à payer au pouvoir adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) et des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles. L'introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l'objectif premier n'est pas de permettre à l'adjudicateur d'engranger de l'argent mais bien de prévenir et d'empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l'un de ses sous-traitants, l'adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l'art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu'il ne constitue pas une violation d'une CCT) de même que la conclusion d'accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l'application d'une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l'adjudicateur en application de l'art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l'autorité cantonale de surveillance en application de l'art. 45, al. 1 qui renvoie à l'art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.

## **Art. 6** Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)

### **Al. 1**

L'alinéa 1 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l'art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l'art. 63 al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicable constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d'une concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires.

Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l'art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

### **Al. 2**

Cet alinéa clarifie l'application des conditions de travail au vu des éléments présentés dans le commentaire de l'art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l'art. 12 al. 1 LMP. Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l'art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d'imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe du lieu de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMPrévisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer aux cantons. Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l'été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) à la suite de l'adoption de la LMP

par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d'exécution soit également retenu à l'art. 12 al. 1 AIMP. L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d'autorité d'application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d'exécution à l'art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP que:

- a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figure. En d'autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l'art. 12 al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l'application des conditions de travail «au lieu d'exécution» comme dans la LMP fédérale révisée.;
- b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2 al. 5 et de l'art. 3 LMI.

Selon la COMCO, l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire. L'al. 2 concilie ainsi les conclusions de l'avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64 al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Fribourg, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire.

L'art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét, RS 823.20) demeure réservée en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger.

### **Al. 3**

Cet alinéa ancre dans la loi la coordination nécessaire et obligatoire entre les pouvoirs adjudicateurs et les organes paritaires afin de vérifier, au plus tard avant l'adjudication, du respect des conventions collectives de travail par le soumissionnaire pressenti pour l'adjudication.

#### Al. 4

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l'art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l'adjudicateur du marché de l'ouverture d'une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l'adjudicateur. En l'état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l'ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s'assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

Ce contrôle ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN). Le SECO publie également sur son site internet la liste des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d'offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l'art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét). L'examen de ces deux listes du SECO par le pouvoir adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure.

#### Art. 7 Système de contrôle (art. 12 AIMP)

##### Al. 1

Afin de lutter plus efficacement contre le travail au noir, cet article ancre dans la loi l'exigence pour le maître de l'ouvrage et le pouvoir adjudicateur d'indiquer dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle (par exemple de type «carte cerbère» ou «carte pro») émanant d'organes paritaires- ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système- permettant de contrôler, selon certains critères, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

#### Art. 8 Labels et écolabels

##### Al. 1

Cet article s'inspire de l'article 3b aLMP, issu de la motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse». Il est proposé d'étendre son champ d'application à toutes les sortes de marchés de l'Etat

(fournitures, service, construction) – et non plus seulement les marchés de construction en bois – et à ceux auquel il participe financièrement. Compte tenu du changement de paradigme de l'AIMP 2019 en matière de critères qualitatifs, il est par ailleurs proposé de passer d'une formulation potestative (cf. art. 3b aLMP) à une obligation généralisée.

##### Al. 2

Pour les marchés de construction, l'art. 8 reconnaît le label SNBS, bien qu'il ne s'agisse pas d'un label international, tout comme le Label Bois Suisse. Cette reconnaissance s'explique par le fait que l'obtention des deux labels précités est soumise à de hautes exigences qualitatives, qui permettent de les rendre, d'un point de vue du contenu, au moins équivalents aux labels internationaux en la matière.

##### Al. 3

Pour rester dans la ligne de la solution trouvée dans le cadre de la motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse», le nouvel article mentionne à nouveau mention du certificat d'origine bois suisse (COBS) en tant que label reconnu mais le remplace par sa nouvelle dénomination, à savoir par celle de «Label Bois Suisse».

#### Art. 9 Monitoring de la durabilité

Cet article s'inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de développement durable. Le monitoring de la durabilité des achats et de leur caractère innovant vise un pilotage des acquisitions centré sur des impératifs économiques, écologiques et sociaux, conformément au principe énoncé dans l'article 2 de l'AIMP, concrétisé par les dispositions des articles 12, 26, 27, 29 et 30. Les recommandations sur la durabilité du centre de compétence en matière de marchés publics seront déterminantes pour la définition des indicateurs d'un tel monitoring. La cellule du développement durable, rattachée au SG-DAEC et chargée d'effectuer le monitoring de la durabilité, devra dans l'idéal disposer des ressources nécessaires pour cela.

#### Art. 10 Cellules d'achat

Cet article s'inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de marchés publics axés sur la qualité. Les cellules d'achats regroupent les acquisitions de biens ou services relevant de leur domaine de compétence, sur lesquels elles disposent de solides connaissances. Elles sont familiarisées avec la complexité propre au domaine d'acquisition qui les concerne. Par ailleurs, le regroupement des achats permet de meilleures conditions financières. La création de cellules d'achats spécialisées est donc un gage d'efficacité économique.

Le Conseil d'Etat est habilité à créer de telles cellules au cas par cas, dans les domaines où cela donne du sens, et à définir des périmètres ad hoc pour chacune des cellules permettant de tenir compte des besoins propres d'entités tierces telles que l'Université.

## **Art. 11** Concours et mandats d'étude parallèles

Un schéma illustrant le nouveau mécanisme proposé figure en annexe du présent rapport.

La thématique des concours et des mandats d'étude parallèles n'est abordée que très succinctement par le droit intercantonal des marchés publics. Outre l'adjudication de gré à gré en faveur du lauréat (cf. art. 21 al. 2 let. i AIMP révisé), il est uniquement exigé à l'art. 22 AIMP révisé que «[l]’adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles défini[sse] la procédure au cas par cas dans le respect des principes énoncés dans le présent accord» et que, pour ce faire, «[i]l peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles». Pour le surplus, le canton, en application de la compétence résiduelle conférée par l'art. 63 al. 4 AIMP révisé, peut adopter des dispositions d'exécution en matière de concours et de MEP.

Dans un souci de lisibilité et de transparence, le nouveau droit règlemente désormais de manière détaillée les principales questions que soulèvent les procédures de concours et de mandats d'étude parallèles (ci-après MEP). D'une part, de nouvelles dispositions sont ainsi introduites visant à clarifier plusieurs aspects propres à l'organisation de ces procédures. Elles se basent, dans la mesure du possible, sur celles de l'ordonnance fédérale actuellement en vigueur (OMP), afin d'assurer la cohérence et l'unité des systèmes juridiques fédéral et cantonal. D'autre part, le nouveau droit n'a repris que partiellement le mécanisme des seuils à partir desquels un concours devait être organisé, tel qu'il figurait à l'art. 48 al. 2 aRMP, mais prévoit l'utilisation d'un nouvel instrument jugé plus judicieux et pertinent, inscrit aux art. 10 LMP-FR et 11 RMP-FR.

En prévoyant que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait en principe faire l'objet d'un concours, l'article 48 al. 1 aRMP fixait une règle de comportement à l'intention des adjudicateurs, qui devaient mettre sur pied une procédure de concours pour la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, sauf s'ils étaient en mesure d'invoquer l'une des exceptions figurant aux alinéas 2 et 3. La première exception dépendait de la valeur du projet. Ainsi, l'adjudicateur pouvait renoncer au concours si la valeur du bâtiment était inférieure à «5 millions de francs (indice des prix de janvier 1998)» (soit 5 500 000.– CHF en février 2021) ou si la valeur de l'ouvrage d'art était inférieure à «10 millions de francs (indice des prix de janvier 1998)» (soit 11 000 000.– CHF en février 2021) (art. 48 al. 2 RMP).

La seconde exception à l'obligation d'organiser un concours dépendait du type de construction envisagée. Ainsi, selon l'art. 48 al. 3 RMP, l'adjudicateur pouvait renoncer à organiser un concours s'il s'agissait d'une transformation, si l'objet présentait une complexité particulière ou s'il ne se prêtait pas à un concours.

Dans un arrêt du 19 avril 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 et 4), le Tribunal cantonal avait confirmé le système légal mis en place, validant la solution selon laquelle la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait faire en principe – sous réserve des exceptions des al. 2 et 3 – l'objet d'un concours. Il avait retenu que, «lorsque la prestation essentielle est constituée par une idée ou un concept original, il n'est pas possible de mettre en concurrence les différents soumissionnaires dans le sens usuel du terme, en adjugeant le marché à l'offre économiquement la plus favorable. Du moment que ce sont les idées et concepts qui sont jugés en priorité, non pas des prestations directement comparables sous l'angle purement économique, il est indispensable de disposer d'un autre outil que les appels d'offres pour trouver les solutions convenant à l'adjudicateur et pour attribuer le marché qui en découle. Le système du concours <...> permet une comparaison pertinente dans des conditions équitables». Ces considérations juridiques sont aujourd'hui toujours valables.

Le mécanisme retenu à l'article 48 aRMP, qui avait pourtant fait ses preuves, a récemment fait l'objet de diverses critiques, cristallisées dans la motion 2020-GC-14 Kolly/Brodard «Obligation d'organiser un concours». Ses opposants ont soutenu que la formulation de l'art. 48 aRMP était peu claire lorsqu'il énonçait, à son alinéa premier, que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait «en principe» faire l'objet d'un concours; que l'obligation d'effectuer un concours d'architecture lors de la construction ou de la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art violait l'autonomie communale dont disposent en particulier les communes dans le choix de la procédure à adopter, puisque cette obligation ne se retrouvait pas dans une loi au sens formel; que le montant de 5 millions apparaissait beaucoup trop faible aujourd'hui. Néanmoins, alors qu'ils combattent la réglementation actuelle en estimant qu'elle viole l'autonomie communale, ils ont proposé de garder le concours obligatoire, mais uniquement pour les ouvrages dont le coût de construction se situerait à hauteur de 40 millions de francs.

Dans le cadre des discussions au sein du groupe de travail «Concours» et du COPIL, portant notamment sur la proposition des motionnaires, il a d'abord été envisagé que l'obligation d'effectuer un concours ou des MEP figurant actuellement à l'article 48 aRMP soit modifiée à un double titre. D'une part, seuls les adjudicateurs mentionnés à l'art. 4 al. 1 AIMP y seraient désormais assujettis (et non plus les adjudicateurs exerçant dans les domaines des secteurs). D'autre part, le seuil à partir duquel l'organisation d'un concours ou de MEP est rendue obligatoire serait fixé à la valeur des

marchés soumis aux accords internationaux (et non plus 5 ou 10 millions de francs).

Cette première orientation a fait l'objet de nombreuses discussions et réflexions au sein du groupe de travail «Concours» et du COPIL, motivées par le fait que l'obligation d'effectuer un concours ou des MEP, notamment lorsque l'adjudicateur envisage la construction ou la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, devrait dépendre de l'objet à réaliser et de sa destination, et non du (seul) franchissement d'un seuil financier.

Au terme d'un débat fort constructif, la solution finalement retenue innove en imposant le recours à un nouvel instrument, appelé «étude préliminaire», et en prévoyant que ses conclusions soient juridiquement contraignantes aux (seules) conditions figurant à l'article 10 alinéa 3.

#### Al. 1

L'alinéa 1 délimite le champ d'application de l'étude préliminaire.

Cette dernière doit être élaborée lorsqu'un adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 1 AIMP révisé développe un projet qui porte soit sur la construction, la rénovation ou la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, soit sur l'aménagement du territoire ou l'urbanisme.

Il s'ensuit que seuls sont tenus d'effectuer une étude préliminaires «les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite de leurs activités à caractère commercial ou industriel» (cf. art. 4 al. 1 AIMP). L'art. 3 let. g AIMP définit le terme de «pouvoirs publics» et l'art. 3 let. f celui de «collectivités de droit public», qui sont également appelées «organismes de droit public» («*Einrichtungen des öffentlichen Rechts*»).

Ne sont dès lors pas soumis à l'obligation d'effectuer une étude préliminaire (1) les pouvoirs publics et organismes de droit public, lorsqu'ils exercent des activités commerciales (art. 4 al. 1 in fine a contrario); les entreprises œuvrant dans les domaines des secteurs (adjudicateurs sectoriels cantonaux; art. 4 al. 2 AIMP); les autres collectivités au sens de l'al. 4 let. a et les projets subventionnés au sens de l'al. 4 let. b.

Quant au champ d'application objectif de l'étude préliminaire, il est conditionné à la construction, la rénovation ou la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art. Un bâtiment est une construction immobilière au sens de l'art. 2 de l'ordonnance sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements (ORegBL; RS 431.841). Un ouvrage d'art est une construction d'importance et de grande taille permettant de franchir un obstacle sur une voie de communication routière, ferroviaire ou fluviale (ponts, tunnels) ou un dispositif de

protection contre l'action de la terre ou de l'eau (murs, tranchée couverte, digue, barrages).

Par ailleurs, une étude préliminaire doit également être établie lorsque l'adjudicateur projette d'aménager et d'organiser son territoire et ses espaces urbains.

Le projet mis en consultation prévoyait que l'étude préliminaire était obligatoire dès le 1<sup>er</sup> franc, solution qui a été jugée trop contraignante lors de la consultation. C'est pourquoi le projet de loi prévoit désormais d'élever ce seuil et de n'imposer l'élaboration d'une étude préliminaire que si le coût total du projet est supérieur à 1 million de francs. Avec une telle solution, les adjudicateurs peuvent librement organiser leur procédure d'acquisition, sans établir au préalable une étude préliminaire, lorsque les projets ont un relativement faible impact financier.

#### Al. 2

Le but poursuivi par l'étude préliminaire est défini à l'alinéa 2 et consiste à savoir si un concours ou des MEP sont nécessaires dans un cas d'espèce.

En effet, l'adjudicateur qui envisage l'attribution d'un marché de services (architecture, ingénierie ou autres branches professionnelles apparentées) dans le cadre de la construction, de la rénovation ou de la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme est, toujours et intrinsèquement, confronté à la question de savoir s'il peut attribuer le mandat à l'offre la plus avantageuse, à la suite d'un appel d'offres, ou s'il doit organiser un concours (ou des MEP) afin d'acquiescer des propositions de solutions à son projet (à ce sujet, cf. le commentaire de l'al. 3 ci-après et de l'art. 7 al. 1 RMP-FR). Il doit choisir entre une mise en concurrence qui intervient sous la forme d'un appel d'offres ou sous celle d'un concours (ou de MEP).

Ce choix entre concours ou MEP d'une part, et appel d'offres d'autres part, est effectué par l'adjudicateur dans le cadre d'une phase préalable à toute forme de mise en concurrence, à l'issue de laquelle il est en mesure de retenir la procédure adaptée au cas d'espèce. L'alinéa 2 formalise cette phase préalable en inscrivant dans la réglementation fribourgeoise la nécessité d'établir une étude préliminaire, dont le but consiste justement à déterminer l'utilité d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles lorsque l'adjudicateur développe un projet qui rentre dans le champ d'application de l'al. 1.

En d'autres termes, l'étude préliminaire est une démarche de réflexion pré opérationnelle permettant de bénéficier d'une pluralité de réflexions débouchant sur une conclusion procédurale (voir à ce sujet l'alinéa 3).

Cette étude préliminaire peut être établie soit par un bureau externe, soit directement par les services techniques de l'adjudicateur. Dans l'hypothèse où l'adjudicateur choisit de recourir à un mandataire externe pour établir l'étude préliminaire, il devra l'avertir qu'il ne lui sera, en principe, pas possible de déposer par la suite une proposition.

L'importance de l'étude préliminaire dépend des situations qu'elle doit aborder. Le cas échéant, elle pourra être relativement sommaire et simple et tenir sur une ou deux pages. L'objectif de celle-ci est, on le rappelle, de clarifier en amont quelle est la procédure d'acquisition la plus judicieuse à suivre lorsque l'adjudicateur souhaite construire, rénover ou transformer un bâtiment ou un ouvrage d'art ou lorsqu'il entend acquérir des prestations dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme.

L'élaboration d'une telle étude se justifie non seulement pour les ouvrages importants et onéreux, mais également pour les constructions qui paraissent initialement plus modestes, mais qui, en réalité, se révèlent emblématiques pour les collectivités publiques; c'est la raison pour laquelle le seuil a été fixé à hauteur de 1 million de francs. L'étude préliminaire doit offrir au maître de l'ouvrage le soutien indispensable dont il a besoin à l'engagement de toute nouvelle procédure.

Le contenu spécifique de l'étude préliminaire sera détaillé dans l'ordonnance, conformément à la délégation de compétence prévue dans la loi.

### **Al. 3**

Cet alinéa est déterminant puisqu'il fixe les deux conditions auxquelles un concours ou des MEP doivent être obligatoirement organisés. Tel est le cas si l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet et que la valeur totale du projet est supérieure aux seuils internationaux.

En contrepartie, un concours ou des MEP ne doivent pas être organisés si l'adjudicateur ne cherche pas à acquérir des propositions de solutions au projet.

De même, quand bien même l'adjudicateur chercherait à acquérir des propositions de solutions au projet (et qu'un concours ou des MEP seraient la forme procédurale à retenir), l'adjudicateur reste libre de renoncer à l'organisation d'un concours ou de MEP lorsque la valeur totale du projet est inférieure aux seuils internationaux.

Le droit fribourgeois n'impose dès lors plus, comme précédemment, l'organisation d'un concours à partir d'un montant de 5, respectivement 10 millions de francs (cf. art. 48 al. 1 et 2 aRMP), mais impose désormais l'organisation d'un concours ou de MEP à la réalisation de la double condition prévue à cet alinéa. Cette solution permet de tenir compte des particularités du projet envisagé, tout en restant suffisamment souple et flexible.

#### **a. L'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;**

La première condition porte sur le type de prestations que l'adjudicateur cherche à obtenir.

Un concours ou des MEP sont des procédures incontournables lorsque l'adjudicateur entend acquérir des propositions de solutions au projet qu'il souhaite réaliser. Tel n'est pas le cas s'il recherche des prestations qu'il est objectivement en mesure de décrire avec précision et de manière circonstanciée et qui n'incluent pas de missions de conception particulière.

En d'autres termes, le concours ou les MEP doivent être utilisés lorsque l'adjudicateur est à la recherche, non pas d'une offre de réaliser des prestations qu'il aurait précédemment décrites, mais d'une solution qu'il lui appartient de choisir parmi différentes propositions, c'est-à-dire d'une réponse adéquate au projet envisagé. Ce besoin de procéder par le biais d'un concours ou de MEP résulte du fait que l'adjudicateur n'est pas en mesure de décrire avec suffisamment de précision les prestations qu'il entend acquérir, de sorte qu'il a besoin d'apprécier différentes solutions au projet qu'il entend réaliser (c'est-à-dire au problème auquel il est confronté).

De leur côté, les participants à un concours ou des MEP fournissent des prestations particulières (plans, projets, designs), qui consistent en des propositions de solutions. Ils donnent à l'adjudicateur des réponses diverses et variées, notamment sous l'angle conceptuel, structurel, écologique, économique ou technique, au projet envisagé dans ses principes uniquement. Il leur appartient de décrire les activités futures (réalisation de travaux, exécution de services) que l'adjudicateur devra exercer.

En résumé, l'adjudicateur procède à une mise en concurrence par appel d'offres s'il recherche l'offre la plus avantageuse de la part d'un candidat jugé apte à exécuter un marché clairement déterminé, avec une tâche et des objectifs clairement définis, pour des prestations que l'adjudicateur est en mesure de décrire avec précision et qui n'incluent pas de missions de conception particulière. La voie du concours ou des MEP est en revanche la solution idoine lorsque l'adjudicateur recherche la meilleure solution ou la meilleure idée par rapport à un problème donné. Dans ce cas, l'adjudicateur connaît ses besoins, mais non les moyens permettant d'y répondre au mieux.

#### **b. la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure aux seuils des marchés internationaux.**

La seconde condition porte sur le seuil à partir duquel la conclusion «procédurale» de l'étude préliminaire est contraignante pour l'adjudicateur. L'art. 10 al. 3 limite en effet le caractère contraignant du résultat de l'étude préliminaire

aux seuls projets dont la valeur est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

Le maintien d'un seuil constitue un compromis, qui permet de laisser aux adjudicateurs, notamment au niveau communal, une certaine liberté quant à la manière d'organiser la procédure lorsque les seuils ne sont pas atteints.

En effet, en-dessous des seuils internationaux et pour autant que le coût total du projet soit supérieur à 1 million de franc, l'établissement d'une étude préliminaire reste obligatoire (al. 1), mais non ses conclusions. Dès lors, quand bien même l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur est à la recherche de propositions de solutions, l'adjudicateur reste libre de renoncer à lancer un concours ou des MEP. S'il retient cette solution, alors même qu'il cherche à obtenir des propositions de solutions à son projet, il mandatera, en principe, un architecte ou un ingénieur, qui devra être rémunéré, pour qu'il fasse une étude approfondie du projet, destinée à préparer un cahier des charges précis; le cas échéant, ce travail sera réalisé directement par les services techniques de l'adjudicateur. Ce dernier organisera ensuite des appels d'offres sur la base dudit cahier des charges.

Une telle procédure d'appel d'offres n'est toutefois pas autorisée lorsque la valeur totale du projet est supérieure aux seuils des marchés internationaux (al. 3 let. b) et que l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur n'est pas en mesure de décrire les prestations qu'il attend, car il recherche de simples propositions (concours ou MEP d'idées) ou une véritable solution à un problème (concours ou MEP de projets ou portant sur les études et la réalisation) (al. 3 let. a). En effet, compte tenu des montants en jeu, de l'importance des projets à réaliser, notamment du point de vue de leur intégration dans le paysage urbain et/ou naturel, et de la volonté d'obtenir des projets optimaux et de haute qualité, il est important, aux yeux du législateur, que la réglementation impose, à cette double condition, le recours aux procédures de concours ou de MEP.

### **Légalité et constitutionnalité de la réglementation**

Le régime proposé respecte l'autonomie communale, consacrée à l'art. 50 al. 1 Cst. et dont la teneur est la suivante: «L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal.» Une commune bénéficie ainsi de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou en partie dans sa sphère de décision. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière sont déterminées par le contenu des règles de droit cantonal régissant ladite matière.

En ratifiant l'AIMP révisé, le canton de Fribourg accepte de renoncer à une certaine autonomie législative, puisque l'accord intercantonal règle de nombreux domaines du droit des marchés publics. Il conserve toutefois une compétence

résiduelle instaurée par l'art. 63 al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d'exécution supplémentaires, en sus des dispositions figurant dans la loi d'adhésion-type. En adoptant les présentes règles sur les concours et les mandats d'étude parallèles, et notamment le présent art. 10, le législateur cantonal a décidé de faire usage de cette compétence et de réglementer de manière plus détaillée et précise cette matière, afin qu'elle soit appliquée de manière uniforme sur le territoire cantonal.

Le système proposé reste simple et est implémentable sans difficulté particulière. En tant qu'aide à la décision, l'étude préliminaire est un outil cohérent et utile, qui permettra de choisir la procédure idoine compte tenu des spécificités que soulève le projet, tout en garantissant une parfaite transparence.

Le régime ne restreint pas le champ d'application des concours ou des MEP, puisque ces procédures peuvent être utilisées sans réserve dès lors qu'elles répondent aux besoins de l'acheteur, c'est-à-dire lorsqu'il cherche à acquérir une solution à son projet. Enfin, il permet d'avoir un régime identique pour les cantons et communes.

### **3. Autorités compétentes**

#### **Art. 12 Conseil d'Etat**

Cet article s'inspire de l'article 6 du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019 et s'inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d'Etat par l'article 100 de la Constitution fribourgeoise.

Cet article ancre notamment dans la loi la délégation de compétence en faveur du Conseil d'Etat d'édicter les dispositions d'exécution complémentaires de l'AIMP, ainsi que les dispositions d'exécution de la loi sur les marchés publics.

#### **Art. 13 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)**

##### **Al. 1**

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d'une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu'alors, il n'en existait pas. Il est désormais proposé que la Direction en charge des marchés publics soit l'autorité de surveillance.

L'article 12 LMP-FR vise à concrétiser l'obligation faite aux cantons de veiller au respect de l'AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (LMP-FR et OMP-FR). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un pouvoir adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L'autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière.

Dans sa réponse à la consultation, la Conférence des Préfets, regrettant au passage que l'AIMP 2019 supprime la voie de recours aux Préfectures contre les décisions communales en matière de marchés publics – a indiqué que la DAEC ne pouvait pas être autorité de surveillance des communes et que cela constituerait un précédent non justifiable. La Conférence précitée a dès lors demandé que la clause suivante soit ajoutée à l'article 12: «*La surveillance des communes, des associations communales et des autres commissaires communaux s'exerce conformément aux dispositions de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes*» et donc en d'autres termes que la surveillance en matière communale soit exercée par les Préfets.

Le Conseil d'Etat est d'un avis différent. Il relève qu'il n'est pas question de surveiller les communes en tant qu'entités mais bien les procédures de marchés publics et les enjeux qu'elles soulèvent, quel que soit le pouvoir adjudicateur. Le fait de n'avoir qu'une seule autorité de surveillance en la matière garantit un contrôle et une surveillance uniformes. Un tel contrôle s'apparente à celui qu'exerce le Service public de l'emploi en matière de lutte contre le travail au noir, contrôle qui peut potentiellement concerner les communes.

Au vu de ce qui précède et du fait qu'aucune autre instance n'a émis de remarque sur la solution proposée à l'article 12, le Conseil d'Etat le maintient tel qu'il a été mis en consultation, c'est-à-dire en prévoyant que la DAEC soit l'autorité de surveillance cantonale en matière de marchés publics, quel que soit le pouvoir adjudicateur.

## AI. 2

La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d'inclure dans le champ d'application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu'il s'agisse d'entités lançant des marchés publics ou d'entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l'exécution du marché. Par ailleurs, l'autorité cantonale de surveillance est désignée à l'art. 12 al. 2 let. b LMP-FR comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l'art. 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l'art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages: elle permet d'étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d'un pouvoir adjudicateur. Ainsi les exclusions des marchés

publics futurs prononcées par l'autorité cantonale de surveillance s'appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l'efficacité de ces sanctions. La centralisation des compétences en matière d'exclusion permet en outre d'assurer une certaine uniformité dans l'application des sanctions prononcées à l'encontre des soumissionnaires et des soustraitants au niveau cantonal et le développement d'une pratique respectueuse de l'égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l'art. 44 AIMP 2019, soit notamment l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication. Tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu'encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu'ils contreviennent aux règles de l'AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l'art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c'était le cas jusqu'alors.

S'agissant des adjudicateurs, l'autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l'art. 45 al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur rencontre et à édicter des instructions contraignantes.

## AI. 3

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l'autorité cantonale de surveillance dans l'exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l'autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d'office des cas qui parviennent à sa connaissance.

La let. a règle l'échange d'informations entre l'autorité cantonale de surveillance, d'une part, et les différentes entités pouvant faire l'objet d'un contrôle, d'autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l'autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu'elle instruit et qu'elle est habilitée à requérir l'aide d'experts externes si elle l'estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l'autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu'elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l'appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

## AI. 4

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux

acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d'affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des renseignements de la part d'un pouvoir adjudicateur, d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant dans l'accomplissement de ses tâches.

## **Art. 14** Travail au noir

### **Al. 1**

Selon l'article. 13, al. 1<sup>er</sup>, de la Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN) 13, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s'agit d'une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d'une simple exclusion relative à un marché ou un pouvoir adjudicateur en particulier). Elle concerne l'attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d'études parallèle) (dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in: Zufferey et al. [édit.], *Marchés publics 2016*, Zürich/Bâle/Genève 2016, N 95).

Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d'ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n'en demeure pas moins que pour les marchés d'ores et déjà attribués qui en cours d'exécution, l'adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l'adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l'art. 44 AIMP 2019).

Selon l'article 77a LEMT (RSF 866.1.1), le Service public de l'emploi est l'autorité compétente pour prononcer une exclusion des futurs marchés publics des employeurs au sens de l'article 13 LTN. L'article 49 aRMP prévoit de son côté que les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre

ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans, sans toutefois prévoir quelle autorité peut prononcer ces sanctions.

Il s'agit ici de maintenir ici cette compétence du Service public de l'emploi.

A noter que les décisions d'exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d'une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l'instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét).

Le critère primordial dans l'appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l'art. 13 LTN est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13 al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP du 24 mai 2018, MPU.2018.0008, consid. 2 et arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054 consid. 2b).

La loi sur le travail au noir n'opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l'acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s'acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l'application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, op. cit., N 80). D'après la jurisprudence, le fait qu'un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation (cas de travail au gris) ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, «l'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse désignée fréquemment comme «travail au gris»» (arrêt de la CDAP du

27 janvier 2016, MPU.2015.0054, consid. 2b in fine et arrêt de la CDAP du 26 mars 2014, MPU.2013.0025 consid 9b).

## **Art. 15** Centre de compétence en matière de marchés publics

### **Al. 1 à 5**

Le Centre de compétence fribourgeois en matière de marchés publics assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il est actuellement régi par l'Arrêté du Conseil d'Etat du 11 février 2008, actualisé à plusieurs reprises, dont la dernière fois le 27 mars 2018.

Le Centre de compétence est rattaché au Secrétariat général de la DAEC. Dans sa composition actuelle, il est présidé par le Secrétaire général et composé de la Déléguée au développement durable, de l'Ingénieur cantonal, de l'Architecte cantonal, de la Responsable des questions juridiques en matière de marchés public, d'un représentant du SAMi et d'un représentant du SiTel. Ses tâches consistent à tenir à jour la législation sur les marchés publics, conseiller dans l'application de cette législation et de gérer la page fribourgeoise du site [simap.ch](http://simap.ch). En matière de surveillance sur les marchés publics, il peut donner des instructions dans des cas d'espèce, émettre des directives générales et proposer la création de groupes de travail en lien avec des thématiques diverses.

Plusieurs collaborations ont eu lieu au cours des années, tant avec le comité de l'Association des communes (cours pour les nouveaux élus communaux, élaboration de directives pour le canton et les communes en matière de surcoûts sur les chantiers publics durant le Covid, divers échanges de vue) qu'avec les organisations professionnelles et les partenaires sociaux (élaboration de critères d'adjudication pour les marchés de construction, intégration du développement durable dans les appels d'offres, élaboration d'une directive relative à l'exigence d'un système de contrôle par carte du personnel travaillant sur les chantiers du SPC et du SBat).

Cette collaboration fructueuse a montré que les échanges d'idées et d'expériences entre personnes expertes dans leur domaine d'expérience respectif permet non seulement de traiter une problématique dans sa globalité mais aussi d'apporter des solutions innovantes, qui conviennent tant à l'administration cantonale, qu'aux communes et partenaires privés.

Au vu de ce qui précède, et compte tenu des tâches supplémentaires qui découlent de l'AIMP révisé en matière de formation, développement durable, prévention de la corruption, lutte contre le travail au noir, ainsi que de la volonté de regrouper les achats publics auprès des Services spécialisés en la matière, il est proposé, d'une part, de conserver la composition actuelle du centre de compétence, et d'autre part, de

l'étendre en y incluant des personnes représentant le comité de l'Association des communes, et au cas par cas avec voix consultative, avec des personnes représentant les partenaires sociaux et les associations professionnelles.

La proposition d'intégrer des représentants de l'ACF dans le centre de compétence a été hautement saluée lors de la consultation, ce qui montre bien le souhait des différentes instances de collaborer ensemble aux défis posés par l'AIMP révisé et la nouvelle loi.

Il est proposé que les tâches et responsabilités de ce centre soient détaillées par voie d'ordonnance, ainsi que sa composition précise, étant relevé que de nombreuses instances et organismes ont émis le souhait d'en faire partie ont émané lors de la consultation. L'idée générale reste toutefois qu'outre le maintien des membres actuels – issus de l'administration cantonale et choisis pour leur expertise en la matière-, la composition du centre soit élargie afin que les intérêts principaux soient représentés, mais que le centre garde une dimension raisonnable lui permettant d'être réactif comme c'est le cas aujourd'hui.

## **Art. 16** Adjudicateurs

L'autocontrôle constitue le fondement du contrôle des procédures marchés publics. Selon ce système, la responsabilité première du contrôle des procédures d'adjudication incombe aux adjudicateurs. Ceux-ci doivent s'assurer que le déroulement de leurs procédures est en tous points et à chaque étape conforme au cadre légal.

### *4. Délais et voies de droit*

#### **Art. 17** Réduction des délais (art. 46 al. 4 AIMP)

Cette disposition constitue le pendant de l'art. 47 al. 1 AIMP (qui est elle-même le pendant de l'art. XI par. 4, lit. c AMP 2012) pour les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir pour les marchés organisés en procédure ouverte ou sélective dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils internationales fixées dans l'annexe 1 AIMP 2019 mais également pour les marchés organisés en procédure sur invitation. L'urgence au sens de cet article revêt un degré d'intensité moindre que celle prévue à l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019. Elle n'a pas à être qualifiée d'extrême ou d'impérieuse au sens de l'AMP 2012.

Ce type d'urgence doit être apprécié de cas en cas et faire l'objet d'une pesée des intérêts en présence: celui de l'adjudicateur à pouvoir adjuger plus rapidement son marché en raison de circonstances particulières et celui des soumissionnaires à disposer du délai de remise des offres usuel (20 jours) pour élaborer et déposer leur offre. L'adjudicateur ne devrait pas être en mesure de se prévaloir de l'urgence si cette dernière résulte d'une planification déficiente de sa part ou si l'invoication de l'urgence se révèle d'une quelconque autre manière

incompatible avec la bonne foi dont il doit faire preuve. La réduction du délai de remise des offres ainsi que sa justification devraient, pour respecter le principe de transparence, figurer dans les documents d'appel d'offres.

#### **Art. 18** Notification des décisions (art. 51 AIMP)

L'art. 51 al. 1 AIMP confère aux cantons la liberté de choisir le mode de notification des décisions, autrement dit si les décisions doivent être notifiées par voie individuelle ou par voie de publication.

Actuellement, l'art. 34 a aRMP prévoit que l'adjudicateur communique ses décisions soit par notification individuelle, soit par publication dans la Feuille officielle. A l'avenir, il est proposé, exception faite des avis d'appel d'offres et des décisions d'adjudication rendues à l'issue d'une procédure de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP («gré à gré exceptionnel») qui sont notifiés par voie de publication, que l'adjudicateur communique ses autres décisions (cf. art. 53 al. 1 AIMP) par notification individuelle.

Usuellement, la notification individuelle d'une décision est adressée par pli recommandé pour permettre à l'adjudicateur de suivre son acheminement et de savoir à quel moment précis la décision a été notifiée. La notification de la décision marque, en effet, le point de départ du délai de recours qu'elle intervienne par notification individuelle ou par voie de publication. Lorsqu'un envoi recommandé n'est pas cherché pas le destinataire d'une décision et qu'il est retourné à l'expéditeur (l'adjudicateur) avec la mention «non réclamé», le 7<sup>e</sup> jour du délai de garde vaut notification. Conformément à la jurisprudence, cette fiction de notification ne s'applique que pour autant que le destinataire puisse s'attendre à recevoir une telle décision. Cette fiction de notification s'applique ainsi au soumissionnaire engagé dans une procédure de marché public.

La notification individuelle d'une décision doit être distinguée de l'éventuelle obligation de publication (cf. art. 48 AIMP) de cette décision. Ainsi, une décision d'adjudication intervenant dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective devra, dans un premier temps, faire l'objet d'une notification individuelle aux différents soumissionnaires, en particulier pour ouvrir la voie de recours, puis, dans un deuxième temps, faire l'objet d'un avis publié sur la plateforme simap.ch pour satisfaire aux exigences de publication de l'art. 48 AIMP. Cet avis publié n'ouvrira pas de nouvelles voies de recours (déjà notifiées par la notification individuelle) et son contenu devra répondre aux exigences de l'art. 48 al. 6 AIMP.

En cas d'interruption de procédure, une notification individuelle sera adressée à chaque soumissionnaire partie à la procédure en ouvrant les voies de recours et une publication subséquente (sans notifier de nouvelles voies de recours) paraîtra sur la plateforme simap.ch conformément à l'art. 48 al. 1 AIMP.

Dans l'hypothèse, rare en pratique, où un pouvoir adjudicateur devait interrompre une procédure avant l'échéance du délai de remise des offres, soit avant que les soumissionnaires ne soient connus, la publication de l'interruption de la procédure sur la plateforme simap.ch et vaudra exceptionnellement notification et ouvrira une voie de recours.

#### **Art. 19** Voies de droit (art. 52 AIMP)

##### **Al. 1**

Cet alinéa n'appelle pas de commentaire particulier en lui-même. Il faut néanmoins signaler le fait que la voie de recours au Préfet contre les décisions des communes et associations de communes en matière de marchés publics est supprimée, dans la mesure où l'article 52 AIMP 2019 prévoit que «les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation».

Cette disposition n'offre pas de marge de manœuvre aux cantons dont certains disposent encore, comme les cantons de Fribourg et Berne, d'une voie de recours préalable au Tribunal cantonal contre les décisions communales, en l'occurrence auprès du Préfet.

##### **Al. 2**

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, un recours doit au minimum être possible à partir de la valeur du marché déterminante pour la procédure sur invitation, sachant que les cantons peuvent aussi engager les voies de recours dès un franc ou en fonction du type de procédure (art. 52 al. 1 AIMP 2019). Le projet de LCMP retient que toutes les décisions peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal, hormis celles prises dans le cadre de la procédure de gré à gré pour des marchés dont les valeurs sont inférieures aux seuils fixés, à savoir la procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 1 AIMP 2019, ce indépendamment de la valeur du marché. Il fait ainsi dépendre l'ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché mais bien du type de procédure suivi. Cela signifie que si un adjudicateur choisit une procédure sur invitation en lieu et place d'une procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 1 AIMP 2019, il devra se conformer aux règles régissant le déroulement de la procédure sur invitation et les soumissionnaires évincés pourront recourir à l'encontre de sa décision d'adjudication

## **Art. 20** Disposition transitoire

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l'art. 64 AIMP 2019 afin d'assurer une parfaite cohérence entre l'accord intercantonal et la nouvelle loi.

**Les dispositions finales du projet de LCMP n'appellent pas de commentaire particulier.**

## **5. Conséquences**

### **5.1. Répartition des tâches entre le canton et communes**

Les deux projets de loi n'ont pas d'incidence sur la répartition des tâches entre les cantons et les communes.

### **5.2. Incidences sur le personnel de l'Etat**

Le projet de loi devrait avoir une certaine incidence sur le personnel de l'Etat, dans la mesure notamment où de nouvelles tâches découleront de l'AIMP révisé, en particulier en matière de surveillance et de développement durable. Il est toutefois difficile d'estimer cette incidence à ce stade, dans la mesure où ces nouveautés seront réglementées de manière détaillée dans la future ordonnance. C'est à ce moment-là qu'on pourra comptabiliser les éventuelles ressources supplémentaires nécessaires.

### **5.3. Effets sur le développement durable**

L'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics ont fait l'objet d'une évaluation à l'aune du développement durable. De nombreux critères ont été évalués et il a été estimé que les instruments précités auront un effet extrêmement positif sur le développement durable, dans ses aspects économiques, environnementaux et sociaux.

L'AIMP 2019 constitue un changement de paradigme majeur en rangeant désormais les critères qualitatifs désormais au même niveau que celui du prix, mais aussi en inscrivant le développement durable dans les buts de l'accord à tous les niveaux du processus.

L'AIMP 2019 permet la prise en compte de critères qualitatifs au même titre que celui du prix. Les aspects environnementaux en font partie. Par ailleurs, ces mêmes aspects peuvent aussi être pris en compte au titre de critères d'aptitude et de spécifications techniques. Les dispositions de l'AIMP 2019 comprennent aussi la possibilité d'exiger des labels écologiques reconnus au niveau international ou des critères équivalents à ces mêmes labels. Le nouvel AIMP de même que le projet de nouvelle loi auront dès lors un impact très positif sur les domaines environnementaux.

La reconnaissance des Label Bois Suisse et SNBS comme équivalents aux labels internationaux place les producteurs locaux au même niveau que les producteurs internationaux bénéficiant d'un label écologique, ce qui a des retombées économiques locales positives.

Les coûts du cycle de vie constitueront un critère d'adjudication selon l'AIMP 2019. Le fait de tenir compte des coûts du cycle de vie complet, et donc plus particulièrement des coûts d'exploitation en ce qui concerne les bâtiments, permettra d'éviter des coûts non prévus ni planifiés, générés au fil de l'utilisation des biens acquis. In fine, cela conduit à des économies.

Par ailleurs, la nouvelle LCMP institue des cellules d'achats au sein de l'administration cantonale afin de professionnaliser, rationaliser et optimiser lesdits achats avec des économies significatives et une qualité accrue à la clé. De plus, la loi, en prévoyant un monitoring de la durabilité et de l'innovation, met en place un dispositif garantissant une bonne transparence et livrant les bases pour de futures optimisations.

L'introduction dans l'AIMP de la durabilité parmi les critères d'adjudication permettra aux adjudicateurs de formuler des requêtes allant au-delà des standards minimums établis par la législation sociale et environnementale, lesquels ont déjà un caractère obligatoire. Il s'agit par exemple: du respect de standards plus élevés de protection de la santé et de la sécurité au travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement; des mesures de promotion de la conciliation travail-famille et de la participation des femmes dans les organes dirigeants; en outre, des mesures visant l'accès à une éducation de qualité pour tous et notamment la promotion de la formation professionnelle initiale et de l'intégration socioprofessionnelle, ainsi que des mesures internes de lutte contre la corruption et contre les flux financiers illicites.

Le fait de mettre l'accent et de valoriser la qualité des prestations au même titre que leurs coûts voire davantage permet d'avantager les entreprises locales. De même, la possibilité de recourir raisonnablement à la sous-traitance permet aux PME régionales de rester concurrentielles face aux grandes entreprises générales totales.

Les dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 permettront d'assurer le respect des conventions internationales de travail de même que celle des conventions collectives en vigueur, avec sanction à la clé, que cela concerne le soumissionnaire ou ses sous-traitants. De plus l'exigence dans la loi de la carte professionnelle ou équivalent sur les chantiers des maîtres d'ouvrages publics permet de lutter plus efficacement contre le travail au noir.

L'interdiction de double sous-traitance sauf exceptions pour raisons organisationnelles permet de renforcer encore la lutte contre le travail au noir et les dérives liées à la sous-traitance.

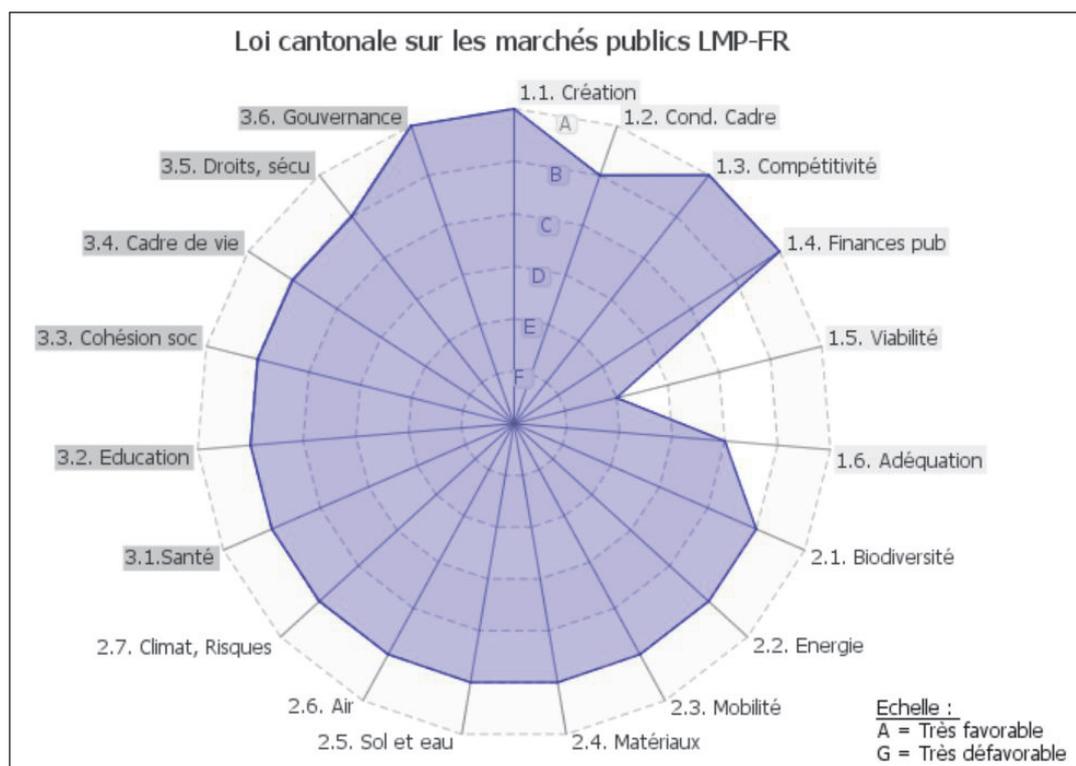
L'exigence dans la loi de la carte professionnelle émanant d'organes paritaires – ou d'un moyen de preuve équivalent – sur les chantiers des maîtres d'ouvrages publics garantit que les travailleurs et travailleuses soient protégés dans leur santé et droits selon les normes en vigueur.

Enfin, l'AIMP 2019 édicte des règles plus claires, intègre/compile la jurisprudence, ce qui renforce la sécurité juridique. Par ailleurs, les processus sont allégés et les nouveaux

moyens électroniques permettent de réduire la charge administrative tant pour les soumissionnaires que les pouvoirs adjudicateurs.

Le seul risque identifié au niveau du projet est celui de ne pas disposer de ressources humaines en suffisance pour concrétiser le changement de paradigme généré par l'AIMP 2019, notamment au niveau du développement durable (cf. ch. 1.5 ci-dessous, viabilité du projet).

### Schéma illustrant le résultat de l'analyse pratiquée selon la Boussole 21



#### Échelle de notation

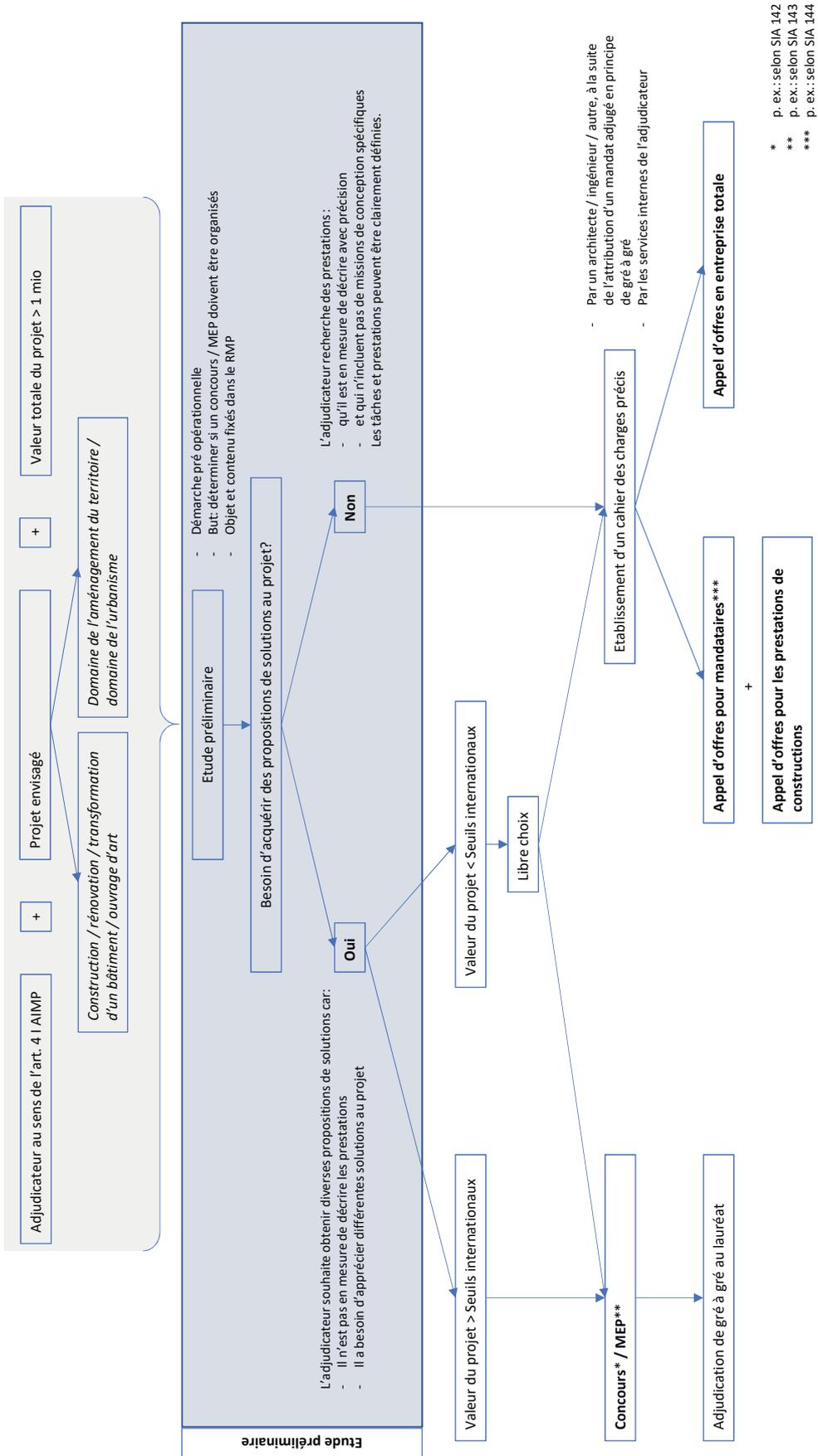
<b>A</b>	Très favorable
<b>B</b>	Favorable
<b>C</b>	Favorable avec quelques réserves
<b>D</b>	Moyen
<b>E</b>	Défavorable avec quelques points favorables
<b>F</b>	Défavorable
<b>G</b>	Très défavorable
<b>X</b>	Pas concerné

### 5.4. Conformité au droit fédéral et à la Constitution cantonale, et euro-compatibilité

Les deux projets de loi sont conformes au droit fédéral et à la Constitution cantonale ainsi que compatibles avec le droit européen.

## 6. Annexe

Schéma illustrant le nouveau mécanisme en matière de concours et de mandats d'étude parallèles (art. 11).





**Botschaft 2021-DAEC-199/200**

14. September 2021

**des Staatsrates an den Grossen Rat zum**

- Gesetzesentwurf über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)**
- Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)**

Wir haben die Ehre, Ihnen mit der vorliegenden Botschaft die Unterstützung des Gesetzesentwurfs über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (im Folgenden: IVöB 2019) sowie den Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) zu unterbreiten.

Dies ist Teil der Gesamtrevision des Schweizerischen Beschaffungsrechts, die durch die Revision des internationalen WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) veranlasst wurde. Neben der Umsetzung der neuen internationalen Anforderungen bieten der IVöB 2019 und der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen den verschiedenen Akteuren folgende nennenswerte Vorteile:

- > ein harmonisiertes, vollständigeres und präziseres Regelwerk;
- > den Einsatz neuer Instrumente, die auf modernen Informationstechnologien basieren;
- > eine Senkung des Verwaltungsaufwands für Anbieter;
- > ein Paradigmenwechsel, der die Vorrangstellung qualitativer Kriterien stärkt und die Verwendung sozialer und umweltpolitischer Kriterien erlaubt;
- > bessere Berücksichtigung von Aspekten der Nachhaltigkeit bei der Bewertung von Ausschreibungen;
- > eine Verschärfung der Präventions- und Kontrollmassnahmen sowie Sanktionen zur Bekämpfung von Missbrauch bei Untervergabe und Schwarzarbeit;
- > eine Erhöhung des Schwellenwerts von 100 000 auf 150 000 Franken (ohne MwSt.), wodurch die freihändige Vergabe von Leistungen ermöglicht wird.

<b>1. Erläuternde Bemerkungen und Gesetzesentwurf zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019)</b>	<b>29</b>
1.1. Einführung	29
1.2. Beitritt zur revidierten IVöB und Folgen für die Kantone	29
1.3. Neuerungen und Grundprinzipien	30
1.4. Vernehmlassung bei den Kantonen	33
1.5. Auswirkungen für Anbieter	34
1.6. Wirkungen für die Auftraggeber	34
<b>2. Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019 und allgemeine Revision des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen</b>	<b>34</b>
2.1. Umsetzung des G PA durch den Kanton Freiburg	34
2.2. Projekt Organisation und Vernehmlassung	35
2.3. Neuerungen und Weiterführungen	35
2.4. Parlamentarische Vorstösse	36
2.5. Vernehmlassung	37
<b>3. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019</b>	<b>38</b>
<b>4. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)</b>	<b>39</b>

<b>5. Konsequenzen</b>	<b>52</b>
5.1. Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden	52
5.2. Auswirkungen auf das Staatspersonal	52
5.3. Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit	52
5.4. Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung sowie Eurokompatibilität	53

---

<b>6. Anhänge</b>	<b>54</b>
-------------------	-----------

## **1. Erläuternde Bemerkungen und Gesetzesentwurf zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019)**

### **1.1. Einführung**

Das öffentliche Beschaffungswesen ist ein wichtiger Sektor der Schweizer Volkswirtschaft. Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen stützt sich auf das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: GPA) und auf das bilaterale Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Das GPA wird von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: IVöB) umgesetzt. Nach der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA (im Folgenden: GPA 2012) waren Anpassungen im nationalen Recht erforderlich.

#### **1.1.1. Harmonisierung**

Wie bereits erwähnt, waren nach der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Gemäss Art. 95 Abs. 2 der Bundesverfassung hat der Bund die Möglichkeit, einen rechtlichen Rahmen für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Artikel 48 der Bundesverfassung erlaubt es den Kantonen auch, untereinander Vereinbarungen zu treffen. Diese Rechtsgrundlagen ermöglichten die gemeinsame Ausarbeitung der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen durch die Kantone und den Bund.

Mit der IVöB 2019 sollen die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens von Bund und Kantonen inhaltlich so weit wie möglich harmonisiert werden, wobei die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Parteien beibehalten wird. Diese Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung ist eine bedeutende Neuerung.

Zu diesem Zweck wurden die Struktur der IVöB 2019 und ihre Terminologie überarbeitet. Bewährte regulatorische Bestimmungen wurden beibehalten (z.B. Handelsverbot, Rechtsmittel) und neue Bestimmungen eingeführt. Für die Kantone ergeben sich dadurch keine wesentlichen grundlegenden Änderungen. Die Änderungen betreffen vor allem

Fragen der Unterstellung (z.B. bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und der Verleihung bestimmter Konzessionen) und neue Instrumente der öffentlichen Auftragsvergabe.

Auch auf kantonaler Ebene wurden Harmonisierungen durchgeführt. Zu diesem Zweck wurden die Bestimmungen, die bisher in den IVöB-Vergaberichtlinien (VRöB) geregelt waren, in die IVöB 2019 integriert. Die IVöB 2019 unterscheidet wie bisher zwischen Aufträgen im Staatsvertragsbereich, d.h. öffentlichen Aufträgen, die im Rahmen der internationalen Beschaffungsverpflichtungen der Schweiz vergeben werden, und Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, d.h. öffentlichen Aufträgen, die nur dem nationalen Recht unterliegen.

#### **1.1.2. Ratifizierung des GPA 2012**

Um an den neuen Entwicklungen und Märkten, die sich aus dem GPA 2012 ergeben, teilzuhaben, musste der Bund sein nationales Recht vorgängig anpassen. Zu diesem Zweck hat die zuständige Behörde, das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB), am 15. November 2019 einstimmig die revidierte IVöB (IVöB 2019) verabschiedet. Der Bund hat auch seinen rechtlichen Rahmen, bestehend aus dem Bundesgesetz und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, angepasst, die am 1. Januar 2021 in Kraft getreten sind. Im Dezember 2020 hat der Bundesrat die Annahmeerkunde des GPA 2012 bei der WTO hinterlegt. Das GPA 2012 ist für die Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft getreten und verschafft Schweizer Unternehmen bis Ende 2021 einen verbesserten Marktzugang von rund 80 bis 100 Mrd. USD pro Jahr.

## **1.2. Beitritt zur revidierten IVöB und Folgen für die Kantone**

### **1.2.1. Beitrittsverfahren**

Interkantonale Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Verträge, die von zwei oder mehreren Kantonen in ihrem Zuständigkeitsbereich abgeschlossen werden. Die vorliegende Vereinbarung zielt darauf ab, die Rechtsgrundlagen zwischen den Kantonen zu vereinheitlichen. Die einzelnen Kantone können den vorliegenden IVöB-Vertragstext entweder genehmigen oder ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt

ist nicht möglich. Dies bestätigte das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) Ende Mai 2021 auf eine Anfrage aus dem Kanton Bern. Sollte ein Kanton einen Vorbehalt anbringen, würde das InöB diesem Kanton den Beitritt zur IVöB 2019 verweigern.

### 1.2.2. Integration der Ausführungsbestimmungen in die revidierte IVöB

Seit Jahren wird von verschiedenen Wirtschaftssektoren eine Harmonisierung der Rechtsordnungen von Bund und Kantonen sowie der Kantone untereinander gefordert. Mit der IVöB 2019 kann dieser Forderung entsprochen werden. Einer der dafür notwendigen Schritte war die Integration der meisten Ausführungsbestimmungen, die bisher auf kantonaler Ebene bzw. in den VRöB geregelt waren, in die revidierte IVöB.

### 1.2.3. Kantonale Ausführungsbestimmungen

Die geltende IVöB ist ein Rahmenvertrag, während die IVöB 2019 praktisch alle Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens regelt. Artikel 63 Abs. 4 sieht allerdings vor, dass die Kantone Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26, erlassen können, sofern die internationalen Verpflichtungen eingehalten werden. Zudem behalten die Kantone die Organisationskompetenz und können frei bestimmen, wer im Kanton für welche Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens zuständig ist.

## 1.3. Neuerungen und Grundprinzipien

Dank dem neuen Beschaffungsrecht werden ein qualitätsorientierter Wettbewerb, Aspekte der Nachhaltigkeit und die Berücksichtigung innovativer Lösungen deutlich an Bedeutung gewinnen. So können Schweizer KMU bei Aufträgen der öffentlichen Hand mit ihrem Qualitätsangebot punkten. Hier eine kurze Übersicht über die wichtigsten Änderungen.

### 1.3.1. Zweckartikel

Der Zweckartikel verlangt nicht mehr nur, dass öffentliche Gelder wirtschaftlich verwendet werden, sondern dass deren Einsatz auch volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltig zu sein hat (Art. 2). Somit werden alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit ausdrücklich abgedeckt. Diese Ergänzung spiegelt das gestiegene Bewusstsein der Gesellschaft für die Notwendigkeit nachhaltigen Handelns wider.

Der Zweckartikel wird zur Auslegung der folgenden Bestimmungen herangezogen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 2 bedeutet nicht, dass der erste Zweck Vorrang vor den folgenden hat. Mit anderen Worten: Alle Zwecke werden jetzt als gleich wichtig angesehen.

### 1.3.2. Klärung der Begriffe und des Anwendungsbereichs

Die IVöB 2019 enthält jetzt eine Liste mit Begriffen (Art. 3), darunter die Begriffe «öffentliches Unternehmen» und «Einrichtung des öffentlichen Rechts». Der subjektive Geltungsbereich in Bezug auf öffentliche Auftraggeber wurde präzisiert (Art. 4). Was den objektiven Geltungsbereich anbelangt, so wurde eine Definition des Begriffs «öffentlicher Auftrag» aufgenommen (Art. 8). Die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen sind nun ausdrücklich als öffentliche Aufträge in den Text aufgenommen worden (Art. 9). Zum einen sieht die IVöB vor, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentliche Aufträge gelten, wenn dem Anbieter aufgrund dieser Übertragung oder Verleihung ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des eidgenössischen und des kantonalen Rechts. So sind z.B. Konzessionen im Bereich der Wasserkraft von diesem neuen Artikel nicht betroffen. Die Ausnahmen (Art. 10) wurden neu definiert und erweitert. So ist vorgesehen, dass die Vereinbarung nicht für Verträge mit Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten gilt (Art. 10 Abs. 1 Bst. e) oder für kantonale und kommunale öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen (Art. 10 Abs. 1 Bst. g). Die IVöB 2019 gibt den Kantonen das Recht, im Rahmen der kantonalen Ausführungsbestimmungen für Verträge mit Organisationen der Arbeitsintegration sowie für Verträge mit kantonalen und kommunalen öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen eine Unterstellung zu definieren. Schliesslich nimmt die IVöB 2019, auch wenn Lehre und Rechtsprechung dies bereits zulassen, vier Arten von Verträgen aus: Monopole, *Instate*-, *Inhouse*- und *quasi Inhouse*-Verträge (Art. 10 Abs. 2).

### 1.3.3. Qualitätsorientierte öffentliche Beschaffung

Ziel des neuen Gesetzes ist es, die Qualität stärker in den Vordergrund zu stellen. Dieser von verschiedenen Stellen als «Paradigmenwechsel» bezeichnete Aspekt spiegelt sich in mehreren Bestimmungen der Vereinbarung wider. Damit hat das Qualitätskriterium an Bedeutung gewonnen und wird dem Preis gleichgestellt, indem es zu einem zwingenden Zuschlagskriterium wird (Art. 29 Abs. 1). In Artikel 41 wird das neue Konzept des «vorteilhaftesten» Angebots anstelle des bisher verwendeten «wirtschaftlich günstigsten» Angebots verankert, um die Bedeutung, die dem wirtschaftlichen Aspekt der Angebote bei ihrer Bewertung beigemessen wird, zu senken. Im Gegensatz dazu können standardisierte Dienstleistungen wie in der Vergangenheit ausschliesslich auf der Grundlage des niedrigsten Gesamtpreises vergeben werden.

Das «vorteilhafteste» Angebot ist dasjenige, das die Zuschlagskriterien, d.h. die Gesamtqualität des Angebots, am besten erfüllt. Aus diesem Grund hat der Anbieter, der das vorteilhafteste Angebot abgegeben hat, gemäss Beschaffungsrecht Anspruch auf den Zuschlag. Dabei werden die Qualität und der Preis einer Leistung berücksichtigt, aber auch, je nach Zweck der Leistung, andere gleichwertige Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Servicebereitschaft usw. (Art. 29). Die Berücksichtigung von Sekundärzwecken (z.B. berufliche Eingliederung, Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung) ist ebenfalls möglich, darf aber nicht zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung oder einer Verweigerung des Marktzutritts führen.

### 1.3.4. Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit spielt in der überarbeiteten IVöB eine zentrale Rolle. Die einschlägigen Bestimmungen sind in den Artikeln 2, 12, 26, 27, 29 und 30 enthalten. Die Aufnahme in Art. 2 markiert einen Paradigmenwechsel, indem die Nachhaltigkeit, die bisher als ein dem Markt fremdes Prinzip angesehen wurde, nun gleichberechtigt neben den anderen Zuschlagskriterien Transparenz, Gleichbehandlung und wirksamer Wettbewerb steht. Sie sollte daher mit der gleichen Priorität angewendet werden. Dies gibt den Auftraggebern mehr Spielraum, um Nachhaltigkeit in ihrer wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Dimension zu berücksichtigen. Diesen Spielraum gilt es nun auszunutzen. Diese Stärkung der Nachhaltigkeit sollte und wird bei zukünftigen Ausschreibungen verstärkt Einfluss auf die Definition des Bedarfs und die Gestaltung der technischen Spezifikationen und Zuschlagskriterien nehmen.

Nachhaltigkeit darf jedoch nicht aus protektionistischen Motiven eingesetzt werden. Die Gleichbehandlung erfordert, dass von schweizerischen und ausländischen Anbietern gleich hohe Nachhaltigkeitsstandards verlangt werden.

### 1.3.5. Neue Vergabekriterien

Mit der IVöB 2019 wird nun die Möglichkeit eingeführt, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines öffentlichen Auftrags auch bisher als «marktfremd» bezeichnete Zuschlagskriterien berücksichtigen kann. Diese Kriterien sind in Art. 29 Abs. 2 festgelegt. Darüber hinaus kann die Vergabestelle nun berücksichtigen, inwieweit die Anbieter Ausbildungsplätze, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmer oder Wiedereingliederungsmöglichkeiten für Langzeitarbeitslose anbieten.

### 1.3.6. Unterstellung bestimmter Konzessionen und Übertragung bestimmter öffentlicher Aufgaben

Die Konzessionen im schweizerischen Verwaltungsrecht sind vielfältig – die eine bestimmte Konzession gibt es nicht. Sie unterliegen dem Beschaffungsrecht, wenn sie eine öffentliche Aufgabe übertragen, was gemäss Artikel 8 das bestimmende Element eines öffentlichen Auftrags ist. Gemäss IVöB 2019 bedeutet die Verleihung einer Konzession an ein Privatunternehmen, dass dieses Rechte erhält, die es vorher nicht hatte. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (z.B. private Nutzungskonzessionen) oder die dem Anbieter keinen besonderen Status verleihen, unterliegen nicht der IVöB 2019.

Aufgrund der begrenzten Ressourcen und der Konzentration auf Kernkompetenzen hat der Staat öffentliche Aufgaben in verschiedenen Bereichen an private Unternehmen auf allen Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) ausgelagert. Wenn der Staat aufgrund einer Rechtsgrundlage beschliesst, eine öffentliche Aufgabe an Dritte zu übertragen, unterliegt die Übertragung dieser öffentlichen Aufgabe grundsätzlich dem Beschaffungsrecht (vgl. hierzu Art. 9), unabhängig davon, ob die Ausführung dieser Aufgabe direkt durch den Vertragspartner oder durch einen Fonds oder eine Versicherung finanziert wird.

Der Verweis auf «öffentliche Aufgaben» umfasst alle Bereiche, in denen der Staat für die Umsetzung verantwortlich ist. Beispiele hierfür sind die Polizei, d.h. der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die Gesundheitspolitik und die Sozialpolitik. Ist der Staat beispielsweise gesetzlich verpflichtet, für die Entsorgung problematischer Abfälle zu sorgen, kann er diese Aufgabe an Dritte delegieren, sofern es dafür eine Rechtsgrundlage gibt.

Für die Kantone und Gemeinden gilt die Verpflichtung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, um die Konzessionen auszuschreiben. Für die Vergabe von Monopol- und Dienstleistungskonzessionen ist das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Rentabilität nicht immer geeignet. Aus diesem Grund gehen die Regeln des Sonderrechts vor (z.B. Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG, Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 62 Abs. 2<sup>bis</sup> WRG; auch kantonale Vorschriften können als Sondergesetze gelten).

### 1.3.7. Gemeinsame Publikationsplattform von Bund und Kantonen

Der Einsatz moderner Informationstechnologie verbessert die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens und erleichtert den Marktzugang. Im offenen wie auch im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Ausschreibung, den Zuschlag und den Abbruch des Verfahrens zwingend auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform (simap.ch) für das öffentliche

Beschaffungswesen (Art. 48). Eine Veröffentlichungspflicht besteht auch bei freihändig erteilten Zuschlägen im Staatsvertragsbereich. Neben den Kantonen, die simap.ch bereits obligatorisch nutzen, müssen nun auch alle anderen öffentlichen Auftraggeber Aufträge im offenen und selektiven Verfahren auf simap.ch veröffentlichen. Es steht den Kantonen frei, zusätzliche Publikationsorgane vorzusehen.

Der verstärkte Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, insbesondere von simap.ch, wird die Transparenz im Beschaffungswesen weiter erhöhen und den Arbeitsaufwand für die Anbieter reduzieren. Gegenwärtig werden auf simap.ch jährlich rund 20 000 Publikationen mit einem Marktwert von rund 17,5 Milliarden Franken veröffentlicht. Mit der gesetzlichen Verpflichtung aller vertragsunterworfenen öffentlichen Auftraggeber zur Veröffentlichung auf simap.ch dürfte die Zahl der veröffentlichten Aufträge und das Volumen der Vergaben in Zukunft deutlich steigen.

### 1.3.8. Verkürzte Fristen zur Beschleunigung des Verfahrens

Das GPA sieht weitere Verkürzungen der Mindestfristen vor, die sich im nationalen Recht niederschlagen. Fristverkürzungen bei Aufträgen im Staatsvertragsbereich sind im offenen Verfahren, aber auch im selektiven Verfahren möglich (Art. 47). Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist für die Einreichung von Angeboten in der Regel 20 Tage. Diese Mindestfrist kann nur in Ausnahmefällen für standardisierte Waren und Dienstleistungen verkürzt werden, wobei jedoch stets eine Mindestfrist von fünf Tagen einzuhalten ist (Art. 46 Abs. 4). Innerhalb der Mindestfrist von fünf Tagen können die Kantone andere Fristen vorsehen.

### 1.3.9. Optimierte Beschwerdeverfahren

Die Beschwerdefrist wurde auf 20 Tage verlängert, um eine Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen zu gewährleisten (Art. 56). Die Kantone haben derzeit nur eine zehntägige Beschwerdefrist. Dies ist im Vergleich zu anderen Rechtsmittelfristen besonders kurz.

Für Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen ist auf kantonaler Ebene nur das Kantonsgericht zuständig, wenn der Auftragswert mindestens den für das Einladungsverfahren relevanten Schwellenwert erreicht (Art. 52). Für den Kanton Freiburg bedeutet dies, dass das Beschwerderecht beim Oberamt gegen kommunale Beschlüsse über öffentliche Aufträge entfällt.

Darüber hinaus kann das Kantonsgericht gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung über allfällige Schadenersatzansprüche entscheiden (Art. 58). Die Gerichtsferien finden weiterhin keine Anwendung.

### 1.3.10. Massnahmen gegen Interessenkonflikte, illegale Absprachen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, und Korruption

Die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb steht im Mittelpunkt der Revision der IVöB. Dies soll vor allem durch mehr Transparenz und eine systematischere Bekämpfung von Korruption erreicht werden, die den Wettbewerb verzerrt oder verhindert. Korruption kann viele Formen annehmen. Sie beruht auf der Gewährung und Annahme von materiellen Vorteilen, auf die kein Rechtsanspruch besteht.

Art. 11 verpflichtet die Kantone, Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption zu treffen. Die Kantone sind verpflichtet, dafür geeignete Massnahmen vorzusehen. Beispiele sind die aktive und angemessene Veröffentlichung aller Informationen über ein Vergabeverfahren und die Offenlegung der einzelnen Verfahrensschritte gegenüber den Anbietern, die Anzeige von Korruption und anderen Straftaten, die aktive Zusammenarbeit bei der Ermittlung und Verfolgung von Korruption sowie das Einfrieren, die Beschlagnahme, die Einziehung und die Rückgabe von Erträgen aus Straftaten, die Verhängung von Disziplinar massnahmen und die Umsetzung personeller Konsequenzen, die aktive Förderung und Verbreitung der Korruptionsprävention sowie die Verhinderung von Korruption, die Aus- und Weiterbildung von Auftraggebern oder die Anwendung von Verhaltensregeln zur korrekten und ordnungsgemässen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers.

### 1.3.11. Ausschluss, Widerruf und Sanktionen

Die beispielhaft aufgeführte Liste der Ausschluss- und Widerrufsgründe ist in der IVöB 2019 systematischer und ausführlicher strukturiert. Art. 44 enthält eine nicht erschöpfende Liste von möglichen Gründen. Es werden nun zwei Kategorien unterschieden: Abs. 1 erfordert bestimmte Kenntnisse, um einen Ausschluss, einen Widerruf oder eine Streichung von einer amtlichen Liste auszusprechen. Eine wichtige Neuerung ist, dass die Vergabestelle negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen sowie die Ergebnisse von Untersuchungen der WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann (Bst. h). Der Auftraggeber hat auch die Möglichkeit, Anbieter nicht zu berücksichtigen, gegen die ein wirksam gewordener Ausschluss nach Art. 45 Abs. 1 (Bst. j) vorliegt. Liegen hinreichende Anhaltspunkte vor, kann der Auftraggeber gemäss Abs. 2 Anbieter ausschliessen, von einer Liste streichen oder den Zuschlag widerrufen. Wird der Ausschluss oder der Widerruf auf einen nicht angegebenen Grund gestützt, muss der Auftraggeber in jedem Fall über ausreichende Beweise verfügen.

Ausserdem werden in Art. 45 die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» (bis zu fünf Jahren) und «Geldbusse» (bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises) in die revidierte IVöB aufgenommen. Es wird eine nicht-öffentliche Liste der zugelassenen Anbieter und Subunternehmer geführt.

### 1.3.12. Neue Instrumente

Die IVöB 2019 zielt darauf ab, öffentlichen Auftraggebern und Anbietern grösste Flexibilität (übereinstimmend mit den Grundsätzen des Beschaffungsrechts) zu bieten und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen zu fördern. Auf der Hardwareseite umfassen die vorgeschlagenen Änderungen die Einführung flexibler Erfassungstools, welche die Entwicklung innovativer Lösungen ermöglichen. Ziel ist es, so viel Flexibilität wie möglich für künftige Entwicklungen zu schaffen, zum Beispiel in der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen. Instrumente wie der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbieter (Art. 24), die bereits seit längerem in der Praxis genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (Art. 25) sowie das Verfahren zum Abschluss von Folgeverträgen und die Durchführung von elektronischen Auktionen (Art. 23) sind in der IVöB verankert.

### 1.3.13. Dialog

Bei komplexen Aufträgen, intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen ist es oft nicht möglich, den Inhalt des Auftrags vor dem Verfahren in den Ausschreibungsunterlagen ausreichend zu formulieren und zu definieren. In diesem Fall kann im Rahmen eines selektiven oder offenen Verfahrens der Dialog gesucht und durchgeführt werden.

Im Rahmen des Dialogs kann der Auftraggeber in Absprache mit den ausgewählten Anbietern mögliche Lösungen oder Verfahren entwickeln, die am Ende des Dialogs zu einer Beschreibung der zu erbringenden Leistungen führen sollten, die sowohl den Anforderungen des Auftraggebers als auch den Kapazitäten und Ressourcen der Anbieter Rechnung trägt. Dies gibt dem Auftraggeber ein Instrument an die Hand, um das spezifische Know-how der Anbieter auf einem bestimmten Markt zu nutzen und Innovation zu fördern. Verfahrensabbrüche und Neuausschreibungen können so vermieden werden. Auch für die Anbieter hat der Dialog einen Vorteil: Sie müssen ihr Angebot nicht schon zu Beginn des Vergabeverfahrens detailliert ausarbeiten, sondern können es in einem laufenden Prozess verfeinern.

Der Dialog darf nicht aufgenommen werden, um über Preisangebote zu verhandeln (vgl. hierzu Art. 11 Bst. d). Es wird daher ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Dialog nicht zum Zweck geführt werden darf, Preise und Gesamtpreise zu verhandeln (Art. 24 Abs. 2).

Ein Beispiel für eine solch komplexe Aufgabe, bei der die Rahmenbedingungen nicht im Voraus festgelegt werden können, ist die Umnutzung einer Industriebrache mit unbekannter künftiger Nutzung und vielen beteiligten Eigentümern.

### 1.3.14. Rahmenverträge

Bei Rahmenverträgen bezieht sich die Ausschreibung nicht auf ein bestimmtes Leistungsvolumen, sondern auf das Recht des Auftraggebers, bestimmte Leistungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erwerben. Rahmenverträge werden vor allem aus wirtschaftlichen Gründen ausgeschrieben, um die Abhängigkeit von einem einzigen Lieferanten zu vermeiden oder um Versorgungsschwierigkeiten vorzubeugen. Die Möglichkeit, Rahmenverträge zu schliessen, ist kein Verfahren an sich. Sie kann in bestehenden Vergabeverfahren angewendet werden. Auch wenn das Instrument des Rahmenvertrags dem öffentlichen Auftraggeber eine gewisse Flexibilität einräumt, verlangt die IVöB 2019 eindeutig, dass zumindest die Laufzeit des Rahmenvertrags sowie die (Höchst-) Preise festgelegt werden. Auch der Vertragsgegenstand muss so konkret und umfassend wie möglich definiert werden, um abrechenbare Preise zu erhalten.

Die IVöB 2019 unterscheidet zwischen einem Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter (vgl. Art. 25 Abs. 4) und einem Rahmenvertrag mit mehreren Anbietern (vgl. Art. 25 Abs. 5). Ausserdem sind für Rahmenverträge mit mehreren Anbietern «zureichende Gründe» erforderlich.

### 1.3.15. Elektronische Auktionen

Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern ein Instrument, das im Rahmen eines Beschaffungsprojekts eingesetzt werden kann.

In einer ersten Phase (Präqualifikation) prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Erst in einem zweiten Schritt findet die eigentliche Auktion im Verfahren statt, da mehrere Bewertungssitzungen möglich sind. Die Anbieter können den Preis oder bestimmte quantifizierbare Bestandteile ihres Angebots ändern. Die Auswertung der geänderten Angebote und die entsprechende Neueinstufung der Anbieter erfolgen durch ein automatisiertes System.

Der Anwendungsbereich der elektronischen Auktion erstreckt sich nur auf standardisierte Leistungen. Andere Leistungen (z.B. intellektuelle Dienstleistungen) können daher nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein. Die Praxis wird zeigen müssen, wo dieses neue Instrument gewinnbringend eingesetzt werden kann.

## 1.4. Vernehmlassung bei den Kantonen

Die Vernehmlassung zur E-IVöB lief vom 22. September bis zum 19. Dezember 2014. Alle Kantone sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen nahmen daran teil. Eine kantonale Delegation der Arbeitsgruppe stellte der Interparlamentarischen Koordinationsstelle (BIC) das Projekt vor und

stand für einen Austausch zur Verfügung. Eine Stellungnahme des BIC ist ebenfalls eingegangen.

In ihren Kommentaren äusserten sich die Teilnehmer der Vernehmlassung zur vorgeschlagenen Parallelharmonisierung, zu den Rechtsmitteln, zur Aufrechterhaltung des Handelsverbots und zum Beschwerderecht der Behörden, wie es die WEKO vorschlägt. In anderen Stellungnahmen forderten die Teilnehmer der Vernehmlassung eine stärkere Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in Bezug auf ökologische, soziale und wirtschaftliche Aspekte.

Am Ende des Vernehmlassungsverfahrens wurde der Entwurf unter Berücksichtigung der eingegangenen Antworten überarbeitet. Aufgrund der Überweisung des Revisionsentwurfs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (eÖBG) an das eidgenössische Parlament am 15. Februar 2017 sistierten die Kantone ihre Arbeiten, um die angestrebte Parallelharmonisierung mit dem Bund gewährleisten zu können.

Nach der Verabschiedung der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen mit verschiedenen Änderungen in den Schlussberatungen von National- und Ständerat am 21. Juni 2019 haben die Kantone erneut geprüft, welche dieser Änderungen im Hinblick auf die Parallelharmonisierung auch in die IVöB aufgenommen werden sollen und welche hingegen vom Bundesrecht abweichen sollen.

Zu diesem Zweck wurde eine kurze Anhörung durchgeführt, zu der auch die BIC eingeladen war. Anschliessend wurden jene Bestimmungen angepasst, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Harmonisierung zustimmten. Die Anpassungen, für die keine eindeutige Mehrheit ermittelt werden konnte, wurden an der Generalversammlung im September und der Sondervollversammlung im November 2019 eingehend erörtert und anschliessend per Abstimmung beschlossen. Die vorliegende Interkantonale Vereinbarung ist daher eine sorgfältig ausgearbeitete und solide Vereinbarung.

## 1.5. Auswirkungen für Anbieter

Die Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Beschaffungsregeln ermöglicht es den Anbietern, ihre Prozesse weiter zu standardisieren. Sie können mit weniger Klärungsaufwand rechnen, insbesondere wegen der zu erwartenden grösseren Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Klarheit der Rechtsgrundlagen.

Einige Bestimmungen zielen auch direkt darauf ab, den Verwaltungsaufwand für die Anbieter zu verringern. So können die Auftraggeber Bescheinigungen über die Teilnahmevoraussetzungen der Anbieter erst in einem späteren Stadium des Verfahrens verlangen (z.B. eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3). Der verstärkte Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, insbesondere die gemeinsame Internetplattform von

Bund und Kantonen (simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand für die Anbieter ebenfalls reduzieren.

Dank neuer Vorgaben wie der erhöhten Nachfrage nach Qualität, der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit und der Innovationsfähigkeit der Unternehmen können die Schweizer KMU ihre Stärken im öffentlichen Beschaffungswesen ausspielen.

## 1.6. Wirkungen für die Auftraggeber

Die Überarbeitung der IVöB führt zu einer Vereinfachung und Verbesserung des Rechtsrahmens. Bewährte Instrumente wie die Verwendung von Inhouse-Verträgen (Art. 10 Abs. 3 Bst. c) oder Rahmenverträgen (Art. 25) wurden in der revidierten Vereinbarung verankert. Das Ergebnis sind umfassendere und genauere Bestimmungen. Darüber hinaus stehen den Auftraggebern und Anbietern neue Instrumente wie die elektronische Auktion (Art. 23) oder das Dialogverfahren (Art. 24) zur Verfügung. Dies führt zu einer grösseren Flexibilität und fördert den Einsatz moderner Informationstechnologien.

Darüber hinaus wurden Sanktionen zur Verfolgung von Anbietern und Subunternehmern eingeführt. Die Bestimmungen der Art. 44 und 45 sehen die Möglichkeit vor, Bussen zu verhängen, die bis zu fünf Jahren Ausschluss von künftigen Aufträgen reichen können. In leichteren Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden. Damit soll sichergestellt werden, dass die bestehenden Bestimmungen zu Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit und Umweltschutz eingehalten werden. Schliesslich wurde der Schwellenwert für Lieferungen im freihändigen Verfahren von 100 000 auf 150 000 Franken angehoben. Dies hat den Vorteil, dass die Auftraggeber grössere Flexibilität bei der Vergabe kleinerer Lieferaufträge erhalten.

Ausserdem ist dieser Schwellenwert jetzt an die Schwellenwerte der Vergabe im freihändigen Verfahren von Dienstleistungsaufträgen und Bauaufträgen für Sekundärwerke angepasst. Damit wird eine Harmonisierung mit den Schwellenwerten der Bundesregierung im Bereich der Vergabe im freihändigen Verfahren erreicht.

## 2. Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019 und allgemeine Revision des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

### 2.1. Umsetzung des GPA 2012 durch den Kanton Freiburg

Die IVöB 2019 harmonisiert auf interkantonaler Ebene die verbindlichen Bestimmungen des GPA 2012, das die internationale Grundlage für das öffentliche Beschaffungsrecht darstellt. Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 kommt der Kanton Freiburg somit seiner Verpflichtung nach, diese Bestimmungen in sein kantonales Recht zu übernehmen.

Für den Kanton Freiburg bedeutet der Beitritt zur IVöB 2019 eine Überarbeitung seiner Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, d.h. eine Totalrevision des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; SGF 122.91.1) und seiner Ausführungsverordnung vom 28. April 1998 (ÖBR; SGF 122.91.11).

## 2.2. Projektorganisation und Vernehmlassung

Um die Folgen dieses Beitritts zu analysieren und mit der allgemeinen Revision des Gesetzes und der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen fortzufahren, hat der Staatsrat am 29. Juni 2020 auf Vorschlag der Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion (RUBD) eine Projektorganisation validiert, die aus einer COPIL, einem Projektkomitee und spezifischen Arbeitsgruppen besteht und die Möglichkeit bietet, Experten hinzuzuziehen.

Das Dossier wurde auch erneut der Kommission für auswärtige Angelegenheiten vorgelegt, die es seit der Veröffentlichung der revidierten IVöB regelmässig verfolgt hat.

Die COPIL, unter dem Vorsitz des RUB-Direktors und bestehend aus Vertretern der Verwaltung, die im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, der Finanzen und der nachhaltigen Entwicklung tätig sind, Mitgliedern der Justiz, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands, der Tarifpartner (FBV, UNIA, FEDE und des Arbeitgeberverbands) und der SIA-Sektion Freiburg, wurde mit der Weiterverfolgung der Arbeiten zum Beitritt zur neuen IVöB sowie zur Revision der Freiburger Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen betraut. Die Aufgaben bestanden darin, Orientierungen und Ideen vorzuschlagen sowie die vom Projektkomitee entwickelten Texte und Konzepte zu diskutieren und zu validieren.

Das Projektkomitee, das von dem für das öffentliche Beschaffungswesen zuständigen Rechtsberater der RUBD geleitet wird und sich aus Vertretern der Verwaltung, die im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, der Finanzen, des Rechts und der nachhaltigen Entwicklung tätig sind, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands, der öffentlichen Unternehmen und der Tarifpartner zusammensetzt, hatte die Aufgabe, COPIL-Konzepte und -Lösungen für die Ausarbeitung einerseits der Beitrittsurkunde und andererseits eines Gesetzesvorentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen inklusive Ausführungsverordnung vorzuschlagen.

Vier Arbeitsgruppen haben ausserdem an spezifischen Themen gearbeitet: Wahrung der Arbeitsbedingungen, Nachhaltigkeit, Wettbewerbe und Studienaufträge sowie Ausarbeitung der Gesetze. Diese Gruppen sind aus verschiedenen Mitgliedern der COPIL und des Projektkomitees nach Fachgebieten zusammengesetzt. Die Gruppe «Wettbewerbe und Studienaufträge» hat auf den wertvollen Beitrag von Herrn Jean-Michel Brahier, Rechtsanwalt, Doktor der Rechtswissenschaften und Dozent an der Universität Freiburg, zählen können.

Zum Abschluss hat Professor Martin Beyeler dem Projektleiter unentgeltlich einige Überlegungen und weitere Punkte zur IVöB 2019 zur Verfügung gestellt.

Dank dem grossartigen Engagement der verschiedenen Teilnehmer und dem konstruktiven Geist schritten die Arbeiten zügig voran und führten innerhalb eines Jahres zu einem Vorentwurf der Beitrittserklärung, einem Gesetzesvorentwurf und dessen Erläuterungsbericht sowie einem Reglement und dessen Kommentar.

Damit die Arbeiten in diesem Jahr mit denselben Teilnehmern, darunter auch Parlamentarier, fortgesetzt werden können und der Grosse Rat den Gesetzesvorentwurf noch vor Ende der laufenden Legislaturperiode behandeln kann, wird die Vernehmlassungsfrist auf zwei Monate verkürzt und das Projekt vom 22. Juni bis zum 23. August 2021 zur Vernehmlassung unterbreitet.

## 2.3. Neuerungen und Weiterführungen

Umfassender und präziser als ihre Vorgängerin, optimiert die IVöB 2019 die aktuelle Gesetzeslage und macht sie transparenter. Sie klärt bestimmte Begriffe durch gesetzliche Bestimmungen, erarbeitet die Rechtsprechung und liefert letztlich ein lang ersehntes gemeinsames Regelwerk für das öffentliche Beschaffungswesen auf Ebene der Kantone und, mit wenigen Ausnahmen, des Bundes. Diese Harmonisierung wird es den Anbietern ermöglichen, ihre Ausschreibungsprozesse weiter zu standardisieren und damit ihren administrativen Aufwand zu reduzieren.

Als Gegenleistung für den Zugang zu diesem neuen Regelwerk erklärt sich der Kanton Freiburg (wie auch andere Kantone) bereit, seine gesetzgeberische Autonomie weitgehend aufzugeben, vorbehaltlich der in Art. 63 Abs. 4 IVöB festgelegten Restkompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen in bestimmten begrenzten Bereichen.

Für den Kanton Freiburg entspricht der Beitritt zur IVöB 2019 der geltenden Rechtslage. Auftraggeber, Anbieter und Vertreter behalten somit bis zu einem gewissen Grad ihre Automatismen.

Dieser Beitritt erfordert die Umsetzung und Implementierung bestimmter Bestimmungen auf kantonaler Ebene. So sind beispielsweise die verschiedenen zuständigen Behörden zu benennen, insbesondere die für die Verhängung von Sanktionen im Sinne von Art. 45 IVöB zuständige Behörde; es ist aber auch festzulegen, ob das Vorhandensein von Prüfungsverfahren (Art. 52, Abs. 1 IVöB) für kleine Aufträge von einem Schwellenwert oder einer bestimmten Verfahrensart abhängt bzw. die Regeln zu bestimmen, die in einem Vergabeverfahren angewendet werden sollen.

In Bezug auf die Unterstellung schlägt der Kanton Freiburg vor, dem Standpunkt zu folgen, den die Schweizerische Konferenz der kantonalen Bau-, Raumplanungs- und Umweltdirektoren (GDK) in Art. 10 Abs. 1 Bst. g IVöB 2019 verabschiedet hat, um die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden von der öffentlichen Beschaffung auszunehmen. Es schlägt ausserdem vor, dass Aufträge, die an Organisationen der Arbeitsintegration – und anderen – vergeben werden, vom Geltungsbereich der öffentlichen Aufträge gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB 2010 ausgenommen sind. Schliesslich wurde die Ausnahme der Freiburger Kantonalbank, die bisher in den kantonalen Vorschriften enthalten war (vgl. Art. 2 Abs. 2 ÖBR), in das Gesetz aufgenommen.

Der Kanton Freiburg möchte ausserdem die Gelegenheit dieses Beitritts nutzen, um zusätzlich zu den bereits in der IVöB 2019 vorgesehenen Sanktionen und Massnahmen neue Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen bei der kaskadierenden Untervergabe (Schwarzarbeit, Verletzung von Arbeitsbedingungen und Löhnen) einzuführen, indem die Untervergabe grundsätzlich verboten wird. Dieses Verbot, das bereits in anderen kantonalen Gesetzen besteht, ist jedoch mit Ausnahmen versehen. Zu diesem Verbot wird auch die Verpflichtung für den Auftraggeber eingeführt, in den mit dem erfolgreichen Anbieter abgeschlossenen Vertrag eine Vertragsstrafe aufzunehmen, um während der gesamten Ausführungsphase des Vertrages sicherzustellen, dass die Anforderungen von Art. 12 IVöB (z.B. Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen, Verbot der Schwarzarbeit oder Lohnleichheit), die bereits im geltenden Gesetz vorgesehen sind, eingehalten werden.

Anlässlich der vollständigen Überarbeitung seiner Gesetzgebung schlägt auch der Kanton Freiburg vor, verschiedene Grundsätze in Bezug auf die Nachhaltigkeit in sein eigenes Gesetz aufzunehmen und damit seine derzeitige Gesetzgebung im Einklang mit dem von der IVöB 2019 angestrebten Paradigmenwechsel (qualitätsorientierte Verträge) zu stärken.

Weiter schlägt der Kanton Freiburg vor, das Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen im Gesetz zu verankern, wobei der Vorstand des Gemeindeverbands, die Sozialpartner und die Berufsverbände vertreten sein sollen. Ziel ist es, Antworten zu finden, Schulungen zu entwickeln und Musterdokumente zu erstellen, indem Synergien der Mitglieder eines interdisziplinären Teams genutzt werden.

Zu beachten ist auch, dass die Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht mit der parallel laufenden Revision des Beschaffungsrechts endet, sondern eine enge Zusammenarbeit und Koordination in Ausführungsfragen erfordert, sowohl zwischen den Kantonen als auch zwischen den Kantonen und dem Bund. An der ausserordentlichen Plenarversammlung des InöB vom 15. November 2019 haben sich Bundesrat Ueli Maurer und Vertreter der Kantonsregie-

rungen für eine harmonisierte Umsetzung des neuen Gesetzes ausgesprochen. Diese Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Ausführung ist für alle Akteure des öffentlichen Beschaffungswesens von Vorteil.

## 2.4. Parlamentarische Vorstösse

### 2.4.1. Kontext

In einer am 5. Februar 2020 eingereichten und ausgearbeiteten Motion (2020-GC-14) haben die Abgeordneten Nicolas Kolly und Claude Brodard eine Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen gefordert, damit die öffentliche Hand nicht mehr systematisch verpflichtet ist, einen Architektenwettbewerb für Bau- und Renovationsprojekte in öffentlichen Gebäuden durchzuführen.

Die Motionäre schlugen vor, einen neuen Artikel in das Beschaffungsgesetz aufzunehmen, der die Durchführung eines Architektenwettbewerbs für öffentliche Gebäude fakultativ macht und dieses Verfahren nur für Bauvorhaben vorschreibt, die deutlich mehr als die in Art. 48 Abs. 2 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen festgelegten 5 Millionen Franken kosten. Für den Fall, dass ein Wettbewerb zwingend vorgeschrieben ist, sollten die neuen gesetzlichen Bestimmungen auch die Art des Wettbewerbs festlegen und neben dem gewöhnlichen Architektenwettbewerb auch einen Architektenwettbewerb als Generalunternehmen zulassen.

In seiner Antwort vom 14. Dezember 2020 wies der Staatsrat darauf hin, dass sich die derzeitige Rechtslage im Grossen und Ganzen bewährt und zur Realisierung hochwertiger öffentlicher Bauten und Infrastrukturen sowohl in baulicher als auch in architektonischer und städtebaulicher Hinsicht beigetragen hat, dass aber eine Anpassung des Mindestbetrags und eine Klarstellung der verschiedenen Wettbewerbsarten zu mehr Klarheit, insbesondere für die Gemeinden, beitragen könnte.

Die Vervielfachung der Projekte, sowohl auf kommunaler als auch auf kantonaler Ebene, hat den Staatsrat jedoch zu der Ansicht veranlasst, dass die Anwendung eines Wettbewerbsverfahrens vom Typ SIA 142 in bestimmten Situationen möglicherweise nicht angemessen ist. Es gibt andere Verfahren, die sich bewährt haben, wie die parallelen Studienaufträge. Für den Staatsrat bleibt das Hauptziel die Suche nach der besten Lösung durch ein Verfahren des Ideenwettbewerbs mit anschliessender Diskussion unter Fachleuten (Jury oder Kommission), was eine Interessenabwägung zwischen den verschiedenen funktionalen, qualitativen und quantitativen Parametern und Zwängen unter Zugrundlegung eines globalen und objektiven Ansatzes ermöglicht. Dies entspricht auch dem neuen Ansatz des Bundesamts für Kultur, der im Rahmen des Kulturgesetzes 2021–2024 von den eidgenössischen Räten weitgehend gutgeheissen wurde.

Unter bestimmten Umständen hat der Staat Freiburg bereits auf die Durchführung eines Wettbewerbs vom Typ SIA 142/143 zugunsten eines Ausschreibungsverfahrens verzichtet.

Weiterhin hat der Staatsrat festgehalten, dass die Einreichung der Motion Kolly/Brodard in einem besonderen Kontext steht, da das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) im November 2019 die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) verabschiedet hat. Im Rahmen des Beitritts zur revidierten IVöB hat der Kanton Freiburg auch eine allgemeine Revision seiner Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen eingeleitet.

Der Staatsrat hat deshalb dem Grossen Rat vorgeschlagen, die Motion zu prüfen und ihn (den Staatsrat) aber gleichzeitig zu ermächtigen, die Motion im Sinne der oben erwähnten Zielsetzung im Rahmen der allgemeinen Revision der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen zu behandeln, zu der die Arbeiten im September 2020 begonnen haben.

Am 15. Februar 2021 stimmte der Grosse Rat zu, die Motion aufzugreifen, und ermächtigte den Staatsrat, sie im Rahmen der Gesamtrevision des öffentlichen Beschaffungswesens zu behandeln.

#### 2.4.2. Entwicklung eines neuen Mechanismus

Die Arbeitsgruppe «Wettbewerbe und Studienaufträge», die sich aus Vertretern der RUBD, des HBA, des TBA, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands und der SIA-Sektion Freiburg zusammensetzt, hat mit Unterstützung von Jean-Michel Brahier einen innovativen Mechanismus in diesem Bereich mit einem obligatorischen Vorstudienystem entwickelt, um die Motion der Abgeordneten Kolly und Brodard umzusetzen.

Bei Bau, Renovation oder Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich Raumplanung und Städtebau ermöglicht die obligatorische Vorstudie die Entscheidung, welches Verfahren gewählt werden soll (Wettbewerb, paralleler Studienauftrag, Ausschreibung), ohne dass die Verpflichtung besteht, ab einem bestimmten Schwellenwert systematisch auf das Wettbewerbsverfahren zurückzugreifen.

Dieser Kompromiss ermöglicht es, dem Anliegen der Motionäre, die Verfahren zu vereinfachen und gleichzeitig die Qualität der Objekte zu gewährleisten, nachzukommen, da Wettbewerbe/Studienaufträge eingerichtet werden, wenn die Ergebnisse der Vorstudie dies erfordern.

Das Grundprinzip des vorgeschlagenen neuen Systems ist in Art. 11 ÖBG verankert und wird im kommenden Reglement spezifiziert.

Ein Diagramm, das den vorgeschlagenen neuen Mechanismus veranschaulicht, ist diesem Bericht beigelegt.

## 2.5. Vernehmlassung

### 2.5.1. Verfahren und Beteiligung

Die Gesetzesentwürfe über den Beitritt zur IVöB 2019 und über das öffentliche Beschaffungswesen sowie der erläuternde Bericht und die Musterbotschaft zur IVöB 2019 wurden vom 22. Juni bis zum 23. August 2021 einer breiten öffentlichen Vernehmlassung unterzogen. Der Entwurf einer Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mit der die beiden oben genannten Gesetze umgesetzt werden, wurde zusammen mit einem erläuternden Bericht in die Anhörung gegeben. Das Konsultationsdossier, das einen Fragebogen enthielt, in dem zu jedem Artikel der drei Gesetze sowie zu den vorgeschlagenen Varianten Stellung genommen werden sollte, wurde an die Staatsdirektionen, an die zentralen Dienststellen, an alle Gemeinden, an die politischen Parteien und an 30 weitere Akteure, insbesondere in den wichtigsten betroffenen Bereichen (Bau, Wirtschaft, Sozialpartnerschaft), versandt. Bei der RUBD gingen 55 Positionspapiere ein, davon 24 von Gemeinden, 14 von der kantonalen Verwaltung, 4 von politischen Parteien, die im Grossen Rat vertreten sind, und von vielen weiteren Akteuren.

### 2.5.2. Befunde

#### 2.5.2.1. Bewertung

Die Adressaten unterstützten die Idee, der IVöB 2019 beizutreten, und stellen fest, dass sie den damit verbundenen Paradigmenwechsel schätzen, insbesondere die Berücksichtigung von Qualitätskriterien, Nachhaltigkeit, Bekämpfung von Korruption, Schwarzarbeit und Missbrauch von Unteraufträgen. Die Tatsache, dass das neue Abkommen durch klarere Regeln, die Zusammenstellung der Rechtsprechung und die Integration der Ausführungsrichtlinien (VRöB) die Rechtssicherheit erhöht, wurde begrüsst.

Einige bedauern, dass der Beitritt zur IVöB 2019 nur gebündelt erfolgen kann, was den Kantonen relativ wenig Handlungsspielraum lässt. Dasselbe gilt für die Arbeitsbedingungen, die nach dem Arbeitsmarktgesetz des Herkunftsortes der Anbieter gelten und nicht nach denen des Kantons Freiburg (Erfüllungsort).

Die Mehrheit der Befragten stellte jedoch fest, dass diese Aspekte durch den Paradigmenwechsel, der durch die IVöB 2019 und den Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen herbeigeführt wird, weitgehend ausgeglichen werden.

Begrüsst wurden in diesem Zusammenhang die Stärkung qualitativer Kriterien, die nun dem Preis gleichgestellt sind, die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit durch die Schaffung von Beschaffungsstellen innerhalb der Verwaltung und insbesondere des Nachhaltigkeitsmonitorings, die verstärkte

Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsbedingungen (insbesondere die Einführung eines kartenbasierten Kontrollsystems, das von gemeinsamen Stellen auf den Baustellen der Auftraggeber ausgeht, und das Verbot der doppelten Vergabe von Unteraufträgen).

Die Schaffung einer Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen, die der Direktion für das öffentliche Beschaffungswesen angegliedert ist, wird ebenso begrüsst wie die Erweiterung des derzeitigen Kompetenzzentrums um Vertreter des Vorstands des Gemeindeverbands.

Mehrere Stellen haben den Wunsch geäussert, dass der kantonale Verwaltung zusätzliche Ressourcen zugewiesen werden, damit sie die neuen Aufgaben, die sich aus der IVöB 2019 und dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ergeben werden, optimal umsetzen kann.

Die verbleibende kontroverse Frage bezieht sich auf Wettbewerbe und parallele Studienaufträge (STA) und die als Reaktion auf die Motion Kolly/Brodard vorgeschlagene Lösung «Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs». Während die kantonale Verwaltung, die Wirtschaft, die Sozialpartner und die Vertreter der SIA-Sektion Freiburg den neuen Mechanismus der obligatorischen Vorstudie zur Abklärung der Notwendigkeit eines Wettbewerbs oder eines STA begrüssen, lehnen die Gemeinden, insbesondere über den FGV, dieses System ab, ebenso die Motionäre. Die Gegner halten das System für zu schwerfällig, zu kompliziert in der Umsetzung und unvereinbar mit dem Grundsatz der Gemeindeautonomie. Sie fordern die Wiedereinführung eines Schwellenwerts (meist bis zu 20 Millionen Franken), bei dessen Überschreitung Wettbewerbe und STA erforderlich wären.

#### 2.5.2.2. Wichtigste Änderungen am Vorentwurf

Im Anschluss an die Vernehmlassung wurden einige Änderungen am Gesetzesvorentwurf vorgenommen:

- > Labels und Umweltlabels wurden als Anforderung für alle Arten von öffentlichen Aufträgen (nicht nur für Holzbauaufträge) und für Aufträge, an denen die Regierung finanziell beteiligt ist, festgelegt. Die Labels SNBS und Schweizer Holz werden in diesem Bereich ausdrücklich als gleichwertig mit internationalen Labels anerkannt.
- > Die Koordination zwischen den Auftraggebern und den gemeinsamen Einrichtungen wurde weiter verstärkt, um die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die potenziellen Anbieter so genau wie möglich zu überwachen.
- > Für Wettbewerbe und STA wurde ein Schwellenwert von 1 Mio. Franken eingeführt, ab dem eine Vorstudie obligatorisch ist (bisher 1 Franken).
- > Die Schaffung von Beschaffungseinheiten innerhalb der kantonalen Verwaltung ist nicht mehr systematisch, sondern eine Kann-Bedingung. Der Staatsrat ist befugt, solche Einheiten einzurichten, wenn er es für notwendig hält.

- > Einige Themen wurden im Gesetz (Verkürzung der Fristen für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) und nicht mehr in der Verordnung behandelt und umgekehrt (detaillierte Zusammensetzung des Kompetenzzentrums für das öffentliche Beschaffungswesen, Funktionsweise der Beschaffungsstellen und Ausnahmen vom Anwendungsbereich).

Schliesslich wurde beschlossen, die Antworten aus der Vernehmlassung der Verordnung nicht zu behandeln und den Entscheid des Grossen Rates zu den beiden Vorlagen abzuwarten. Die gleichzeitige Vernehmlassung der Verordnung sollte den konsultierten Gremien eine Orientierungshilfe für die praktische Umsetzung der IVöB 2019 und des ÖBG geben, doch müssen nun die Beschlüsse des Grossen Rates abgewartet werden, bevor die Verordnungsebene in Angriff genommen werden kann.

### 3. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019

#### Art. 1

##### Abs. 1

Wie bereits erwähnt, kann der Beitritt zur IVöB 2019 nur gebündelt erfolgen. Mit anderen Worten: Die Bestimmungen der IVöB können weder geändert oder gestrichen werden, noch ist ein bedingter Beitritt möglich. Allerdings hat der Staat den Spielraum, der ihm im Entwurf des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) in einigen Punkten eingeräumt wurde, genutzt, um den kantonspezifischen Interessen und Denkströmungen so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

##### Abs. 2

Die IVöB 2019 kann in Kraft treten, sobald mindestens zwei Kantone sie ratifiziert haben, was nun der Fall ist. In den nächsten Monaten und Jahren werden die alte IVöB und die IVöB 2019 nebeneinander bestehen. Für Kantone, welche die IVöB 2019 nicht ratifiziert haben, gilt weiterhin die alte IVöB, was sie unter Umständen in eine rechtlich schwierige Situation bringen kann, da fast alle Kantone den Beitrittsprozess eingeleitet haben.

Im Kanton Freiburg werden die nach altem Recht eingeleiteten Verfahren weiterhin diesem Recht unterstellt. Das neue Gesetz wird auf Verfahren anwendbar sein, die unmittelbar nach seinem Inkrafttreten eingeleitet werden.

## 4. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)

### 1. Gegenstand und Geltungsbereich

#### Art. 1 Gegenstand

Dieser Artikel definiert den Gegenstand des Gesetzes. Er steht im Einklang mit dem per Dekret erfolgten Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019.

#### Art. 2 Geltungsbereich (Art. 10 IVöB)

Art. 2 entspricht Art. 2 Abs. 2 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR). Er hält eine Ausnahme von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Freiburger Kantonalbank gemäss Art. 63 Abs. 4 und 10 IVöB 2019 aufrecht. Eine solche Ausnahme von der öffentlichen Auftragsvergabe für Kantonalbanken existiert auch in anderen kantonalen Gesetzen, was insofern gerechtfertigt ist, als diese Institutionen einen kommerziellen Charakter haben. Die subjektive vergaberechtliche Unterstellung ist ein zentraler Punkt im Gesetz, weshalb sie im Gesetz und nicht in der Ausführungsverordnung geregelt werden sollte.

### 2. Allgemeine Grundsätze

#### Art. 3 Sprache der Ausschreibung (Art. 48 IVöB)

Dieser Artikel legt fest, in welcher(n) Sprache(n) die Veröffentlichung öffentlicher Ausschreibungen zu erfolgen hat. Sie betrifft nur die Bekanntmachung der Ausschreibung und nicht den gesamten Inhalt der Ausschreibungsunterlagen.

#### Abs. 1

Abs. 1 schreibt vor, dass öffentliche Ausschreibungen für Aufträge im Staatsvertragsbereich in französischer und deutscher Sprache veröffentlicht werden müssen, wobei zu berücksichtigen ist, dass nur Französisch eine offizielle Sprache der Weltorganisation ist. Bei Verträgen im Staatsvertragsbereich würde eine Veröffentlichung nur in deutscher Sprache daher nicht den Regeln der betreffenden Verträge entsprechen.

#### Abs. 2

Abs. 2 sieht vor, dass öffentliche Ausschreibungen für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zumindest in der Amtssprache des Erfüllungsortes des Auftrags abgefasst sein müssen.

#### Abs. 3

Abs. 3 betrifft nur Regierungsaufträge. Unabhängig davon, ob öffentliche Aufträge im oder ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, liegen müssen die Ausschreibungen in französischer und deutscher Sprache verfasst werden.

#### Art. 4 Subunternehmer (Art. 12 IVöB)

Die neue IVöB enthält mehrere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen und soll in diesem Bereich strenger sein als die IVöB 1994/2001 oder deren Ausführungsrichtlinien (VRöB). Die durch Art. 44 und 45 IVöB 2019 eingeführte Regelung ist in dieser Hinsicht besonders aufschlussreich, da diese beiden Bestimmungen im ersten Fall die Weitergabe eines Ausschluss- oder Widerrufsgrundes, der einem seiner Subunternehmer zuzurechnen ist, an einen Anbieter und im zweiten Fall die direkte Sanktionierung eines Subunternehmers ermöglichen.

Dieser Artikel regelt den Einsatz von Unteraufträgen gemäss den Artikeln 12, 26 und 63 Abs. 4 IVöB 2019. Er folgt der Praxis der Auftraggeber, die sich nicht nur im Bausektor entwickelt hat, um Verstösse gegen die sozialen Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe zu verhindern und zu sanktionieren.

#### Abs. 1 und 2

Die Abs. 1 und 2 greifen die Verpflichtungen zur Registrierung und Überwachung von Subunternehmern auf, die den Anbietern bereits in den Artikeln 6, 6a und 1 aÖBR auferlegt wurden. Sie ergänzen insoweit Art. 12 Abs. 4 IVöB 2019 (der daran erinnert, dass auch Subunternehmer verpflichtet sind, die Bedingungen für die Teilnahme am Auftrag sowohl während des Vergabeverfahrens als auch während der anschließenden Phase der Auftragsausführung einzuhalten) sowie Art. 26 IVöB 2019. Denn damit der Auftraggeber sicherstellen kann, dass die Subunternehmer die Teilnahmevoraussetzungen (vgl. Art. 12 IVöB 2019) erfüllen, ihre fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge fristgerecht entrichten und keine unzulässigen wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprachen im Sinne von Art. 26 IVöB 2019 treffen, müssen die Anbieter zwangsläufig der Pflicht unterliegen, ihre – auch potenziellen – Subunternehmer vorher bekanntzugeben. Der Kommentar zu Art. 31 Abs. 1 IVöB 2019 geht in die gleiche Richtung. Diese Bekanntmachungspflicht wird zunächst in der Phase der Angebotsabgabe erfüllt, da der Anbieter im Angebot die – manchmal potenziellen – Subunternehmer angibt, denen er bestimmte Leistungen für die Ausführung des Auftrags zu übertragen beabsichtigt.

Während der Ausführungsphase des Vertrages muss diese Bekanntmachungspflicht jedes Mal erfüllt werden, wenn der Anbieter, der den Zuschlag erhalten hat, einen oder mehrere andere als die in seinem Angebot angekündigten Subunternehmer mit seinen Leistungen beauftragen will. Der «Gegenstand» der untervergebenen Leistungen bezieht sich auf die Art der von den Subunternehmern auszuführenden Arbeiten oder Dienstleistungen, z.B. ein Maurerunternehmen, das die Armierungs- und Gerüstarbeiten untervergeben hat, oder ein Schlosserunternehmen, das das Streichen von Geländern untervergeben hat.

Im IT-Bereich können wir das Beispiel des Anbieters einer IT-Lösung (Anbieter) anführen, der die Entwicklung der Drittanbieterwartung (TPM) als Unterauftrag vergibt, oder das eines Anbieters, der die Konfiguration und das Management einer Cloud oder das Management einer Datenbank und die damit verbundene Verschlüsselung als Unterauftrag vergibt. Der Softwarelieferant (Anbieter) kann den Teil der Leistungen, der für die Implementierung eines Rechenzentrums erforderlich ist, auch an Subunternehmer vergeben. Unter «Anteil» der untervergebenen Leistungen verstehen wir den quantitativen Aspekt dieser Leistungen, d.h. ihr Volumen im Verhältnis zu allen Leistungen, die den Vertrag ausmachen.

### Abs. 3

Seit einigen Jahren sind sich die Auftraggeber der Notwendigkeit bewusst, den Einsatz von Unteraufträgen in ihren Ausschreibungsunterlagen zu regeln. Ausserdem ist die Vergabe von Unteraufträgen in der Regel nicht mehr für alle Arten von Leistungen, die in einem Vertrag enthalten sind, erlaubt, sondern ist meist auf die Ausführung bestimmter Leistungen beschränkt. Darüber hinaus ergreifen die Auftraggeber jetzt Massnahmen, um die Bildung von Unterauftragsketten einzuschränken oder sogar ganz auszuschliessen. Während die Vergabe von Unteraufträgen in der Regel unter guten Bedingungen erfolgt und, sofern sie nicht eine Notwendigkeit für die Ausführung des Auftrags darstellt, normalerweise von Vorteil ist, ist die kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen eine Quelle vieler Probleme. Die kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen üben in erster Linie Druck auf die Preise aus, zu denen Leistungen erbracht werden. Mit jeder weiteren Stufe der Untervergabe erhöht sich dieser Druck auf die Preise aufgrund der Marge, die jeder Subunternehmer für sich selbst schafft. In den Bereichen, die durch Tarifverträge geregelt sind, erhöht dieser Preisdruck vor allem das Risiko der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen und der Mindestlöhne der beschäftigten Arbeiter, insbesondere für die Arbeiter am untersten Ende der Zuliefererkette. Zweitens macht es die Identität der Instanzen, die tatsächlich an der Bereitstellung der Leistungen arbeiten, völlig undurchsichtig. Drittens verwässert diese kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen die Verantwortung und Beteiligung der verschiedenen Unternehmen an der Ausführung der geforderten Leistungen und erschwert es, die Verantwortlichen zu finden, wenn die Leistungen nicht oder nicht innerhalb der vereinbarten Fristen erbracht werden, nicht den geltenden Normen entsprechen, Mängel aufweisen usw.

Aus diesen Gründen legt Abs. 3 ein generelles Verbot der Vergabe von Unteraufträgen fest, wie dies bereits jetzt in anderen kantonalen Gesetzen der Fall ist. Dieses Verbot der Vergabe von Unteraufträgen läuft letztlich darauf hinaus, dass der Auftraggeber für seinen Auftrag nur eine Stufe der Unterauftragsvergabe für Anbieter zulässt. Diese Massnahme schränkt die Anbieter nicht notwendigerweise in der Wahl ihrer Subun-

ternehmer ein, da sie in der Lage sein werden, gegebenenfalls die Dienstleister [Subunternehmer der zweiten Stufe], die sie für die Ausführung des Auftrags benötigen, in der Unterauftragskette nach oben zu verschieben. Anstatt also einen Subunternehmer anzukündigen, von dem der Anbieter weiss, dass er einen Teil der Leistungen an einen Subunternehmer der zweiten Stufe weitervergeben wird, muss der Anbieter beide Subunternehmer (den Subunternehmer der ersten Stufe und den Subunternehmer der zweiten Stufe) in seinem Angebot bekannt geben. Dies erfordert von den Anbietern eine bessere Vorausplanung des Bedarfs und der Mittel, die für die Ausführung der Aufträge eingesetzt werden müssen. Insbesondere sollte der Auswahl der Leistungen, die der Anbieter selbst auszuführen beabsichtigt, und derjenigen, die er an Subunternehmer zu vergeben gedenkt, grössere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dieses Verbot der Untervertragsvergabe soll diese berüchtigten Untervergabeketten und die verschiedenen Probleme, die sie in der Praxis verursachen (Verletzung sozialer Aspekte, Schwarzarbeit, unlauterer Wettbewerb usw.), eindämmen. Dadurch werden Situationen verhindert, in denen ein vom Anbieter angekündigter Subunternehmer (erste Stufe der Untervergabe) seinerseits alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen zweiten Subunternehmer (zweite Stufe der Untervergabe) vergibt, der wiederum alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen dritten Subunternehmer (dritte Stufe der Untervergabe) vergibt und so weiter.

### Abs. 4

In Anbetracht der besonderen Situation bestimmter Aufträge sollte dieses allgemeine Verbot der Vergabe von Unteraufträgen jedoch von Ausnahmen begleitet werden, wobei diese Ausnahmen in jedem Fall auf die zweite Stufe der Untervergabe beschränkt sind. Diese besonderen Situationen, wie z.B. General- oder Totalunternehmer, sind in Abs. 4 niedergelegt und müssen in der Praxis restriktiv ausgelegt werden, auch wenn Abs. 4 dem öffentlichen Auftraggeber einen Ermessensspielraum gibt.

Nach Rechtsprechung und Lehre handelt es sich bei einem Generalunternehmervertrag in der Praxis um einen Vertrag, durch den sich eine Partei (der Generalunternehmer) verpflichtet, die Gesamtheit eines Bauwerks oder einen Teil eines Bauwerks auszuführen, unabhängig von der Art der zu erbringenden Arbeiten. Bei einem Totalunternehmervertrag handelt es sich um einen Auftrag, bei dem der Auftragnehmer nicht nur für die Ausführung des Bauwerks, sondern auch für den Entwurf und die Planung verantwortlich ist. Bei Aufträgen für General- oder Totalunternehmer gilt das generelle Verbot der Vergabe von Unteraufträgen insoweit, als dass der Auftraggeber dem erfolgreichen Anbieter die Möglichkeit der Vergabe von Unteraufträgen anbieten kann, jedoch nur bis zur zweiten Stufe der Vergabe von Unteraufträgen. Mit anderen Worten: Der General- oder Totalunternehmer, der für die Ausführung des Auftrags ausgewählt wurde, kann Leis-

tungen an einen Subunternehmer weitervergeben (erste Stufe der Untervergabe), der seinerseits alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen neuen Subunternehmer weitervergeben kann (zweite Stufe der Untervergabe), aber letzterer darf weder alle noch einen Teil der ihm anvertrauten Leistungen weitervergeben. Die Nichteinhaltung dieser Bestimmung führt zum Ausschluss des Anbieters und zum Widerruf des zuvor erteilten Zuschlags.

## **Abs. 5**

Der Verstoss gegen die Pflicht der Bekanntgabe von Subunternehmern und der zu vergebenden Leistungen sowie gegen das Verbot der Untervergabe bzw. der ausnahmsweise zulässigen Untervergabe gemäss Abs. 4 (Verwendung von Unteraufträgen der dritten Ebene) sind Gründe für den Ausschluss des Anbieters und den Widerruf des Zuschlags.

Dieser Ausschlussgrund wird in die nicht abschliessende Liste der Ausschlussgründe in Art. 44 IVöB aufgenommen. Er stützt sich auf den verbleibenden Handlungsspielraum der Kantone aus Art. 63 Abs. 4 IVöB in Verbindung mit Art. 12 IVöB. Stellt sich ausserdem heraus, dass der betreffende Subunternehmer die Anforderungen von Art. 12 IVöB nicht eingehalten hat, d.h. insbesondere die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer, die Melde- und Bewilligungspflichten, die im Gesetz vom 17. Juni 2005 über die Schwarzarbeit (BGSA, SR 822.41) erwähnt werden, kann der Auftraggeber die im Vertrag mit dem erfolgreichen Anbieter vorgesehene Vertragsstrafe (vgl. Art. 5 ÖBG) anwenden. Die anderen in Art. 44 Abs. 2 Bst. f und g und Art. 45 IVöB vorgesehenen Sanktionen bleiben bestehen.

## **Art. 5 Vertragsstrafen (Art. 12 IVöB)**

### **Abs. 1**

Dieser Artikel verdeutlicht den Willen der Auftraggeber, in dieser Angelegenheit mit gutem Beispiel voranzugehen und sich an den Massnahmen des Staatsrates zu beteiligen, der die Bekämpfung der Schwarzarbeit zu einer der Prioritäten seiner Politik zur Verbrechensbekämpfung gemacht hat.

Die zur Erreichung dieses Ziels eingeführte Massnahme hat zwei Komponenten.

Zum einen müssen Auftraggeber und Vergabestelle in der Ausschreibung darauf hinweisen, dass der erfolgreiche Anbieter und seine Subunternehmer mit einem Kontrollsystem auf der Basis eines Berufsausweises (z.B. «Cerbère»- oder «Pro»-Karte) bzw. eines gleichwertigen Beweismittels ausgestattet sein müssen, das es ermöglicht, das auf den Baustellen tätige Betriebspersonal nach bestimmten Kriterien zu kontrollieren (Art. 7 ÖBG).

Andererseits werden Vertragsstrafen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt und – im Prinzip – in den nach der Vergabe unterzeichneten Vertrag aufgenommen. Dies ist der Zweck dieses Artikels.

Der Kommentar zu Art. 12 Abs. 5 IVöB 2019 legt fest, dass die Nichteinhaltung der Anforderungen von Art. 12 durch entsprechende Klauseln in öffentlichen Beschaffungsverträgen sanktioniert werden kann, auch durch Vertragsstrafen.

Die Vertragsstrafe ist eine Geldleistung, zu der sich der erfolgreiche Anbieter gegenüber dem Auftraggeber für den Fall verpflichtet, dass er oder seine Subunternehmer die Verpflichtungen aus Art. 12 IVöB 2019, d.h. die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer, der geltenden Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit für Frau und Mann, der Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Gesetz vom 17. Juni 2005 über die nicht angemeldete Erwerbstätigkeit (BGSA) sowie der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen, nicht erfüllen. Die Einführung von Vertragsstrafen in den Verträgen zwischen dem Auftraggeber und dem erfolgreichen Anbieter ist eine vorbeugende Massnahme, deren Hauptzweck nicht darin besteht, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, Geld zu verdienen, sondern Verstösse gegen die oben genannten Verpflichtungen zu verhindern und zu vermeiden. Im Falle eines Verstosses gegen die in Art. 12 IVöB 2019 genannten Verpflichtungen durch den Anbieter oder einen seiner Subunternehmer kann der Auftraggeber die Vertragsstrafe aktivieren und den Anbieter direkt sanktionieren. Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe kann dann mit dem Anspruch des Anbieters auf Vergütung seiner Leistungen unter den Voraussetzungen von Art. 120 OR verrechnet werden.

Die Nichtzahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (sofern dies keinen Verstoss gegen einen GAV darstellt) und der Abschluss rechtswidriger Vereinbarungen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, sollten nicht zur Anwendung einer Vertragsstrafe führen. Solche Verstösse können ggf. vom Auftraggeber gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g und Abs. 2 Bst. b IVöB 2019 bzw. durch die kantonale Aufsichtsbehörde gemäss Art. 45 Abs. 1, der auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019 verweist, sanktioniert werden.

## **Art. 6 Einhaltung der Arbeitsbedingungen (Art. 12 IVöB)**

### **Abs. 1**

Abs. 1 regelt die Arbeitsbedingungen in Anwendung von Art. 12 IVöB 2019 und in Übereinstimmung mit der Restkompetenz der Kantone gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019. Die Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen ist ebenso wie die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer oder der Lohngleichheit für Frau und Mann eine Voraussetzung für die Teilnahme am Auftrag, die für das

Funktionieren eines fairen und wirksamen Wettbewerbs zwischen den Anbietern unerlässlich ist.

Die Nichteinhaltung dieser Vorschrift zieht verschiedene Sanktionen nach sich (Ausschluss vom Verfahren, Widerruf des Zuschlags, Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen, Busse, Vertragsstrafe usw.)

Als Arbeitsbedingungen gelten nach Art. 3 Bst. d IVöB die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts zum Arbeitsvertrag, die normativen Bestimmungen in Kollektivverträgen und Standardarbeitsverträgen oder in Ermangelung dessen die regional und branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

## Abs. 2

Dieser Absatz verdeutlicht die Anwendung der Arbeitsbedingungen im Lichte der in den Kommentaren zu Art. 12 IVöB 2019 dargestellten Elementen und der schliesslich vom Bundesparlament in Art. 12 Abs. 1 ÖBG beibehaltenen Regelung. Zur Erinnerung: Im parlamentarischen Verfahren vor der Verabschiedung der revidierten ÖBG auf Bundesebene wurde Art. 12 Abs. 1 ÖBG mit dem Ziel geändert, von den Anbietern die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zu verlangen, die am Ort der Leistungserbringung gelten (Prinzip des Erfüllungsortes) anstatt derjenigen, die am Ort ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung in der Schweiz gelten (Prinzip des Herkunftsortes). Damit hat das Bundesparlament die mit den Kantonen harmonisierte Lösung zugunsten des im gemeinsamen Projekt Aurora vorgestellten Prinzips des Herkunftsortes aufgegeben (revidierte ÖBG/IVöB). Gemäss Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) sind die Kantone verpflichtet, auf ihren Märkten mit Ausnahme von seltenen Fällen das Prinzip des Herkunftsortes anzuwenden. Da die eidgenössischen Parlamentarier in den Beratungen davon abgesehen haben, das Bundesgesetz über den Binnenmarkt in diesem Punkt anzupassen, gilt für die Kantone weiterhin das Prinzip des Herkunftsortes. Bei der im Sommer 2019 von der Freiburger Delegation IPS mit den Kantonsregierungen und der Interparlamentarischen Koordinationsstelle (BIC) durchgeführten Kurzkonsultation im Rahmen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) im Anschluss an die Verabschiedung des ÖBG durch das eidgenössische Parlament beantragten mehrere französischsprachige Kantone (Waadt und Freiburg) und die BIC, das Prinzip des Erfüllungsortes auch in Art. 12 Abs. 1 IVöB zu verankern. Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) hat daraufhin die Wettbewerbskommission um ein Gutachten ersucht, um in der Eigenschaft als Vollzugsbehörde zu erfahren, welchen Handlungsspielraum die Kantone hinsichtlich der Einführung des Prinzips des Erfüllungsortes in Art. 12 IVöB 2019 bzw. im kantonalen Recht haben.

Die Schlussfolgerungen dieses Berichts, die auf der BPUK-Website verfügbar sind, lauten wie folgt:

- a) Die Kantone dürfen aufgrund der Vorgaben des BGBM und des darin enthaltenen Prinzips des Herkunftsortes kein allgemeines Prinzip des Erfüllungsortes in kantonalen Regelungen einführen. Die Kantone können also weder in Art. 12 Abs. 1 IVöB 2019 noch in ihrer kantonalen Gesetzgebung die Anwendung von Arbeitsbedingungen «am Erfüllungsort» wie im revidierten ÖBG vorsehen.
- b) Die Kantone können jedoch unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 BGBM ausnahmsweise das am Erfüllungsort geltende Arbeitsreglement für anwendbar erklären.

Gemäss WEKO ist die Anwendung der am Erfüllungsort geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften mit dem BGBM vereinbar, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten und ein überwiegendes öffentliches Interesse (z.B. Schutz vor Sozialdumping) die Anwendung der Vorschriften des Erfüllungsortes rechtfertigt. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn es verschiedene Tarifverträge mit erheblichen Unterschieden im Lohnniveau gibt. Abs. 2 deckt sich damit mit den Schlussfolgerungen des Rechtsgutachtens der WEKO im Kommentar zu Art. 12 und Art. 64 Abs. 3 IVöB 2019 mit der besonderen Situation des Kantons Freiburg, der eine grosse Anzahl von für verbindlich erklärten Tarifverträgen auf seinem Gebiet hat.

Art. 2 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (RS 823.20) bleibt Anbietern und Subunternehmern mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland vorbehalten.

## Abs. 3

In diesem Absatz wird die notwendige und obligatorische Koordination zwischen den Auftraggebern und den gemeinsamen Einrichtungen gesetzlich verankert, um spätestens vor der Auftragsvergabe zu überprüfen, ob der potenzielle Anbieter die Tarifverträge einhält.

## Abs. 4

Dieser Absatz spezifiziert die Rolle der paritätischen Berufskommissionen im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit über Tarifverträge. Er ergänzt Art. 12 Abs. 5 und 6 IVöB 2019, indem die paritätischen Organe den Auftraggeber spontan über die Eröffnung eines Verfahrens informieren können und nicht auf eine entsprechende Aufforderung des Auftraggebers warten müssen. Nach derzeitigem Stand der Dinge legt die überwiegende Mehrheit der Auftraggeber die Namen der Anbieter und die Liste der potenziellen Subunternehmer den verschiedenen paritätischen Berufskommissionen zur

Prüfung vor, nachdem die Angebote eröffnet wurden. Auf diese Weise stellen die Auftraggeber sicher, dass die Teilnehmer am Verfahren die tarifvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen einhalten.

Diese Prüfung ist nicht zu verwechseln mit einer anderen Prüfung, die die Auftraggeber anhand der beiden vom SECO geführten und auf seiner Website veröffentlichten schwarzen Listen durchführen. Auf seiner Website hat das SECO eine Liste von Arbeitgebern, die nach schweren oder wiederholten Verstößen gegen die Melde- und Bewilligungspflichten des Bundesgesetzes über die Schwarzarbeit (vgl. Art. 13 BGSA) für eine bestimmte Zeit von künftigen öffentlichen Aufträgen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene ausgeschlossen werden, veröffentlicht. Ebenso hat das SECO auf seiner Website auch eine Liste von ausländischen Arbeitgebern oder Selbstständigen, die in Anwendung von Art. 9 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitskräfte (EntsG) für eine bestimmte Zeit daran gehindert werden, ihre Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten, veröffentlicht. Die Vergabestelle kann diese beiden SECO-Listen an verschiedenen Stellen des Verfahrens prüfen.

## **Art. 7**      Kontrollsystem (Art. 12 IVöB)

### **Abs. 1**

Um die Schwarzarbeit wirksam zu bekämpfen, wird in diesem Artikel die Verpflichtung des Auftraggebers und der Vergabestelle gesetzlich verankert, dass in der Ausschreibung darauf hinzuweisen ist, dass der erfolgreiche Anbieter und seine Subunternehmer mit einem Kontrollsystem auf der Basis eines Berufsausweises (z.B. «Cerbère»- oder «Pro»-Karte) bzw. eines gleichwertigen Beweismittels ausgestattet sein muss, das die Kontrolle des auf den Baustellen tätigen Betriebspersonals nach bestimmten Kriterien ermöglicht.

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

### **Abs. 1**

Dieser Artikel basiert auf Art. 3b aÖBG, der aus der Motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse» (Forderung einer Herkunftsbezeichnung für Schweizer Holz) abgeleitet wurde. Es wird vorgeschlagen, den Anwendungsbereich auf alle Arten staatlicher Aufträge (Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge) auszuweiten – nicht nur Holzbauaufträge – und auch auf solche, bei denen der Staat einen finanziellen Beitrag leistet. Angesichts des Paradigmenwechsels in der IVöB 2019 in Bezug auf die qualitativen Kriterien wird auch vorgeschlagen, von einer Kann-Formulierung (vgl. Art. 3b aÖBG) zu einer allgemeinen Verpflichtung überzugehen.

### **Abs. 2**

Für Bauverträge erkennt Art. 8 das SNBS-Label an, obwohl es kein internationales Label ist. Gleiches gilt für das Label Schweizer Holz. Diese Anerkennung ist darauf zurückzuführen, dass beide Labels hohen Qualitätsanforderungen unterliegen, die sie inhaltlich mindestens gleichwertig mit internationalen Labels machen.

### **Abs. 3**

In Anlehnung an den Lösungsvorschlag der Motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Forderung einer Herkunftsbezeichnung für Schweizer Holz» wird im neuen Artikel das Herkunftszeichen Schweizer Holz (HSH) wieder als anerkanntes Label erwähnt, aber durch die neue Bezeichnung «Schweizer Holz» ersetzt.

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

Dieser Artikel steht im Einklang mit dem Paradigmenwechsel des neuen IVöB hin zur Nachhaltigkeit. Die Überwachung der Nachhaltigkeit von Beschaffungen und ihres innovativen Charakters zielt darauf ab, die Beschaffung auf ökonomische, ökologische und soziale Erfordernisse auszurichten, gemäss dem in Art. 2 IVöB festgelegten Grundsatz, der durch die Bestimmungen der Artikel 12, 26, 27, 29 und 30 konkretisiert wird. Die Empfehlungen zur Nachhaltigkeit des Kompetenzzentrums für das öffentliche Beschaffungswesen werden für die Definition von Indikatoren für ein solches Monitoring entscheidend sein. Das Referat für Nachhaltigkeit, das dem Generalsekretariat für Wirtschaft und Finanzen angegliedert und für die Überwachung der Nachhaltigkeit zuständig ist, sollte idealerweise über die dafür erforderlichen Ressourcen verfügen.

## **Art. 10**     Beschaffungsstellen

Die Konsolidierung des Beschaffungswesens innerhalb der Regierung steht im Einklang mit dem Paradigmenwechsel der neuen IVöB zur qualitätsorientierten Beschaffung. Die Beschaffungsstellen bündeln die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen in ihrem Zuständigkeitsbereich, über die sie fundierte Kenntnisse haben. Sie sind mit der Komplexität ihres jeweiligen Beschaffungsgegenstands vertraut. Ausserdem ermöglicht die Gruppierung von Einkäufen bessere finanzielle Konditionen. Die Schaffung spezialisierter Beschaffungsstellen ist daher ein Garant für wirtschaftliche Effizienz.

Der Staatsrat ist befugt, solche Beschaffungseinheiten von Fall zu Fall in Bereichen einzurichten, in denen es sinnvoll ist und für jede dieser Einheiten ad-hoc-Umfänge festzulegen, um den spezifischen Bedürfnissen Dritter wie der Universität Rechnung zu tragen..

## Art. 11 Wettbewerbe und Studienaufträge

Ein Diagramm, das den vorgeschlagenen neuen Mechanismus veranschaulicht, ist diesem Bericht beigelegt.

Das Thema Wettbewerbe und Studienaufträge wird im interkantonalen öffentlichen Beschaffungsrecht nur sehr kurz behandelt. Neben der direkten Vergabe an den Gewinner (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. i des revidierten IVöB) ist die einzige Vorgabe des revidierten Art. 22 IVöB, dass «[der] Auftraggeber, der einen Studienwettbewerb oder einen Gesamtleistungswettbewerb oder -auftrag durchführt oder parallele Studienaufträge vergibt, das Verfahren von Fall zu Fall nach den in dieser Vereinbarung festgelegten Grundsätzen festlegt wird» und dass er dabei «in diesem Zusammenhang auf die von den Berufsverbänden aufgestellten Regeln Bezug nehmen kann». Im Übrigen kann der Kanton unter Beachtung der interkantonalen Verpflichtungen der Schweiz aus dem revidierten Art. 63 Abs. 4 IVöB Ausführungsbestimmungen zu Wettbewerben und Studienaufträgen erlassen.

Im Interesse der Klarheit und Transparenz regelt die neue Verordnung nun im Detail die wesentlichen Fragen des Wettbewerbs- und des Studienauftragsverfahrens (im Folgenden: STA). Es werden einerseits neue Bestimmungen eingeführt, die die verschiedenen Aspekte der Organisation dieser Verfahren klären sollen. Um die Kohärenz und Einheitlichkeit der Rechtssysteme von Bund und Kantonen zu gewährleisten, orientieren sie sich so weit wie möglich an den Bestimmungen der geltenden Bundesverordnung (VöB). Andererseits hat das neue Gesetz den Mechanismus der Schwellenwerte, oberhalb derer ein Wettbewerb organisiert werden muss, nur teilweise übernommen, wie er in Art. 48 Abs. 2 aÖBR erschien, sondern sieht die Anwendung eines neuen Instruments vor, das als geeigneter und sachdienlicher angesehen wird und in Art. 10 ÖBG-DE und Art. 11 VöB-DE verankert ist.

Mit der Vorgabe, dass für die Errichtung eines Bauwerks oder eines Kunstbaus grundsätzlich ein Wettbewerb durchgeführt werden muss, hat Art. 48 Abs. 1 aÖBR eine Verhaltensregel für öffentliche Auftraggeber festgelegt, die für die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus ein Wettbewerbsverfahren durchführen mussten, sofern sie sich nicht auf eine der Ausnahmen in den Abs. 2 und 3 berufen konnten. Die erste Ausnahme hing vom Wert des Projekts ab. So konnte der Auftraggeber den Wettbewerb abbrechen, wenn der Wert des Gebäudes unter «5 Mio. Franken (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. 5 500 000 Franken im Februar 2021) oder der Wert des Kunstbaus unter «10 Mio. Franken (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. 11 000 000 Franken im Februar 2021) lag (Art. 48 Abs. 2 ÖBR). Die zweite Ausnahme von der Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs hing von der Art der geplanten Baumaßnahme ab. Somit konnte gemäss Art. 48 Abs. 3 ÖBR der Auftraggeber auf einen Wettbewerb verzichten, sofern es sich um einen Umbau handelte, das Objekt besonders komplex war oder wenn es sich nicht für einen Wettbewerb eignete.

In einer Entscheidung vom 19. April 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 und 4) hat das Kantonsgericht das geltende Rechtssystem bestätigt sowie die Massgabe validiert, nach der die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus grundsätzlich – vorbehaltlich der Ausnahmen in Abs. 2 und 3 – einem Wettbewerb unterzogen werden muss. Es wurde festgestellt, dass «wenn die wesentliche Leistung in einer originellen Idee oder einem originellen Konzept besteht, es nicht möglich ist, die verschiedenen Anbieter im üblichen Sinne des Wortes in Wettbewerb zu setzen und den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben wird. Da in erster Linie Ideen und Konzepte beurteilt werden und nicht direkt vergleichbare Leistungen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ist es wichtig, ein anderes Werkzeug als Ausschreibungen zu haben, um die richtigen Lösungen für den Auftraggeber zu finden und den daraus resultierenden Auftrag zu vergeben. Das (...) Wettbewerbssystem ermöglicht einen aussagekräftigen Vergleich unter fairen Bedingungen.» Diese rechtlichen Überlegungen sind auch heute noch gültig.

Der in Art. 48 aÖBR beibehaltene Mechanismus, der sich dennoch bewährt hatte, war in letzter Zeit Gegenstand verschiedener Kritiken, die sich in der Motion 2020-GC-14 Kolly/Brodard «Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen: Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs» herauskristallisiert haben. Die Gegner argumentierten, dass der Wortlaut von Art. 48 aÖBR unklar sei, wenn er in seinem ersten Absatz feststelle, dass die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus «grundsätzlich» Gegenstand eines Wettbewerbs sein müsse; dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Architekturwettbewerbs bei der Errichtung oder Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstbaus die kommunale Autonomie verletze, die insbesondere die Gemeinden bei der Wahl des zu wählenden Verfahrens haben, da diese Verpflichtung nicht in einem Gesetz im formalen Sinne zu finden ist; dass der Betrag von 5 Millionen Franken heute viel zu niedrig erscheine. Sie lehnen die derzeitige Regelung zwar als Verstoss gegen die kommunale Autonomie ab, schlagen aber vor, den obligatorischen Wettbewerb beizubehalten, allerdings nur für Bauvorhaben mit Baukosten von bis zu 40 Millionen Franken.

Bei den Diskussionen in der Arbeitsgruppe «Wettbewerbe» und in der COPIL wurde zunächst angedacht, die derzeit in Art. 48 aÖBR enthaltene Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA in zwei Punkten zu ändern. Zum einen würden nur die in Art. 4 Abs. 1 IVöB genannten öffentlichen Auftraggeber dieser Verordnung unterliegen (und nicht mehr die in den Sektoren tätigen öffentlichen Auftraggeber). Andererseits soll der Schwellenwert, ab dem die Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA verpflichtend ist, auf den Wert von Aufträgen im Staatsvertragsbereich festgelegt werden (und nicht mehr 5 oder 10 Millionen Franken).

Ersteres war Anlass zahlreicher Diskussionen innerhalb der Arbeitsgruppe «Wettbewerbe» und der COPIL. Hintergrund ist, dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA beim Bau oder bei der Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstbaus durch den Auftraggeber von dem zu realisierenden Objekt und seiner Bestimmung abhängen soll und nicht (allein) von der Überschreitung einer finanziellen Schwelle.

Die nach einer sehr konstruktiven Debatte letztendlich verabschiedete Lösung stellt eine Neuerung dar. Sie beinhaltet die Verwendung eines neuen Instruments, der so genannten «Vorstudie», und sieht vor, dass deren Schlussfolgerungen unter den in Art. 10 Abs. 3 festgelegten Bedingungen rechtsverbindlich sind.

### Abs. 1

Abs. 1 definiert den Geltungsbereich der Vorstudie.

Diese muss unabhängig vom Wert des Projekts erstellt werden, sobald ein Auftraggeber im Sinne des revidierten Art. 4 Abs. 1 IVöB ein Projekt entwickelt, das den Bau, die Renovation oder den Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus und die Raumplanung oder den Städtebau betrifft.

Daraus folgt, dass nur Behörden und zentrale oder dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich öffentlich-rechtliche Körperschaften, des Kantons, des Bezirks und der Gemeinde im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen oder industriellen Tätigkeiten, zur Durchführung einer Vorstudie verpflichtet sind (vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöB). Art. 3 Bst. g IVöB definiert den Begriff «Behörden» und Art. 3 Bst. f definiert den Begriff «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die auch als «Körperschaften des öffentlichen Rechts» bezeichnet werden.

Von der Verpflichtung zur Durchführung einer Vorstudie sind daher ausgenommen: (1) Behörden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts, wenn sie eine gewerbliche Tätigkeit ausüben (Art. 4 Abs. 1 in fine a contrario); Unternehmen, die in den Sektoren tätig sind (kantonale Sektorauftraggeber; Art. 4 Abs. 2 IVöB); andere Behörden gemäss Abs. 4 Bst. a und geförderte Projekte nach Abs. 4 Bst. b.

Der objektive Umfang der Vorstudie ist an den Bau, die Renovation oder den Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus gebunden. Ein Gebäude ist ein Bau im Sinne von Art. 2 der Verordnung über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister (VGWR; SR 431.841). Ein Kunstbau ist eine grosse und wichtige Konstruktion, die es ermöglicht, ein Hindernis wie Strasse, Eisenbahnlinie oder Fluss zu überqueren (Brücken, Tunnel) oder eine Schutzvorrichtung gegen die Einwirkung von Erde oder Wasser (Mauern, abgedeckter Graben, Deich, Dämme).

Ausserdem muss eine Vorstudie erstellt werden, wenn der Auftraggeber plant, sein Territorium und seine städtischen Räume zu entwickeln und zu organisieren.

Die Vernehmlassungsvorlage sah vor, dass die Vorstudie ab dem erste Franken obligatorisch ist, eine Lösung, die in der Vernehmlassung als zu restriktiv beurteilt wurde. Aus diesem Grund hebt der Gesetzesentwurf diesen Schwellenwert an und verlangt eine Vorstudie nur noch, wenn die Gesamtkosten des Projekts 1 Million Franken übersteigen. Mit einer solchen Lösung können die öffentlichen Auftraggeber ihr Vergabeverfahren ohne Vorstudie frei gestalten, wenn die Projekte relativ geringe finanzielle Auswirkungen haben.

### Abs. 2

Der Zweck der Vorstudie ist in Abs. 2 definiert und dient dazu, festzustellen, ob in einem bestimmten Fall ein Wettbewerb oder ein STA erforderlich ist.

Ein öffentlicher Auftraggeber, der die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags (Architektur, Ingenieurwesen oder andere verwandte Berufsfelder) im Zusammenhang mit dem Bau, der Renovation oder dem Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich der Raumplanung und des Städtebaus in Erwägung zieht, ist immer und von Natur aus mit der Frage konfrontiert, ob er den Auftrag nach einer Ausschreibung an das günstigste Angebot vergeben kann oder ob er einen Wettbewerb (oder STA) veranstalten soll, um Lösungsvorschläge für sein Projekt zu erhalten (vgl. dazu den unten stehenden Kommentar zu Abs. 3 und zu Art. 7 Abs. 1 ÖBR-DE). Er muss sich zwischen einer Ausschreibung oder einem Wettbewerb (STA) entscheiden.

Diese Wahl zwischen einem Wettbewerb oder einem STA einerseits und einer Ausschreibung andererseits trifft der Auftraggeber in einer Phase vor jeder Form der Ausschreibung, an deren Ende er in der Lage ist, das für den jeweiligen Fall geeignete Verfahren zu wählen. Abs. 2 formalisiert diese Vorphase, indem er in das Freiburger Reglement die Notwendigkeit der Erstellung einer Vorstudie aufnimmt, deren Zweck gerade darin besteht, die Eignung der Durchführung eines Wettbewerbs oder paralleler Studienaufträge zu bestimmen, wenn der Auftraggeber ein Projekt entwickelt, das in den Anwendungsbereich von Abs. 1 fällt.

Mit anderen Worten: Die Vorstudie ist ein Prozess vorausgehender Reflexionen, der zahlreiche Überlegungen zulässt, die zu einer verfahrensmässigen Schlussfolgerung führen (siehe dazu Abs. 3).

Diese Vorstudie kann entweder von einem externen Büro oder direkt von den technischen Diensten des Auftraggebers durchgeführt werden. Entscheidet sich der Auftraggeber dafür, einen externen Auftragnehmer mit der Durchführung der Vorstudie zu beauftragen, muss er den Auftragnehmer

darauf hinweisen, dass es in der Regel nicht möglich sein wird, anschliessend ein Angebot einzureichen.

Die Bedeutung der Vorstudie hängt von der jeweiligen Situation ab. Mit der Vorstudie soll frühzeitig geklärt werden, welches Vergabeverfahren am besten geeignet ist, wenn der Auftraggeber ein Gebäude oder einen Kunstbau errichten, renovieren oder umbauen will oder wenn er Leistungen im Bereich der Raumplanung und des Städtebaus beschaffen will.

Die Erstellung einer solchen Studie ist nicht nur bei wichtigen und teuren Bauwerken gerechtfertigt, sondern auch bei Bauwerken, die auf den ersten Blick bescheidener erscheinen, sich aber in Wirklichkeit als symbolträchtig für die öffentliche Hand erweisen. Deshalb wurde der Schwellenwert auf 1 Million Franken festgelegt. Die Vorstudie muss dem Bauherrn die notwendige Grundlage für den Start eines neuen Verfahrens bieten.

Der spezifische Inhalt der Vorstudie wird gemäss der im Gesetz vorgesehenen Kompetenzübertragung näher erläutert.

### **Abs. 3**

Dieser Absatz ist entscheidend, denn er legt die beiden Bedingungen fest, unter denen ein Wettbewerb oder ein STA durchgeführt werden muss. Dies ist sinnvoll, wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt einholt und der Gesamtwert des Projekts über den internationalen Schwellenwerten liegt.

Andererseits sollte ein Wettbewerb oder ein STA nicht durchgeführt werden, wenn der Auftraggeber keine Lösungsvorschläge für das Projekt einholen will.

Auch wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt einholen will (und ein Wettbewerb oder ein STA die geeignete Verfahrensform ist), kann er auf einen Wettbewerb oder ein STA verzichten, wenn der Gesamtwert des Projekts unter den internationalen Schwellenwerten liegt.

Das Freiburger Recht verlangt daher nicht mehr die Durchführung eines Wettbewerbs für Beträge von 5 oder 10 Millionen Franken (vgl. Art. 48 Abs. 1 und 2 aÖBR), sondern verlangt nun, dass die Organisation eines Wettbewerbs oder eines STA die in diesem Absatz genannte doppelte Bedingung erfüllt. Diese Lösung ermöglicht es, den Besonderheiten des geplanten Projekts Rechnung zu tragen und gleichzeitig flexibel und anpassungsfähig zu bleiben.

#### **a. Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt sucht.**

Die erste Bedingung bezieht sich auf die Art der Leistung, die der Auftraggeber erhalten möchte.

Ein Wettbewerb oder ein STA ist ein wichtiges Verfahren, wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das von ihm gewünschte Projekt einholen möchte. Dies ist nicht der Fall, wenn er nach Leistungen sucht, die er objektiv detailliert

beschreiben kann und die keine konkreten Gestaltungsaufgaben beinhalten.

Das Wettbewerbs- oder STA-Verfahren muss obligatorisch sein, wenn der Auftraggeber nicht nach einem Angebot für die Ausführung von Leistungen sucht, die er zuvor beschrieben hat, sondern nach einer Lösung, die er auswählen muss, d.h. nach einer geeigneten Antwort auf das vorgesehene Projekt. Die Notwendigkeit, mit einem Wettbewerb oder einem STA vorzugehen, ergibt sich aus der Tatsache, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Leistungen, die er zu erwerben beabsichtigt, hinreichend genau zu beschreiben, und dass er verschiedene Lösungen für das Problem, mit dem er konfrontiert ist, prüfen und bewerten muss.

Die Teilnehmer an einem Wettbewerb oder einem STA erbringen spezifische Leistungen (Pläne, Projekte, Entwürfe), die aus Lösungsvorschlägen bestehen. Sie liefern dem Auftraggeber zahlreiche Antworten, darunter konzeptionelle, strukturelle, ökologische, wirtschaftliche oder technische Antworten auf das Projekt, die nur im Prinzip Gültigkeit haben. Es obliegt ihnen, die zukünftigen Tätigkeiten des Auftraggebers (Ausführung von Arbeiten, Ausführung von Dienstleistungen) zu beschreiben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Auftraggeber eine Ausschreibung durchführen sollte, wenn er das vorteilhafteste Angebot eines Bewerbers sucht, der für die Ausführung eines klar definierten Auftrags mit klar definierten Aufgaben und Zielen geeignet ist, für Leistungen, die der Auftraggeber klar und präzise beschreiben kann und die keine spezifischen Planungsaufgaben umfassen. Der Wettbewerb oder das STA-Verfahren hingegen ist die geeignete Lösung, wenn der Auftraggeber die beste Lösung oder die beste Idee für ein bestimmtes Problem sucht. In diesem Fall kenne der Auftraggeber seine Bedürfnisse, aber nicht die Mittel, um sie am besten zu erfüllen.

#### **b. Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über den internationalen Beschaffungsschwellenwerten.**

Die zweite Bedingung betrifft die Schwelle, ab der die «prozessuale» Schlussfolgerung der Vorstudie für den Auftraggeber verbindlich ist. Art. 10 Abs. 2 begrenzt das Ergebnis der Vorstudie auf Projekte, deren Kosten über der internationalen Beschaffungsschwellenwerte liegt.

Die Beibehaltung eines Schwellenwerts ist ein Kompromiss, der den Auftraggebern, insbesondere auf kommunaler Ebene, eine gewisse Freiheit bei der Gestaltung des Verfahrens bei Unterschreitung der Schwellenwerte lässt.

Unterhalb der internationalen Schwellenwerte und unter der Voraussetzung, dass die Gesamtkosten des Projekts 1 Million Franken übersteigen, bleibt die Erstellung einer Vorstudie obligatorisch (Abs. 1), nicht aber deren Schlussfolgerungen.

Selbst wenn die Vorstudie zu dem Ergebnis kommt, dass der Auftraggeber Lösungsvorschläge sucht, steht es dem Auftraggeber daher frei, auf die Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA zu verzichten. Entscheidet er sich für diese Lösung, obwohl er Lösungsvorschläge für sein Projekt einholt, wird er in der Regel einen kostenpflichtigen Architekten oder Ingenieur mit einer eingehenden Untersuchung des Projekts beauftragen, um ein genaues Lastenheft zu erstellen; diese Arbeit wird gegebenenfalls direkt von den technischen Diensten des Auftraggebers ausgeführt. Diese organisieren dann die Ausschreibungen auf der Grundlage dieser Spezifikationen.

Ein solches Vergabeverfahren ist jedoch nicht zulässig, wenn der Gesamtwert des Projekts die Schwellenwerte für internationale Aufträge übersteigt (Abs. 2 Bst. b) und wenn die Vorstudie zum Schluss kommt, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die von ihm erwarteten Leistungen zu beschreiben, weil er nach einfachen Vorschlägen (Ideenwettbewerb oder STA) oder einer echten Problemlösung (Gesamtleistungswettbewerb oder STA) sucht (Abs. 3 Bst. a). In Anbetracht der Höhe der Beträge, der Bedeutung der durchzuführenden Projekte, insbesondere im Hinblick auf ihre Integration in die städtische und/oder natürliche Landschaft, und des Wunsches, optimale und qualitativ hochwertige Projekte zu erhalten, ist es in den Augen des Gesetzgebers wichtig, dass die Verordnungen unter diesen beiden Bedingungen die Anwendung von Wettbewerbs- oder STA-Verfahren vorschreiben.

### **Rechtmässigkeit und Verfassungsmässigkeit der Regelungen**

Das vorgeschlagene System respektiert die Gemeindeautonomie, die in Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung wie folgt definiert ist: «Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet.» Eine Gemeinde geniesst somit den Schutz ihrer Autonomie in jenen Bereichen, die das kantonale Recht nicht abschliessend regelt, sondern ihr ganz oder teilweise einen Entscheidungsspielraum zugesteht. Das Vorhandensein und der Umfang der Gemeindeautonomie in einer Angelegenheit wird durch den Inhalt der Vorschriften des kantonalen Rechts bestimmt, die diese Angelegenheit regeln.

Mit der Ratifizierung der revidierten IVöB erklärt sich der Kanton Freiburg bereit, ein gewisses Mass an gesetzgeberischer Autonomie aufzugeben, da die interkantonale Vereinbarung viele Bereiche des öffentlichen Beschaffungsrechts regelt. Es verbleibt jedoch eine Restkompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen gem. Art. 63 Abs. 4 IVöB, zusätzliche Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die über die im Modellgesetz enthaltenen hinausgehen. Mit der Verabschiedung des vorliegenden Reglements über Wettbewerbe und parallele Studienaufträge, insbesondere des vorliegenden Art. 10, hat der kantonale Gesetzgeber beschlossen, von dieser Kompetenz Gebrauch zu machen und diese Materie detaillierter und präziser zu regeln, damit sie im ganzen Kanton einheitlich angewendet wird.

Das vorgeschlagene System ist einfach und kann ohne besondere Schwierigkeiten umgesetzt werden. Als Entscheidungshilfe ist die Vorstudie ein kohärentes und nützliches Instrument, das die Wahl des geeigneten Verfahrens unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Projekts ermöglicht und gleichzeitig volle Transparenz gewährleistet.

Die Regelung schränkt den Anwendungsbereich von Wettbewerben oder STA nicht ein, da diese Verfahren uneingeschränkt genutzt werden können, solange sie den Bedürfnissen des Käufers entsprechen, d.h. wenn er eine Lösung für sein Projekt sucht. Schliesslich sieht es eine identische Regelung für die Kantone und Gemeinden vor.

## **3. Zuständige Behörden**

### **Art. 12 Staatsrat**

Dieser Artikel orientiert sich an Art. 6 des vom BPUK am 15. November 2019 verabschiedeten Mustergesetzes für den Beitritt zum IVöB 2019 und steht im Einklang mit den Befugnissen, die dem Staatsrat durch Art. 100 der Freiburger Verfassung übertragen wurden.

Insbesondere wird in diesem Artikel die Übertragung der Zuständigkeit für den Erlass der zusätzlichen Ausführungsbestimmungen zum IVöB sowie der Ausführungsbestimmungen zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen an den Staatsrat gesetzlich verankert.

### **Art. 13 Aufsichtsbehörde (Art. 45 und 62 IVöB)**

#### **Abs. 1**

Um die ordnungsgemässe Anwendung des Beschaffungsrechts zu fördern, ist eine Aufsichtsbehörde auf kantonaler Ebene erforderlich. Bis dahin gab es eine solche nicht. Es wird nun vorgeschlagen, dass die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige Direktion die Aufsichtsbehörde ist.

Art. 12 ÖBG-DE zielt darauf ab, die Verpflichtung der Kantone zur Einhaltung des IVöB 2019 (Art. 62 IVöB) zu konkretisieren und ihre Anwendung auf die im kantonalen Recht enthaltenen Regelungen (ÖBG-DE und VöB-DE) auszudehnen. Diese Aufsichtsaufgabe ist von der im Rahmen von Beschwerdeverfahren vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung zu unterscheiden. Die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Entscheidung, die ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines öffentlichen Auftrags getroffen hat, fällt in die ausschliessliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Die Aufsichtsbehörde darf sich nicht an dessen Stelle setzen.

In ihrer Antwort auf die Vernehmlassung hat die Oberämterkonferenz – in ihrem Bedauern darüber, dass die IVöB 2019 das Recht auf Einsprache bei den Oberämtern gegen Gemeindeentscheidungen über öffentliche Aufträge abschafft – erklärt, dass die RUBD nicht die Aufsichtsbehörde für die

Gemeinden sein kann und dass dies einen ungerechtfertigten Präzedenzfall darstellen würde. Die vorgenannte Konferenz hat daher beantragt, Art. 12 folgende Klausel hinzuzufügen: *«Die Aufsicht über Gemeinden, Gemeindeverbände und andere Gemeindevertreter wird gemäss den Bestimmungen des Gesetzes über die Gemeinden vom 25. September 1980 ausgeübt»*, d.h. dass die Aufsicht in Gemeindeangelegenheiten von den Oberamtspersonen ausgeübt wird.

Der Staatsrat vertritt eine andere Auffassung. Er weist darauf hin, dass es nicht darum gehe, die Gemeinden als Körperschaften zu überwachen, sondern vielmehr darum, die Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe und die damit verbundenen Fragen zu überwachen, unabhängig von der Vergabestelle. Eine einzige Aufsichtsbehörde in diesem Bereich gewährleiste eine einheitliche Kontrolle und Überwachung. Eine solche Kontrolle sei vergleichbar mit der Kontrolle, die das Arbeitsamt bei der Bekämpfung der nicht angemeldeten Erwerbstätigkeit ausübt und die auch die Gemeinden betreffen kann.

In Anbetracht der obigen Ausführungen und der Tatsache, dass sich keine andere Stelle zu der in Art. 12 vorgeschlagenen Lösung geäußert hat, hält der Staatsrat an der in die Vernehmlassung gegebenen Lösung fest, d.h. er sieht vor, dass die RUBD die kantonale Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen ist, unabhängig von der Vergabestelle.

## **Abs. 2**

Die in Bst. a vorgesehene Überwachung betrifft die Anbieter und ihre Subunternehmer, aber auch die Auftraggeber. Es ist in der Tat notwendig, alle Akteure des öffentlichen Beschaffungswesens in den Bereich der Überwachung einzubeziehen, unabhängig davon, ob es sich um Auftraggeber handelt, die öffentliche Aufträge vergeben, oder um Anbieter, die Angebote einreichen, oder auch um Anbieter, die als Subunternehmer einen Teil des Auftrags ausführen. Weiter wird die kantonale Aufsichtsbehörde in Art. 12 Abs. 2 Bst. b ÖBG-DE als die für die Verhängung der Sanktionen und die Erteilung der in Art. 45 IVöB 2019 vorgesehenen Anweisungen zuständige Behörde designiert. Diese Sanktionen sind der Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen für bis zu fünf Jahren und Geldstrafen von bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises. Entsprechend dem Spielraum, den die Kantone nach Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019 haben, wird die Kompetenz zur Verhängung dieser Sanktionen ausschliesslich der kantonalen Aufsichtsbehörde zugeschrieben. Sie können daher nicht von den Auftraggebern ausgestellt werden. Diese Zentralisierung der Kompetenzen hat mehrere Vorteile: Sie ermöglicht es, den Umfang der Ausschlüsse von zukünftigen öffentlichen Aufträgen auf das gesamte Kantonsgebiet auszuweiten und nicht nur auf die Aufträge eines einzigen Auftraggebers zu beschränken. Das bedeutet, dass zukünftige Ausschlüsse von öffentlichen Aufträgen durch die kantonale Aufsichtsbehörde

auf kantonaler und kommunaler Ebene gelten und damit die Wirksamkeit dieser Sanktionen erhöht wird. Die Zentralisierung der Kompetenzen in Ausschlussfragen sorgt auch für eine gewisse Einheitlichkeit bei der Anwendung von Sanktionen gegen Anbieter und Subunternehmer auf kantonaler Ebene und für die Entwicklung einer Praxis, die die Gleichbehandlung der sanktionierten Unternehmen respektiert.

Die Auftraggeber sind jedoch nicht mittellos und behalten die Befugnis, die in Art. 44 IVöB 2019 vorgesehenen Sanktionen zu verhängen, nämlich den Ausschluss vom Verfahren und den Widerruf des Zuschlags. Sowohl die strafbaren Handlungen als auch die Art der Sanktionen, die Anbieter und ihre Subunternehmer bei Verstössen gegen die Regeln des IVöB treffen, sind in den Artikeln 44 und 45 IVöB 2019 festgelegt. Das in Art. 45 IVöB 2019 vorgesehene Sanktionssystem ermöglicht nun die direkte Bestrafung eines Subunternehmers, und nicht nur die Bestrafung des Anbieters für die Handlungen seines Subunternehmers, wie es bisher der Fall war.

Die kantonale Aufsichtsbehörde ist befugt, Verwaltungsuntersuchungen gegen Auftraggeber nach Art. 45 Abs. 4 IVöB 2019 Abs. einzuleiten, d.h. administrative Verfahren durchzuführen und verbindliche Anweisungen zu erteilen.

## **Abs. 3**

Dieser Absatz legt fest, welche Mittel der kantonalen Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen. In der Regel wird die kantonale Aufsichtsbehörde aufgrund einer Meldung tätig. Sie kann aber auch Fälle aufgreifen, die ihr auf andere Weise zur Kenntnis gelangen.

Bst. a regelt den Informationsaustausch zwischen der kantonalen Aufsichtsbehörde einerseits und den einzelnen Unternehmen, die der Aufsicht unterstellt werden können, andererseits. Die Bst. b und c legen fest, dass die Behörde auch Anhörungen im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens durchführen kann und dass sie befugt ist, die Unterstützung externer Sachverständiger anzufordern, wenn sie dies für erforderlich hält. Damit die kantonale Aufsichtsbehörde ihren Auftrag erfolgreich erfüllen kann, ist es unabdingbar, dass sie Zugang zu allen relevanten Informationen hat und selbst oder mit Unterstützung von qualifizierten Personen alle für die Ausübung ihrer Tätigkeit notwendigen Untersuchungen durchführen kann.

## **Abs. 4**

Dieser Absatz begründet eine Mitwirkungspflicht für Anbieter, Subunternehmer und Auftraggeber, wie auch für andere Organe, die für die Überwachung bestimmter Bereiche zuständig sind (Datenschutzbeauftragter, kantonales Rechnungsprüfungsamt, Rechnungshof usw.). Die kantonale Aufsichtsbehörde muss auch nach Abschluss des Verfahrens und der Auftragsvergabe auf die Mitarbeit der Hauptakteure des

öffentlichen Beschaffungswesens zählen können und insbesondere Zugang zu Informationen und Unterlagen haben, die für die Erfüllung ihrer Aufgabe nützlich sind. Diese Mitwirkungspflicht gilt für alle öffentlichen Aufträge, die der kantonalen Gesetzgebung unterliegen, unabhängig davon, welches Verfahren der Auftraggeber anwendet. Ausserdem sollte die Aufsichtsbehörde nicht an das Amts- oder Geschäftsgeheimnis gebunden werden können, wenn sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben Informationen von einem Auftraggeber, Anbieter oder Subunternehmer benötigt.

## **Art. 14** Schwarzarbeit

### **Abs. 1**

Gemäss Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA), das am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen ist, schliesst die zuständige kantonale Behörde im Falle einer Verurteilung eines Arbeitgebers wegen erheblicher oder wiederholter Nichteinhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten nach Sozialversicherungs- und Ausländerrecht den betreffenden Arbeitgeber für maximal fünf Jahre von künftigen öffentlichen Aufträgen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene aus. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen (und nicht nur um einen Ausschluss, der sich auf einen bestimmten Auftrag oder Auftraggeber bezieht). Er betrifft die Vergabe aller künftigen öffentlichen Aufträge, unabhängig von dem vom Auftraggeber angewandten Verfahren (freihändige Vergabe, Ausschreibung, offenes oder selektives Verfahren, Wettbewerb oder Studienauftrag) (in diesem Sinne vgl. GUERRIC RIEDI, *Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs*, in: Zufferey et al. [Hrsg.], *Marchés publics* 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz 95).

Wie der Bundesrat in seiner Botschaft zum BGSA ausführt, bezieht sich die Sanktion ausschliesslich auf künftige Angebote, ein zum Zeitpunkt der Verhängung der Sanktion bereits erteilter Auftrag verbleibt beim Anbieter (Botschaft des Bundesrates vom 16. Januar 2002, FF 2002, S. 3371 ff, S. 3420). Für bereits vergebene und noch in der Ausführung befindliche Aufträge stehen dem Auftraggeber jedoch weiterhin alle Sanktionsmittel zur Verfügung, die das Beschaffungsrecht für den Fall eines rechtswidrigen Verhaltens des Anbieters vorsieht (vgl. insbesondere die Sanktionen in Art. 44 IVöB 2019).

Gemäss Art. 77a BAMG (SGF 866.1.1) ist das Amt für den Arbeitsmarkt die zuständige Behörde, um Arbeitgeber im Sinne von Art. 13 BGSA von zukünftigen öffentlichen Aufträgen auszuschliessen. Art. 49 aÖBR sieht vor, dass schwerwiegende Verstösse gegen die Regeln des öffentlichen Auftragswesens mit einer Verwarnung, dem Widerruf des Zuschlags, einer Geldstrafe von bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises oder dem Ausschluss von weiteren Aufträgen für fünf

Jahre geahndet werden, legt aber nicht fest, welche Behörde diese Sanktionen verhängen darf.

Diese Kompetenz des Amtes für den Arbeitsmarkt soll erhalten bleiben.

Es ist zu beachten, dass Entscheidungen zum Ausschluss von Unternehmen von zukünftigen öffentlichen Aufträgen, die von der zuständigen kantonalen Behörde getroffen werden, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mitgeteilt werden, das dann eine öffentliche Liste der Unternehmen veröffentlicht, die einer solchen Massnahme unterliegen. Alle interessierten Parteien haben somit Zugang zur Liste der Unternehmen, die von zukünftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen sind, ähnlich dem System, das für Arbeitgeber besteht, die nach dem Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG) abgestraft wurden.

Hauptkriterium für die Bemessung der zu verhängenden Strafe nach Art. 13 BGSA ist die Dauer des Verstosses gegen das Sozialversicherungs- und Ausländerrecht. Auch wenn derselbe Arbeitgeber wegen der illegalen Beschäftigung mehrerer Arbeitnehmer gleichzeitig oder nacheinander verurteilt wurde, wird die Dauer der Zuwiderhandlungen zusammengerechnet. Ebenso ist Rückfälligkeit als verschärfender Faktor für die Sanktion zu berücksichtigen, wenn der Verstoss gegen die Verpflichtungen aus Art. 13 Abs. 1 BGSA erheblich ist oder wenn der Täter mehrere aufeinanderfolgende, geringfügige Zuwiderhandlungen begangen hat. Die Tatsache, dass das zuwiderhandelnde Unternehmen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe tätig ist, ist ebenfalls als strafverschärfender Umstand zu berücksichtigen, da ein solches Unternehmen nicht geeignet ist, ein Angebot abzugeben und vielleicht bereits ein Angebot abgegeben hat, obwohl es dazu nicht geeignet war (CDAP-Urteil vom 24. Mai 2018, MPU.2018.0008, Erw. 2 und CDAP-Urteil vom 27. Januar 2016, MPU.2015.0054 Erw. 2b).

Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit macht keinen Unterschied zwischen den Begriffen Schwarzarbeit und Grauarbeit. Nach allgemeinem Verständnis beschreibt Grauarbeit die Situation, in der ein Unternehmer einen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung unter Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen anstellt. Im Rahmen der Anwendung des BGSA stellt Grauarbeit daher keine abgeschwächte Form der Schwarzarbeit dar, da die blosser Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers ohne Einhaltung der ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten ausreicht, um als Schwarzarbeit zu gelten (GUERRIC RIEDI, *op. cit.*, N 80). Nach der Rechtsprechung darf die Tatsache, dass der Arbeitgeber die Sozialbeiträge für die ohne Bewilligung beschäftigten Arbeitnehmer (Fall der Grauarbeit) abgerechnet hat, bei seiner Entlastung nicht berücksichtigt werden. Tatsächlich «erkennt Art. 13 Abs. 1 BGSA diese beiden Sanktionsgründe

an und sieht in dem häufig als ‹Grauarbeit› bezeichneten Szenario keine Milderungsgründe vor» (CDAP-Urteil vom 27. Januar 2016, MPU.2015.0054, Erw. 2b in fine und CDAP-Urteil vom 26. März 2014, MPU.2013.0025 Erw. 9b).

## **Art. 15** Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen

### **Abs. 1 bis 5**

Das Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Freiburg berät und informiert seit vielen Jahren die öffentlichen Auftraggeber des Kantons. Es wird derzeit durch die Verordnung des Staatsrats vom 11. Februar 2008 geregelt, die mehrmals aktualisiert wurde, zuletzt am 27. März 2018.

Das Kompetenzzentrum ist dem Generalsekretariat des RUBD angegliedert. In seiner derzeitigen Zusammensetzung wird es vom Generalsekretär geleitet und setzt sich zusammen aus der Delegierten für Nachhaltige Entwicklung, dem Kantonsingenieur, dem Kantonsarchitekten, dem Verantwortlichen für Rechtsfragen im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen, einem Vertreter der SAMi und einem Vertreter des SiTel. Seine Aufgaben bestehen darin, die Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen auf dem neuesten Stand zu halten, bei der Anwendung dieser Gesetzgebung zu beraten und [simap.ch](http://simap.ch) zu verwalten. Im Bereich der Überwachung des öffentlichen Beschaffungswesens kann sie Weisungen in Einzelfällen erteilen, allgemeine Richtlinien erlassen und die Bildung von Arbeitsgruppen zu verschiedenen Themen vorschlagen.

Im Laufe der Jahre haben wir mit dem Vorstand des Gemeindeverbands zusammengearbeitet (Kurse für neu gewählte Gemeindevertreter, Erarbeitung von Richtlinien für den Kanton und die Gemeinden zum Thema Mehrkosten auf öffentlichen Baustellen während der Covid-Pandemie, verschiedene Gespräche und Diskussionen) und mit Berufsverbänden und Tarifpartnern (Entwicklung von Vergabekriterien für Bauaufträge, Integration der Nachhaltigkeit in Ausschreibungen, Erarbeitung einer Richtlinie zur Anforderung eines kartenbasierten Kontrollsystems für Personal, das auf TBA- und HBA-Baustellen arbeitet).

Diese fruchtbare Zusammenarbeit hat gezeigt, dass der Austausch von Ideen und Erfahrungen zwischen Menschen, die Experten auf ihrem jeweiligen Gebiet sind, es nicht nur ermöglicht, ein Problem in seiner Gesamtheit zu behandeln, sondern auch innovative Lösungen zu finden, die für die kantonale Verwaltung, die Gemeinden und private Partner geeignet sind.

In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der zusätzlichen Aufgaben, die sich aus dem überarbeiteten IVöB in den Bereichen Ausbildung, nachhaltige Entwicklung, Prävention von Korruption und Bekämpfung der Schwarzarbeit

ergeben, sowie des Wunsches, die öffentlichen Beschaffungen mit den Fachdiensten in diesem Bereich zusammenzufassen, wird vorgeschlagen, die Zusammensetzung des Kompetenzzentrums einerseits beizubehalten, und sie andererseits auszuweiten auf eine Vertreterin oder einen Vertreter des Vorstands des Gemeindeverbandes und von Fall zu Fall, in beratender Funktion, auf Vertreterinnen und Vertreter der Sozialpartner und Berufsverbände t.

Der Vorschlag, Vertreter der FGV in das Kompetenzzentrum einzubeziehen, wurde während der Vernehmlassung sehr begrüsst, was den Wunsch der verschiedenen Gremien zeigt, gemeinsam an den Herausforderungen zu arbeiten, die sich aus dem überarbeiteten IVöB und dem neuen Gesetz ergeben.

Es wird vorgeschlagen, die Aufgaben und Zuständigkeiten dieses Zentrums sowie seine genaue Zusammensetzung durch eine Verordnung festzulegen, wobei zu berücksichtigen ist, dass viele Einrichtungen und Organisationen im Rahmen der Vernehmlassung den Wunsch geäußert haben, daran mitzuwirken. Der Grundgedanke ist jedoch nach wie vor, dass neben der Beibehaltung der derzeitigen Mitglieder, die aus der kantonalen Verwaltung stammen und aufgrund ihres Fachwissens ausgewählt wurden, die Zusammensetzung des Zentrums erweitert werden sollte, damit die wichtigsten Interessen vertreten sind, das Zentrum jedoch eine vernünftige Grösse beibehält, die es ihm ermöglicht, wie heute reaktiv zu sein.

## **Art. 16** Auftraggeber

Selbstkontrolle ist die Grundlage für die Kontrolle der öffentlichen Vergabeverfahren. In diesem System liegt die Hauptverantwortung für die Überwachung der Vergabeverfahren bei den Vergabestellen. Sie müssen sicherstellen, dass ihre Verfahren in jeder Hinsicht und in jeder Phase in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Rahmen durchgeführt werden.

### **4. Fristen und Rechtsmittel**

## **Art. 17** Verkürzung der Fristen (Art. 46 Abs. 4 IVöB)

Diese Bestimmung ist das Gegenstück zu Art. 47 Abs. 1 IVöB (seinerseits das Gegenstück zu Art. XI Abs. 4 Bst. c GPA 2012) für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, d.h. für Aufträge, die in einem offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden und deren Wert die internationalen Schwellenwerte gemäss Anhang 1 IVöB 2019 nicht erreicht, aber auch für Aufträge, die in einem Einladungsverfahren vergeben werden. Die Dringlichkeit in diesem Artikel ist geringer als die in Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB 2019 vorgesehene. Sie muss nicht als extrem oder zwingend im Sinne des GPA 2012 eingestuft werden.

Diese Art der Dringlichkeit muss von Fall zu Fall beurteilt werden, und eine Interessenabwägung muss erfolgen: das Inte-

resse des Auftraggebers, den Auftrag aufgrund der besonderen Umstände schneller vergeben zu können, und das Interesse der Anbieter, die übliche Frist (20 Tage) für die Erstellung und Einreichung ihrer Angebote zu erhalten. Der Auftraggeber sollte sich nicht auf die Dringlichkeit berufen können, wenn diese das Ergebnis einer schlechten Planung seinerseits ist oder wenn die Berufung auf die Dringlichkeit anderweitig mit dem von ihm zu zeigenden guten Glauben unvereinbar ist. Um den Grundsatz der Transparenz zu wahren, sollte die Verkürzung der Frist für die Einreichung der Angebote und die Begründung dafür in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein.

## **Art. 18** Eröffnung von Verfügungen (Art. 51 IVöB)

Art. 51 Abs. 1 IVöB lässt den Kantonen die Freiheit, die Art der Eröffnung von Verfügungen zu wählen, d.h. ob Verfügungen durch individuelle Zustellung oder durch Veröffentlichung eröffnet werden sollen.

Derzeit sieht Art. 34 a aÖBR vor, dass die Auftraggeber Verfügungen entweder durch persönliche Zustellung eröffnet oder durch Veröffentlichung im Amtsblatt. Es wird vorgeschlagen, dass künftig mit Ausnahme von Ausschreibungen und Aufträgen im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB («ausserordentliches freihändiges Verfahren»), die durch Veröffentlichung eröffnet werden, der Auftraggeber seine sonstigen Verfügungen durch persönliche Zustellung eröffnet (vgl. Art. 53, Abs. 1 IVöB).

Normalerweise wird die persönliche Zustellung einer Verfügung per Einschreiben versandt, damit der Auftraggeber die Zustellung der Verfügung verfolgen kann und den genauen Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung kennt. Die Eröffnung der Verfügung ist der Beginn der Rechtsmittelfrist, sei es durch persönliche Zustellung oder durch Veröffentlichung. Wird ein Einschreiben vom Adressaten einer Verfügung nicht abgeholt und an den Absender (den Auftraggeber) als «nicht abgeholt» zurückgeschickt, gilt der 7. Tag der Aufbewahrungsfrist als Zustellung. Nach der Rechtsprechung gilt diese Zustellungsfiktion nur insofern, als der Adressat mit dem Erhalt einer solchen Verfügung rechnen kann. Diese Zustellungsfiktion gilt demnach für den Anbieter, der an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt ist.

Die persönliche Zustellung einer Verfügung ist von der möglichen Verpflichtung zur Veröffentlichung der Verfügung zu unterscheiden (vgl. Art. 49 IVöB). So muss ein im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens getroffener Zuschlagsentscheid zunächst den verschiedenen Anbietern persönlich mitgeteilt werden, insbesondere um das Beschwerderecht zu eröffnen, und dann in einer zweiten Phase auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) veröffentlicht werden, um die Anforderungen der Veröffentlichung von Art. 48 IVöB zu erfüllen. Diese Veröffentlichung eröffnet keine neuen Rechtsmittel (die bereits durch individuelle Mitteilung eröffnet wurden), und ihr Inhalt muss den Anforderungen in Art. 48 Abs. 6 IVöB entsprechen.

Bei Abbruch des Verfahrens wird jeder am Verfahren beteiligte Anbieter persönlich benachrichtigt, und es erfolgt eine Eröffnung der Rechtsmittel und eine anschliessende Veröffentlichung (ohne Eröffnung neuer Rechtsmittel) auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) gemäss Art. 48 Abs. 1 IVöB.

Für den seltenen Fall, dass ein Auftraggeber ein Verfahren vor Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote abbricht, d.h. bevor die Anbieter bekannt sind, dient die Veröffentlichung des Abbruchs des Verfahrens auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) ausnahmsweise als Eröffnung und eröffnet ein Rechtsmittel.

## **Art. 19** Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 IVöB)

### **Abs. 1**

Dieser Absatz erfordert keinen besonderen Kommentar. Es ist jedoch anzumerken, dass das Recht auf Berufung bei der Oberamtsperson gegen Verfügungen von Gemeinden und Gemeindeverbänden in Angelegenheiten des öffentlichen Beschaffungswesens abgeschafft wurde, da Art. 52 IVöB 2019 vorsieht, dass «gegen die Verfügungen des Auftraggebers beim kantonalen Verwaltungsgericht als einziger kantonaler Instanz Beschwerden eingereicht werden können, zumindest wenn der Auftragswert den für das Vergabeverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht».

Diese Bestimmung bietet den Kantonen keinen Handlungsspielraum. Einige Kantone, wie z.B. die Kantone Freiburg und Bern, haben immer noch die Möglichkeit, gegen kommunale Entscheidungen beim kantonalen Gericht, in diesem Fall bei der Oberamtsperson, Beschwerde einzulegen.

### **Abs. 2**

Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs muss die Beschwerde mindestens ab dem für die Ausschreibung massgebenden Vertragswert möglich sein, wobei die Kantone auch schon ab einem Franken oder je nach Verfahrensart Beschwerde einlegen können (Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019). Der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) sieht vor, dass alle Entscheidungen beim Kantonsgericht angefochten werden können, mit Ausnahme derjenigen, die im freihändigen Verfahrens getroffen werden und deren Wert unter den festgelegten Schwellenwerten liegt, d.h. der freihändigen Vergabe im Sinne von Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019, unabhängig vom Auftragswert. Sie macht damit die Verfügbarkeit von Rechtsmitteln nicht vom Wert des Auftrags, sondern von der Art des Verfahrens abhängig. Dies bedeutet, dass eine Vergabestelle, die eine Ausschreibung anstelle eines freihändigen Vergabeverfahrens im Sinne von Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019 wählt, die Regeln für die Durchführung der Ausschreibung einhalten muss und dass erfolglose Anbieter die Möglichkeit haben, ihre Vergabe anzufechten.

## **Art. 20** Übergangsbestimmungen

Dieser Artikel greift das in Art. 64 IVöB 2019 vorgesehene Regelung des Übergangsrechts auf, um eine volle Kohärenz zwischen der Interkantonalen Vereinbarung und dem neuen Gesetz zu gewährleisten.

**Zu den endgültigen Bestimmungen des ÖBG-Entwurfs sind keine besonderen Bemerkungen erforderlich.**

## **5. Konsequenzen**

### **5.1. Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden**

Die beiden Gesetzesentwürfe berühren die Aufgabenteilung zwischen den Kantonen und den Gemeinden nicht.

### **5.2. Auswirkungen auf das Staatspersonal**

Es wird erwartet, dass der Gesetzesentwurf einige Auswirkungen auf das Staatspersonal haben wird, insbesondere da sich aus der überarbeiteten IVöB neue Aufgaben ergeben werden, vor allem in den Bereichen Überwachung und Nachhaltigkeit. Es ist jedoch schwierig, diese Auswirkungen zum jetzigen Zeitpunkt abzuschätzen, da diese neuen Aufgaben in der künftigen Verordnung im Einzelnen geregelt werden. An diesem Punkt können die zusätzlich benötigten Ressourcen berücksichtigt werden.

### **5.3. Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit**

Die IVöB 2019 und der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen wurden auf ihre Nachhaltigkeit geprüft. Bei der Bewertung zahlreicher Kriterien kam man zum Schluss, dass die oben genannten Instrumente eine äusserst positive Wirkung auf die Nachhaltigkeit in wirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Hinsicht haben werden.

Die IVöB 2019 stellt einen bedeutenden Paradigmenwechsel dar, indem es Qualitätskriterien auf die gleiche Ebene stellt wie den Preis, aber auch, indem es die Nachhaltigkeit in die Ziele der Vereinbarung auf allen Ebenen des Prozesses einbezieht.

Die IVöB 2019 berücksichtigt qualitative Kriterien in gleicher Weise wie den Preis. Dazu gehören auch Umweltaspekte. Darüber hinaus können die gleichen Aspekte auch als Eingangskriterien und technische Spezifikationen berücksichtigt werden. Die Bestimmungen der IVöB 2019 sehen auch die Möglichkeit vor, international anerkannte Umweltlabels oder gleichwertige Labels zu verlangen. Sowohl die neue IVöB als auch der neue Gesetzesentwurf werden sich daher sehr positiv auf die Umweltbereiche auswirken.

Die Anerkennung des Labels Schweizer Holz und des SNBS als den internationalen Labels gleichwertige Labels stellt die

lokalen Produzenten auf die gleiche Stufe wie die internationalen Umweltlabel-Produzenten, was sich positiv auf die lokale Wirtschaft auswirkt.

Die Lebenszykluskosten werden im Rahmen der IVöB 2019 ein Vergabekriterium sein. Durch die Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten und somit insbesondere der Betriebskosten von Gebäuden werden ungeplante und unvorhergesehene Kosten vermieden, die bei der Nutzung der erworbenen Vermögenswerte entstehen. Letztlich führt dies zu Einsparungen.

Ausserdem werden mit dem neuen ÖBG innerhalb der kantonalen Verwaltung Beschaffungsstellen eingerichtet, um diese Einkäufe zu professionalisieren, zu rationalisieren und zu optimieren, was zu erheblichen Einsparungen und Qualitätsverbesserungen führt. Weiter schafft das Gesetz mit der Überwachung der Nachhaltigkeit und Innovation einen Mechanismus, der für Transparenz sorgt und die Grundlage für künftige Optimierungen bildet.

Die Aufnahme der Nachhaltigkeit als Beschaffungskriterium in die IVöB wird es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, Anforderungen zu stellen, die über die bereits verbindlichen Mindeststandards der Sozial- und Umweltvorschriften hinausgehen. Dazu gehören beispielsweise die Einhaltung höherer Standards für den Arbeits- und Gesundheitsschutz in der gesamten Lieferkette, Massnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und der Beteiligung von Frauen in geschäftsführenden Organen, Massnahmen zur Gewährleistung des Zugangs zu einer hochwertigen Bildung für alle, einschliesslich der Förderung der beruflichen Grundbildung und der sozialen und beruflichen Eingliederung, sowie interne Massnahmen zur Bekämpfung von Korruption und illegalen Finanzströmen.

Die Gewichtung und Beurteilung der Qualität von Leistungen in gleichem Masse wie ihre Kosten oder sogar noch stärker verschafft lokalen Unternehmen einen Vorteil. Auch die Möglichkeit einer angemessenen Vergabe von Unteraufträgen ermöglicht es den regionalen KMU, mit den grossen Generalunternehmern wettbewerbsfähig zu bleiben.

Die Ausführungsbestimmungen der IVöB 2019 werden die Einhaltung der internationalen Arbeitsverträge sowie der geltenden Tarifverträge mit Sanktionen sicherstellen, unabhängig davon, ob dies den Anbieter oder seine Subunternehmer betrifft. Darüber hinaus ermöglicht die gesetzliche Vorschrift eines Berufsausweises oder eines gleichwertigen Ausweises auf öffentlichen Baustellen eine wirksamere Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Das Verbot der doppelten Vergabe von Unteraufträgen – ausser aus organisatorischen Gründen – stärkt den Kampf gegen die Schwarzarbeit und den Missbrauch bei der Vergabe von Unteraufträgen weiter.

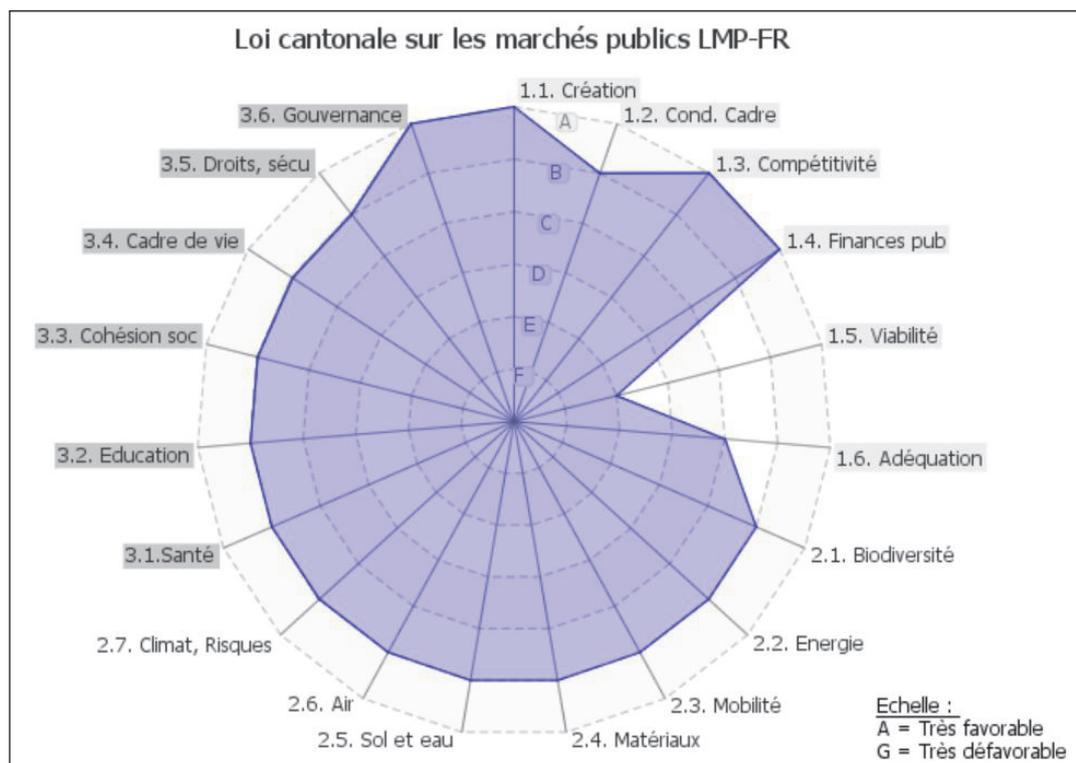
Die gesetzliche Vorschrift, dass auf den Baustellen der öffentlichen Auftraggeber ein von den gemeinsamen Einrichtungen ausgestellter Berufsausweis oder ein gleichwertiger Nachweis vorzulegen ist, gewährleistet, dass die Gesundheit und die Rechte der Arbeitnehmer gemäss den geltenden Normen geschützt werden.

Schliesslich werden in der IVöB 2019 klarere Regeln festgelegt und die Rechtsprechung integriert bzw. zusammengeführt, was die Rechtssicherheit erhöht. Die Verfahren werden

gestraft, und neue elektronische Mittel verringern den Verwaltungsaufwand sowohl für die Anbieter als auch für die Auftraggeber.

Das einzige Risiko, das auf Projektebene festgestellt wurde, besteht darin, dass nicht genügend Humanressourcen zur Verfügung stehen, um den durch die IVöB 2019 ausgelösten Paradigmenwechsel umzusetzen, insbesondere im Hinblick auf die Nachhaltigkeit (vgl. Punkt 1.5 unten, Durchführbarkeit des Projekts).

### Diagramm zur Veranschaulichung des Ergebnisses der Kompass21-Umfrage



#### Benotungsskala

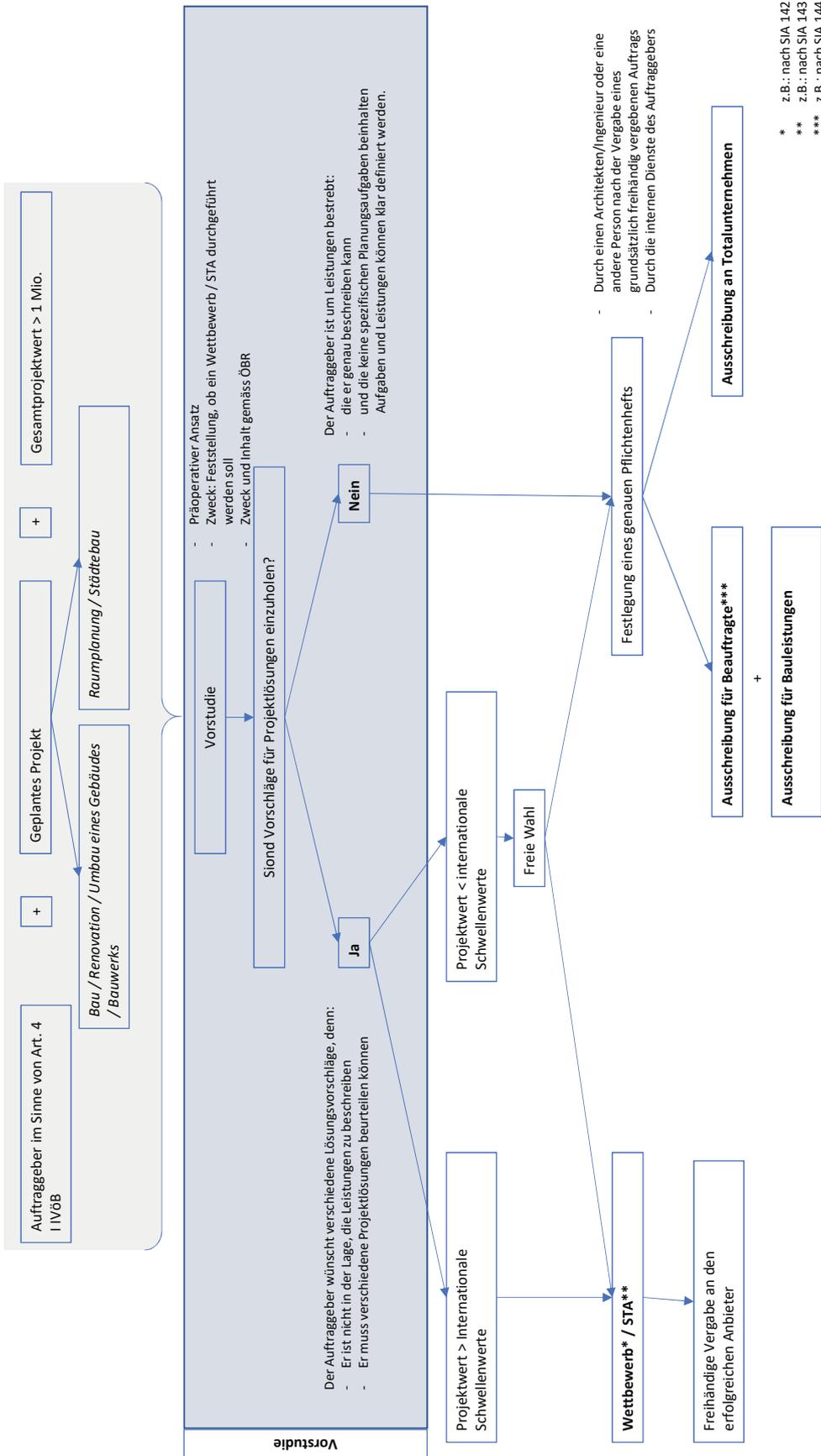
<b>A</b>	Sehr positiv
<b>B</b>	Positiv
<b>C</b>	Positiv mit Vorbehalten
<b>D</b>	Mittel
<b>E</b>	Negativ mit wenigen positiven Punkten
<b>F</b>	Negativ
<b>G</b>	Sehr negativ
<b>X</b>	Nicht betroffen

### 5.4. Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung sowie Eurokompatibilität

Beide Vorlagen stehen im Einklang mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung und sind mit dem europäischen Recht vereinbar.

## 6. Anhänge

Diagramm zur Veranschaulichung des neuen Mechanismus für Wettbewerbe und parallele Studienaufträge (Art. 11).



**Loi portant adhésion à l'accord intercantonal du  
15 novembre 2019 sur les marchés publics**

du...

---

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: –  
Modifié(s): –  
Abrogé(s): –

---

*Le Grand Conseil du canton de Fribourg*

Vu le message 2021-DAEC-199/200 du Conseil d'Etat du 14 septembre 2021;  
Sur la proposition de cette autorité,

*Décrète:*

**I.**

**Art. 1**

<sup>1</sup> Le canton de Fribourg adhère à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP) dont le texte figure en annexe.

<sup>2</sup> L'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RSF 122.91.2) est dénoncé pour le jour où tous les cantons auront adhéré au nouvel AIMP. Le moment venu, le Conseil d'Etat communique cette dénonciation conformément aux dispositions de la loi sur les conventions intercantionales.

**Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen  
Vereinbarung vom 15. November 2019  
über das öffentliche Beschaffungswesen**

vom...

---

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: –  
Geändert: –  
Aufgehoben: –

---

*Der Grosse Rat des Kantons Freiburg*

nach Einsicht in die Botschaft 2021-DAEC-199/200 des Staatsrates vom  
14. September 2021;  
auf Antrag dieser Behörde,

*beschliesst:*

**I.**

**Art. 1**

<sup>1</sup> Der Kanton Freiburg tritt der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) bei; ihr Wortlaut wird im Anhang wiedergegeben.

<sup>2</sup> Die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.2) wird auf den Tag gekündigt, an dem alle Kantone der neuen IVöB beigetreten sind. Der Staatsrat teilt diese Kündigung gemäss den Bestimmungen des Gesetzes über die interkantonalen Verträge zu gegebener Zeit mit.

## **ANNEXES SOUS FORME DE DOCUMENTS SÉPARÉS**

Annexe 1: Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP)

### **II.**

*Aucune modification d'actes dans cette partie.*

### **III.**

*Aucune abrogation d'actes dans cette partie.*

### **IV.**

La présente loi est soumise au référendum législatif. Elle n'est pas soumise au référendum financier.

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

## **ANHÄNGE IN DER FORM SEPARATER DOKUMENTE**

Anhang 1: Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen

### **II.**

*Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

### **III.**

*Keine Aufhebung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

### **IV.**

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Der Staatsrat setzt das Inkrafttreten dieses Gesetzes fest.

## Loi sur les marchés publics (LCMP)

du...

---

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: **122.91.1**  
Modifié(s): –  
Abrogé(s): 122.91.1

---

### *Le Grand Conseil du canton de Fribourg*

Vu la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI);  
Vu l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP);  
Vu le message 2021-DAEC-199/200 du Conseil d'Etat du 14 septembre 2021,  
Sur la proposition de cette autorité

*Décète:*

### **I.**

#### **1 Objet et champ d'application**

**Art. 1** Objet

<sup>1</sup> La présente loi énonce:

- a) les dispositions d'application de l'AIMP;
- b) les dispositions complémentaires sur les marchés publics dans des domaines où l'AIMP n'est pas exhaustif.

## Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)

vom...

---

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: **122.91.1**  
Geändert: –  
Aufgehoben: 122.91.1

---

### *Der Grosse Rat des Kantons Freiburg*

gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM);  
gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB);  
nach Einsicht in die Botschaft 2021-DAEC-199/200 des Staatsrates vom 14. September 2021;  
auf Antrag dieser Behörde,

*beschliesst:*

### **I.**

#### **1 Zweck und Geltungsbereich**

**Art. 1** Gegenstand

<sup>1</sup> Dieses Gesetz enthält:

- a) die Ausführungsbestimmungen zur IVöB;
- b) zusätzliche Beschaffungsvorschriften in Bereichen, in denen die IVöB nicht erschöpfend ist.

**Art. 2** Champ d'application (*art. 10 AIMP*)

<sup>1</sup> La Banque Cantonale de Fribourg n'est pas soumise à la législation sur les marchés publics.

**2 Principes généraux**

**Art. 3** Langue (*art. 48 AIMP*)

<sup>1</sup> Les avis d'appel d'offres des marchés publics soumis aux traités internationaux sont rédigés en français et en allemand.

<sup>2</sup> Les avis d'appel d'offres des autres marchés sont rédigés au moins dans la langue officielle du lieu d'exécution de la prestation.

<sup>3</sup> Les avis d'appel d'offres de l'Etat sont rédigés en français et en allemand.

**Art. 4** Sous-traitants (*art. 12 et 31 AIMP*)

<sup>1</sup> Le ou la soumissionnaire indique dans son offre:

- a) l'objet et la part des prestations qui seront sous-traitées;
- b) la raison sociale et le siège, respectivement le nom et le domicile, des sous-traitants et sous-traitantes.

<sup>2</sup> Tout changement de sous-traitant ou sous-traitante intervenant en cours d'exécution du marché doit être motivé et annoncé par écrit à l'adjudicateur avant l'exécution des prestations sous-traitées, pour contrôle et approbation.

<sup>3</sup> Le recours à la double sous-traitance est interdit. L'alinéa 4 est réservé.

<sup>4</sup> A titre exceptionnel, l'adjudicateur peut autoriser le recours à la double sous-traitance lorsqu'elle se justifie pour des raisons techniques, notamment dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale. Dans ces cas, seul le recours à un deuxième niveau de sous-traitance est admis.

<sup>5</sup> Le non-respect de l'une des exigences énoncées aux alinéas qui précèdent représente un motif d'exclusion du ou de la soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication.

**Art. 2** Geltungsbereich (*Art. 10 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Freiburger Kantonalbank unterliegt nicht der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen.

**2 Allgemeine Grundsätze**

**Art. 3** Sprache (*Art. 48 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Ausschreibung öffentlicher Aufträge im Staatsvertragsbereich erfolgt in französischer und deutscher Sprache.

<sup>2</sup> Die Ausschreibung sonstiger Aufträge erfolgt zumindest in der Amtssprache des Ortes, an dem die Leistung zu erbringen ist.

<sup>3</sup> Ausschreibungen des Staates erfolgen in deutscher und französischer Sprache.

**Art. 4** Subunternehmerinnen und Subunternehmer (*Art. 12 und 31 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Anbieterin oder der Anbieter muss in ihrem oder seinem Angebot angeben:

- a) den Gegenstand und den Anteil der Leistungen, die an Subunternehmerinnen und Subunternehmer vergeben werden sollen;
- b) die Firmenbezeichnung und den Sitz bzw. den Namen und den Wohnsitz der Subunternehmerinnen und Subunternehmer.

<sup>2</sup> Jeder Wechsel der Subunternehmerinnen und Subunternehmer während der Ausführung des Auftrags muss der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber vor der Ausführung der untervergebenen Leistungen schriftlich zur Prüfung und Genehmigung mitgeteilt werden.

<sup>3</sup> Die weitere Untervergabe ist nicht erlaubt. Absatz 4 bleibt vorbehalten.

<sup>4</sup> In Ausnahmefällen kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eine weitere Untervergabe genehmigen, wenn dies aus technischen Gründen gerechtfertigt ist, insbesondere bei Bauaufträgen mit einem General- oder Totalunternehmen. In diesen Fällen ist die weitere Untervergabe nur in zweiter Ebene erlaubt.

<sup>5</sup> Die Nichteinhaltung einer der in den vorstehenden Absätzen genannten Anforderungen ist Grund für den Ausschluss der Anbieterin oder des Anbieters oder für den Entzug des erteilten Auftrags.

**Art. 5** Peines conventionnelles (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour assurer le respect des obligations du ou de la soumissionnaire et de ses sous-traitants ou sous-traitantes au sens de l'article 12 AIMP, l'adjudicateur inclut en principe des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec le ou la soumissionnaire retenu-e.

**Art. 6** Respect des conditions de travail (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Les conditions de travail au sens de l'article 12 al. 1 AIMP sont celles fixées par le code suisse des obligations, les conventions collectives de travail et les contrats types de travail; à défaut, les conditions de travail usuelles de la branche professionnelle s'appliquent.

<sup>2</sup> Les conditions de travail en vigueur dans le canton sont applicables aux soumissionnaires ayant leur siège ou leur établissement en Suisse lorsque:

- a) les termes et conditions d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire sur le territoire cantonal n'ont pas d'équivalent au siège ou à l'établissement en Suisse du ou de la soumissionnaire; et que
- b) cela poursuit un intérêt public prépondérant tel que la protection contre le dumping salarial.

<sup>3</sup> L'adjudicateur consulte les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail au plus tard avant le prononcé de l'adjudication, afin de vérifier le respect desdites conventions par le ou la soumissionnaire present-i-e pour l'adjudication, ainsi que ses sous-traitants et sous-traitantes.

<sup>4</sup> Les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail et la commission tripartite cantonale contrôlent l'application des conditions de travail par le ou la soumissionnaire et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes. Ils informent l'adjudicateur, d'office ou sur demande, de l'ouverture de procédures de contrôle, de leur résultat et des éventuelles mesures prises.

**Art. 5** Konventionalstrafen (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Um die Einhaltung der Verpflichtungen der Anbieterin oder des Anbieters und ihrer oder seiner Subunternehmerinnen und Subunternehmer im Sinne von Artikel 12 IVöB zu gewährleisten, nimmt der Auftraggeber grundsätzlich Konventionalstrafen in den mit der erfolgreichen Anbieterin oder dem erfolgreichen Anbieter geschlossenen Vertrag auf.

**Art. 6** Einhaltung der Arbeitsbedingungen (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 IVöB sind diejenigen, die im Schweizerischen Obligationenrecht, in den Gesamtarbeitsverträgen und in den Normalarbeitsverträgen festgelegt sind; im Übrigen gelten die branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

<sup>2</sup> Für Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz sind die im Kanton geltenden Arbeitsbedingungen anwendbar, wenn:

- a) die Bedingungen eines im Kanton für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags am Sitz oder an der Niederlassung der Anbieterin oder des Anbieters in der Schweiz keine Entsprechung haben; und
- b) dies im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, z. B. zum Schutz vor Lohndumping.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber konsultiert spätestens vor der Vergabe die paritätischen Organe, die aufgrund von Gesamtarbeitsverträgen gebildet wurden, um sich zu vergewissern, dass die oder der für die Vergabe ausgewählte Anbieterin oder Anbieter und deren oder dessen Subunternehmerinnen und Subunternehmer diese Vereinbarungen einhalten.

<sup>4</sup> Die paritätischen Organe, die aufgrund der Gesamtarbeitsverträge gebildet wurden, und die kantonale tripartite Kommission überwachen die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die Anbieterin oder den Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer. Sie unterrichten die Auftraggeberin oder den Auftraggeber automatisch oder auf Anfrage hin über die Einleitung von Kontrollverfahren, deren Ergebnis und die getroffenen Massnahmen.

**Art. 7** Système de contrôle (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour les marchés de construction, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle émanant d'organes paritaires – ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système – permettant de contrôler, selon certains critères détaillés par voie d'ordonnance, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

**Art. 8** Labels et ecolabels

<sup>1</sup> L'Etat exige le respect des critères des labels environnementaux ou des ecolabels pour ses propres marchés et pour ceux auxquels il participe financièrement.

<sup>2</sup> Pour les marchés de construction en général, le Label SNBS ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

<sup>3</sup> Pour les marchés de construction en bois, le Label Bois Suisse ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

**Art. 9** Monitoring de la durabilité

<sup>1</sup> Un monitoring de la durabilité des achats des services de l'Etat et de leur caractère innovant est effectué par la Direction en charge du développement durable.

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat est informé tous les deux ans des résultats de ce monitoring et le rapport y relatif est publié.

**Art. 10** Cellules d'achat

<sup>1</sup> Dans une perspective de qualité, d'efficacité et de performance économique, le Conseil d'Etat est habilité à instaurer des cellules d'achat au cas par cas pour l'achat de biens et de services en faveur de l'Etat.

**Art. 11** Concours et mandats d'étude parallèles

<sup>1</sup> En matière de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, tout adjudicateur mentionné à l'article 4 al. 1 AIMP établit une étude préliminaire dès que la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure à 1 million de francs.

**Art. 7** Kontrollsystem (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Bei Bauaufträgen gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in der Ausschreibung an, dass die erfolgreiche Anbieterin oder der erfolgreiche Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer verpflichtet sind, sich mit einem Kartenkontrollsystem paritätischer Organe – oder einem gleichwertigen Nachweis – auszustatten, das es ermöglicht, das auf der Baustelle tätige Betriebspersonal nach bestimmten, in der Verordnung näher bezeichneten Kriterien zu prüfen.

**Art. 8** Labels und Umweltlabels

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

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

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

**Art. 9** Überwachung der Nachhaltigkeit

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

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

**Art. 10** Beschaffungsstellen

<sup>1</sup> Im Hinblick auf Qualität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit ist der Staatsrat befugt, von Fall zu Fall Beschaffungsstellen für den Kauf von Waren und Dienstleistungen für den Staat einzurichten.

**Art. 11** Wettbewerbe und parallele Studienaufträge

<sup>1</sup> Bei der Errichtung, der Renovation oder dem Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich Raumplanung und Städtebau erstellt jede Auftraggeberin jeder Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 IVöB eine Vorstudie, sobald der Gesamtwert des von ihm zu übernehmenden Projekts 1 Million Franken übersteigt.

<sup>2</sup> Cette étude préliminaire, dont le contenu est détaillé par voie d'ordonnance, est destinée à déterminer si un concours ou des mandats d'étude parallèles doivent être organisés.

<sup>3</sup> L'adjudicateur est tenu d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles aux conditions cumulatives suivantes:

- a) l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;
- b) la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

### 3 Autorités compétentes

#### Art. 12 Conseil d'Etat

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est compétent pour:

- a) édicter les dispositions d'exécutions complémentaires de l'AIMP et les dispositions d'exécution de la présente loi;
- b) approuver l'adhésion du canton aux accords avec des régions frontalières et des Etats voisins prévus par l'article 6 al. 4 AIMP, lorsque ces accords sont d'importance mineure;
- c) approuver l'adhésion aux modifications de l'accord intercantonal sur les marchés publics, lorsque des modifications sont d'importance mineure.

#### Art. 13 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)

<sup>1</sup> La Direction en charge des marchés publics <sup>1)</sup> (ci-après: la Direction) est l'autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics. A ce titre, elle:

- a) veille au respect de l'AIMP et de la législation cantonale par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ou sous-traitantes;
- b) prononce les sanctions et édicte les instructions prévues par l'article 45 AIMP.

---

<sup>1)</sup> Actuellement: Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions.

<sup>2</sup> Diese Vorstudie, deren Inhalt auf dem Verordnungsweg festgelegt wird, soll Aufschluss darüber geben, ob ein Wettbewerb durchgeführt oder parallele Studienaufträge erteilt werden sollen.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.
- b) Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über den internationalen Beschaffungsschwellenwerten.

### 3 Zuständige Behörden

#### Art. 12 Staatsrat

<sup>1</sup> Der Staatsrat hat die folgenden Kompetenzen:

- a) Erlass der ergänzenden Durchführungsbestimmungen zum IVöB und der Durchführungsbestimmungen zu diesem Gesetz; B. Genehmigung des Beitritts des Kantons zu Vereinbarungen mit Grenzregionen und Nachbarstaaten nach Artikel 6 Absatz 4 IVöB, soweit diese Vereinbarungen von geringer Bedeutung sind;
- c) Genehmigung des Beitritts zu den Änderungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, soweit diese Änderungen von geringer Bedeutung sind.

#### Art. 13 Aufsichtsbehörde (Art. 45 und 62 IVöB)

<sup>1</sup> Die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige Direktion <sup>1)</sup> (die Direktion) ist die kantonale Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen. Als solche:

- a) stellt sie sicher, dass die IVöB und die kantonale Gesetzgebung von den Vertragsparteien, den Anbieterinnen und Anbietern und ihren Subunternehmerinnen und Subunternehmern eingehalten werden;
- b) spricht sie Sanktionen aus und erlässt sie die in Artikel 45 IVöB vorgesehenen Weisungen.

---

<sup>1)</sup> Heute: Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion.

<sup>2</sup> Elle agit d'office ou sur dénonciation. Elle peut notamment:

- a) accéder aux données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des adjudicateurs, des soumissionnaires et de leurs sous-traitants ou sous-traitantes toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches;
- b) procéder à des auditions;
- c) faire appel à des externes.

<sup>3</sup> Les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ou sous-traitantes sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent lui être opposés.

<sup>4</sup> La Direction exerce en outre toutes les tâches en matière de marchés publics qui ne sont pas attribuées expressément à une autre autorité.

#### **Art. 14** Travail au noir

<sup>1</sup> La Direction en charge de l'emploi <sup>2)</sup> est l'autorité compétence pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN).

#### **Art. 15** Centre de compétence en matière de marchés publics

<sup>1</sup> Il est institué un centre de compétence en matière de marchés publics, rattaché au Secrétariat général de la Direction.

<sup>2</sup> Ce centre comprend, outre des membres de l'administration cantonale choisis pour leur expertise, des personnes représentant le comité de l'Association des communes.

<sup>3</sup> Le président ou la présidente du centre de compétence peut inviter aux séances des personnes externes, notamment des personnes représentant les partenaires sociaux et/ou les associations professionnelles, si leur expertise est requise.

---

<sup>2)</sup> Actuellement: Direction de l'économie et de l'emploi.

<sup>2</sup> Sie wird von sich aus oder auf Anzeige hin tätig. Insbesondere kann sie:

- a) auf die Daten aller öffentlichen Vergabeverfahren zugreifen und von öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggebern, Anbieterinnen und Anbietern und deren Subunternehmerinnen und Subunternehmern alle Informationen anfordern, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt;
- b) Anhörungen durchführen;
- c) externe Spezialisten hinzuziehen.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber, die Anbieterinnen und Anbieter und deren Subunternehmerinnen und Subunternehmer müssen mit der kantonalen Aufsichtsbehörde zusammenarbeiten. Gegenüber der kantonalen Aufsichtsbehörde können weder das Amtsgeheimnis noch Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht werden.

<sup>4</sup> Die Direktion nimmt ausserdem alle Aufgaben im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen wahr, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zugewiesen sind.

#### **Art. 14** Schwarzarbeit

<sup>1</sup> Die für die Beschäftigung zuständige Direktion <sup>2)</sup> ist die zuständige Behörde für die Erklärung des Ausschlusses von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne von Artikel 13 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (BGSA, SR 822.41).

#### **Art. 15** Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen

<sup>1</sup> Es wird ein Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen errichtet, das dem Generalsekretariat der Direktion angegliedert ist.

<sup>2</sup> Neben Mitgliedern der kantonalen Verwaltung, die aufgrund Ihres Fachwissens ausgewählt werden, gehören diesem Kompetenzzentrum insbesondere Vertreterinnen und Vertreter des Vorstandes des Gemeindeverbandes an.

<sup>3</sup> Der Vorsitz des Kompetenzzentrums kann externe Personen zu den Sitzungen einladen, insbesondere Personen, die die Sozialpartner und/oder Berufsverbände vertreten, deren Fachwissen erforderlich ist.

---

<sup>2)</sup> Heute: Volkswirtschaftsdirektion.

<sup>4</sup> Les personnes invitées ne disposent que d'une voix consultative.

<sup>5</sup> La composition détaillée du centre de compétence, de même que ses attributions sont arrêtées par voie d'ordonnance.

#### **Art. 16** Adjudicateurs

<sup>1</sup> Chaque adjudicateur procède à un autocontrôle de ses propres procédures de marchés publics.

### **4 Délais et voies de droit**

#### **Art. 17** Réduction des délais (*art. 46 al. 4 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut, en cas d'urgence dûment établie, réduire le délai de remise des offres à 10 jours au minimum.

#### **Art. 18** Notification des décisions (*art. 51 AIMP*)

<sup>1</sup> L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires par notification individuelle, à l'exception des appels d'offres et des adjudications de gré à gré au sens de l'article 21 al. 2 AIMP, qu'il notifie par publication.

#### **Art. 19** Voies de droit (*art. 52 AIMP*)

<sup>1</sup> Les décisions prises en application de l'AIMP, de la présente loi et de sa réglementation d'exécution sont sujettes à recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative. Les dispositions dérogatoires de l'AIMP sont réservées.

<sup>2</sup> Aucune voie de recours n'est ouverte contre les décisions d'adjudication de gré à gré ordinaire (art. 21 al. 1 AIMP).

#### **Art. 20** Droit transitoire

<sup>1</sup> Les procédures lancées avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent soumises à l'ancien droit.

<sup>4</sup> Die eingeladenen Personen haben nur eine beratende Stimme.

<sup>5</sup> Die nähere Zusammensetzung des Kompetenzzentrums, seine detaillierte Ausgestaltung sowie auch seine Aufgaben werden in einer Verordnung festgelegt.

#### **Art. 16** Auftraggeberinnen und Auftraggeber

<sup>1</sup> Jede Auftraggeberin und jeder Auftraggeber führt eine Selbstkontrolle ihrer oder seiner eigenen Vergabeverfahren durch.

### **4 Fristen und Rechtsmittelbelehrung**

#### **Art. 17** Verkürzung der Fristen (*Art. 46 Abs. 4 IVöB*)

<sup>1</sup> Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in nachgewiesenen dringenden Fällen die Frist für die Einreichung der Angebote auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

#### **Art. 18** Eröffnung von Verfügungen (*Art. 51 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch individuelle Zustellung an die Anbieterinnen und Anbieter. Davon ausgenommen sind Ausschreibungen und Aufträge im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB, die sie oder er durch Veröffentlichung bekannt gibt.

#### **Art. 19** Rechtsmittelbelehrung (*Art. 52 IVöB*)

<sup>1</sup> Gegen Verfügungen in Anwendung der IVöB, dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen kann gemäss Zivilprozessordnung und Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Beschwerde erhoben werden. Abweichende Bestimmungen des IVöB bleiben vorbehalten.

<sup>2</sup> Entscheidungen zur ordentlichen freihändigen Vergabe sind nicht anfechtbar (Art. 21 Abs. 1 IVöB).

#### **Art. 20** Übergangsbestimmungen

<sup>1</sup> Verfahren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, unterliegen weiterhin bisherigem Recht.

## **II.**

*Aucune modification d'actes dans cette partie.*

## **III.**

L'acte RSF 122.91.1 (Loi sur les marchés publics, du 11.02.1998) est abrogé.

## **IV.**

La présente loi est soumise au référendum législatif. Elle n'est pas soumise au référendum financier.

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

## **II.**

*Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

## **III.**

Der Erlass SGF 122.91.1 (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, vom 11.02.1998) wird aufgehoben.

## **IV.**

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Der Staatsrat setzt das Inkrafttreten dieses Gesetzes fest.

## Annexe

GRAND CONSEIL

2021-DAEC-199

Projet de loi :

**Adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP 2019)**

*Proposition de la Commission des affaires extérieures CAE*

---

*Présidence* : Bourguet Gabrielle

*Membres* : Brügger Adrian, Bürdel Daniel, Flechtner Olivier, Hayoz Madeleine, Schwander Susanne, Lauber Pascal, Besson Gummy Muriel, Cotting-Chardonnens Violaine, Michellod Savio, Mesot Yvan.

### Entrée en matière

La commission propose au Grand Conseil tacitement d'entrer en matière sur ce projet de loi.

### Vote final

A l'unanimité des membres présents (11, 4 membres absents), la commission propose au Grand Conseil d'accepter ce projet de loi selon la proposition initiale du Conseil d'Etat.

### Catégorisation du débat

La Commission propose au Bureau que l'objet soit traité par le Grand Conseil selon la catégorie I (débat libre).

---

*Le 8 octobre 2021*

## Anhang

GROSSER RAT

2021-DAEC-199

Gesetzesentwurf:

**Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVÖB 2019)**

*Antrag der Kommission für auswärtige Angelegenheiten KAA*

---

*Präsidium*: Bourguet Gabrielle

*Mitglieder*: Brügger Adrian, Bürdel Daniel, Flechtner Olivier, Hayoz Madeleine, Schwander Susanne, Lauber Pascal, Besson Gummy Muriel, Cotting-Chardonnens Violaine, Michellod Savio, Mesot Yvan.

### Eintreten

Die Kommission beantragt dem Grossen Rat stillschweigend, auf diesen Gesetzesentwurf einzutreten.

### Schlussabstimmung

Die Kommission beantragt dem Grossen Rat einstimmig (11, 4 Mitglieder sind abwesend), diesen Gesetzesentwurf in der ursprünglichen Fassung des Staatsrats anzunehmen.

### Kategorie der Behandlung

Die Kommission beantragt dem Büro, dass dieser Gegenstand vom Grossen Rat nach der Kategorie I (freie Debatte) behandelt wird.

---

*Den 8. Oktober 2021*



## Message 2021-DAEC-199/200

14 septembre 2021

### du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant

- le projet de loi d'adhésion à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)
- le projet de loi sur les marchés publics (LCMP)

Nous avons l'honneur de vous soumettre le présent message à l'appui du projet de loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après: AIMP 2019), ainsi que du projet de loi sur les marchés publics (LCMP).

Cette démarche s'inscrit dans le cadre de la révision globale du droit des marchés publics au niveau suisse, induite par la révision de l'Accord international de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012). En plus de transposer les nouvelles exigences internationales, l'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics offriront aux différents acteurs les avantages notables suivants:

- > un corps de règles harmonisé, plus complet et plus précis;
- > l'usage de nouveaux instruments fondés sur des technologies de l'information modernes;
- > une diminution de la charge administrative pour les soumissionnaires;
- > un changement de paradigme renforçant la prééminence des critères qualitatifs et permettant l'usage de critères sociaux et environnementaux;
- > une meilleure prise en compte des aspects liés au développement durable dans l'évaluation des offres;
- > un renforcement des mesures de prévention et de contrôle, ainsi que des sanctions dans le cadre de la lutte contre les dérives de la sous-traitance et du travail au noir;
- > un rehaussement du seuil de 100 000 à 150 000 francs (H.T.) autorisant l'emploi de la procédure de gré à gré pour les marchés de fournitures.

<b>1. Exposé des motifs et projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)</b>	<b>2</b>
1.1. Introduction	2
1.2. L'adhésion à l'AIMP révisé et les conséquences pour les cantons	2
1.3. Les nouveautés et principes essentiels	3
1.4. Consultation auprès des cantons	6
1.5. Effets pour les soumissionnaires	7
1.6. Effets pour les adjudicateurs	7
<b>2. Adhésion à l'AIMP 2019 par le canton de Fribourg et révision générale de la législation sur les marchés publics</b>	<b>7</b>
2.1 Transposition de l'AMP 2012 par le canton de Fribourg	7
2.2. Organisation de projet et mise en consultation	8
2.3. Nouveautés et continuité	8
2.4. Instrument parlementaire	9
2.5. Consultation	10
<b>3. Commentaire des articles du projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics</b>	<b>11</b>
<b>4. Commentaire des articles du projet de loi sur les marchés publics</b>	<b>12</b>

<b>5. Conséquences</b>	<b>25</b>
5.1. Répartition des tâches entre le canton et communes	25
5.2. Incidences sur les personnel de l'Etat	25
5.3. Effets sur le développement durable	25
5.4. Conformité au droit fédéral et à la Constitution cantonale, et euro-compatibilité	26

<b>6. Annexe</b>	<b>27</b>
------------------	-----------

## **1. Exposé des motifs et projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)**

### **1.1. Introduction**

Les marchés publics représentent un secteur important de l'économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, l'Accord sur les marchés publics (ci-après: AMP) et dans l'Accord bilatéral passé avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L'AMP est concrétisé par les cantons au travers de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après: AIMP). Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012 (ci-après: AMP 2012), des adaptations du droit national se sont avérées obligatoires.

#### **1.1.1. Harmonisation**

Comme indiqué ci-dessus, des adaptations du droit national se sont avérées nécessaires, à la suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012. Dans le cadre de l'art. 95 al. 2 de la Constitution fédérale, la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L'art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces bases légales ont permis l'élaboration commune d'une législation en matière de marchés publics, entre les cantons et la Confédération.

L'AIMP 2019 a pour effet d'harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre ces entités. Cette harmonisation des législations de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l'AIMP 2019 et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, voie de recours) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n'en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d'assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l'attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics.

Un travail d'harmonisation a par ailleurs été effectué au niveau des cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu'à présent réglées dans les directives d'exécution de l'AIMP (DEMP) ont été intégrées à l'AIMP 2019. Comme par le passé, l'AIMP 2019 opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, c.-à-d. les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d'application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

#### **1.1.2. Ratification de l'AMP 2012**

Afin de participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés découlant de l'AMP 2012, la Confédération a dû préalablement adapter le droit national. A cet effet, l'autorité compétente, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), a adopté l'AIMP révisé (AIMP 2019) à l'unanimité, le 15 novembre 2019. La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics, qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. En décembre 2020, le Conseil fédéral a déposé l'instrument d'acceptation de l'AMP 2012 auprès de l'OMC. L'AMP 2012 est entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2021, ce qui a conféré aux entreprises suisses un accès élargi au marché international d'environ 80 à 100 milliards de dollars par an, dès fin 2021.

## **1.2. L'adhésion à l'AIMP révisé et les conséquences pour les cantons**

### **1.2.1. Procédure d'adhésion**

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. Le présent accord vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l'AIMP présenté. Une adhésion sous réserve n'est pas possible, ce qui a encore été confirmé à la fin mai 2021 par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), répondant ainsi à une question du canton de Berne. En l'occurrence, si un canton devait assortir d'une réserve sa décision d'adhérer à l'AIMP2019, l'AiMp lui refuserait cette adhésion.

### 1.2.2. Intégration des dispositions d'exécution dans l'AIMP révisé

Différentes branches économiques demandaient depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons, ainsi qu'entre ceux des cantons eux-mêmes. L'AIMP 2019 permet de satisfaire cette demande. L'une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d'intégrer dans l'AIMP révisé l'essentiel des dispositions d'exécution jusqu'à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

### 1.2.3. Dispositions d'exécution cantonales

L'AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l'AIMP 2019 règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Cela étant, l'article 63 al. 4 prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

## 1.3. Les nouveautés et principes essentiels

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup plus d'importance. Les PME suisses pourront ainsi comptabiliser des points dans les marchés des pouvoirs publics grâce au niveau de qualité qu'elles sont en mesure d'offrir. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

### 1.3.1. Article relatif au but

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d'une action durable.

L'article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L'ordre d'énumération à l'art. 2 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. En d'autres termes, tous les buts sont désormais considérés comme d'importance équivalente.

### 1.3.2. Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP 2019 contient désormais une liste de définitions (art. 3), qui comprend notamment les termes «entreprise publique» et «organisme de droit public». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme «marchés publics» a été intégrée (art. 8). La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément intégrées au texte en tant que marchés publics (art. 9). L'AIMP prévoit d'une part que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g). L'AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP 2019 exempte quatre types de marchés: les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10 al. 2).

### 1.3.3. Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d'accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de «changement de paradigme» par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l'Accord. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29 al. 1). L'art. 41 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l'offre la «plus avantageuse» à la place de l'offre «économiquement la plus avantageuse» jusqu'à présent utilisé, afin de minimiser l'importance accordée à l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas.

L'offre la «plus avantageuse» est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication, c'est-à-dire à la qualité globale de

l'offre. C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation, mais aussi, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (art. 29). La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché.

### 1.3.4. Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l'AIMP révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 26, 27, 29 et 30. Son ancrage à l'article 2 marque un changement de paradigme, dans le sens que le développement durable, autrefois considéré comme un principe étranger au marché, présente désormais un caractère égal aux autres principes des marchés publics que sont la transparence, l'égalité de traitement et la concurrence efficace. Il doit donc être appliqué avec le même degré de priorité. Ainsi, une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoirs adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable dans ses dimensions économique, sociale et écologique. Une telle marge de manœuvre se doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la définition du besoin ainsi que la conception des spécifications techniques et des critères d'adjudication dans les appels d'offres futurs.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

### 1.3.5. Nouveaux critères d'adjudication

L'AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication auparavant qualifiés «d'étrangers au marché» dans le cadre d'un marché public. Ces critères sont énoncés à l'art. 29 al. 2. Par ailleurs, l'adjudicateur pourra désormais prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

### 1.3.6. Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – LA concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8. Selon l'AIMP 2019, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP 2019.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l'État, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 à ce sujet), que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux «tâches publiques» englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'État. Citons à titre d'exemple la police, c.-à-d. la protection de l'ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'État à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2 al. 7 LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et art. 5 al. 1 LApE, art. 60 al. 3<sup>bis</sup>, et 62 al. 2<sup>bis</sup>, LFH; les réglementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

### 1.3.7. Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons

L'utilisation des technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd'hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux

accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouverte et sélective. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L'utilisation accrue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20 000 publications d'une valeur de marché d'environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l'obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au concordat de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l'avenir.

### 1.3.8. Délais réduits afin d'accélérer la procédure

L'AMP comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu'exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un délai minimal de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46 al. 4). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d'autres délais.

### 1.3.9. Procédure de recours optimisée

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56). Les cantons ne disposent aujourd'hui que d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours.

Seul le Tribunal cantonal est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52). Cela signifie que s'agissant du canton de Fribourg, la voie de recours à la Préfecture contre les décisions communales en matière de marchés publics disparaît.

En outre, le Tribunal cantonal pourra statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58). Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

### 1.3.10. Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AIMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit légal.

L'art. 11 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d'autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l'utilisation de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur.

### 1.3.11. Exclusion, révocation et sanctions

La liste des motifs d'exclusion et de révocation cités à titre d'exemple est structurée dans l'AIMP 2019 de façon systématique et plus développée. L'art. 44 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées: l'al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d'une liste officielle. Le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). Le pouvoir adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une exclusion entrée en force selon l'art. 45 al. 1 (let. j). A l'al. 2, des indices suffisants permettent d'exclure un soumissionnaire, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 inscrit en outre les sanctions «avertissement», «exclusion» (jusqu'à cinq ans) et «amende» (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) dans l'AIMP révisé. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés sera tenue.

### 1.3.12. Nouveaux instruments

L'AIMP 2019 entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l'utilisation des technologies modernes de l'information dans les marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s'agit d'instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23), sont ancrés dans l'AIMP.

### 1.3.13. Dialogue

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l'appel d'offres. Dans ce cas, l'instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l'innovation. Les interruptions de procédures et nouveaux appels d'offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage: ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos l'art. 11, let. d). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2).

Citons comme exemple celui d'une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d'affectation d'une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

### 1.3.14. Contrats-cadres

En matière de contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats-cadres font notamment l'objet d'un appel d'offres pour des raisons économiques, afin d'éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d'adjudication existantes. Même si l'instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le pouvoir adjudicateur, l'AIMP 2019 exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L'AIMP 2019 distingue entre le contrat-cadre avec un seul adjudicataire (cf. art. 25 al. 4) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25 al. 5). Des «raisons suffisantes» sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

### 1.3.15. Enchères électroniques

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d'un projet d'acquisition.

Au cours d'une première phase (préqualification), l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d'évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L'évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d'application de l'enchère électronique s'étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l'objet d'une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

## 1.4. Consultation auprès des cantons

La consultation relative au P-AIMP s'est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (BIC) et s'est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l'harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, les voies de recours, le maintien de l'interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d'autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (PLMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l'adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP à la lumière de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n'a pu être déterminée ont fait l'objet de discussions approfondies lors de l'assemblée générale en septembre et de l'assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L'Accord intercantonal présenté est donc un accord soigneusement rédigé et solide.

## 1.5. Effets pour les soumissionnaires

L'harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s'attendre à moins de travail de clarification, notamment en raison d'une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d'une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative pour les soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu'à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26 al. 3 et art. 27 al. 3). L'utilisation plus répandue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations telles que l'exigence accrue de qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics.

## 1.6. Effets pour les adjudicateurs

La révision de l'AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés in-house (art. 10, al. 3, let. c) ou aux accords-cadres (art. 25) ont été ancrés dans l'accord révisé. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23) ou la procédure de dialogue (art. 24) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l'encouragement du recours à une technologie moderne de l'information.

Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants. Les dispositions des art. 44 et 45 prévoient la possibilité d'infliger des amendes pouvant aller jusqu'à l'exclusion pour une durée jusqu'à cinq ans des futurs marchés. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Il s'agit de s'assurer que les dispositions en vigueur de la protection du travail, des conditions de travail, de l'égalité salariale et de la protection de l'environnement soient respectées. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100 000.– à CHF 150 000.–. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures.

Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

## 2. Adhésion à l'AIMP 2019 par le canton de Fribourg et révision générale de la législation sur les marchés publics

### 2.1. Transposition de l'AMP 2012 par le canton de Fribourg

L'AIMP 2019 transpose de manière harmonisée au niveau intercantonal les dispositions contraignantes de l'AMP 2012, qui constitue le fondement international du droit des marchés publics. En adhérant à l'AIMP 2019, le canton de Fribourg satisfait ainsi à son obligation de transposer dans son droit cantonal les dispositions internationales.

L'adhésion à l'AIMP 2019 implique pour le canton de Fribourg une refonte complète de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1) et de son règlement d'application du 28 avril 1998 (RMP; RSF 122.91.11).

## 2.2. Organisation de projet et mise en consultation

Afin d'analyser les conséquences de cette adhésion et de procéder à la révision générale de la loi et du règlement sur les marchés publics, le Conseil d'Etat a validé, le 29 juin 2020, sur proposition de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC), une organisation de projet composée d'un COPIL, d'un comité de projet, de groupes de travail spécifiques et de la possibilité de faire appel à des experts.

Le dossier a par ailleurs été présenté une nouvelle fois à la Commission des affaires extérieures, qui l'a régulièrement suivi depuis la mise en consultation de l'AIMP révisé.

Le COPIL, présidé par le Directeur AEC et composé de représentants et représentantes de l'administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances et du développement durable, de membres du pouvoir judiciaire, du comité de l'Association des communes fribourgeoises, des partenaires sociaux – parmi lesquels des députés – (FFE, UNIA, FEDE et Union patronale) et de la SIA Section Fribourg, s'est vu confier le suivi des travaux d'adhésion au nouvel AIMP, ainsi que de révision de la législation fribourgeoise en matière de marchés publics. Ses tâches ont consisté à proposer des orientations et idées, ainsi qu'à discuter et valider les textes et concepts élaborés par le comité de projet.

Le comité de projet, conduit par la cheffe de projet, conseillère juridique en charge des marchés publics à la DAEC et composé de représentants et représentantes de l'administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances, de la légistique et du développement durable, du comité de l'Association des communes Fribourgeoises, des entreprises publiques et des partenaires sociaux, a eu comme tâches de proposer des concepts et solutions au COPIL pour l'élaboration, d'une part, de l'acte d'adhésion, et, de l'autre, pour un avant-projet de loi sur les marchés publics, avec un règlement d'application.

Quatre groupes de travail ont par ailleurs planché sur des thèmes spécifiques: respect des conditions de travail, développement durable, concours et mandats d'étude parallèles et légistique. Ces groupes étaient composés de divers membres du COPIL et du comité de projet, en fonction de leurs domaines de compétences respectifs. Le groupe «Concours et mandats d'étude parallèles» a pu compter sur

la précieuse contribution de Me Jean-Michel Brahier, avocat, docteur en droit et chargé de cours à l'Université de Fribourg

Enfin, le Professeur Martin Beyeler a transmis à titre gracieux à la cheffe de projet diverses réflexions avisées et autres points de vigilance au sujet de l'AIMP 2019.

Grâce à l'excellente implication des différents intervenants et intervenantes et à l'esprit constructif qui a régné tout au long des travaux, ces derniers ont avancé à un rythme soutenu et ont abouti, en l'espace d'une année, à un avant-projet de loi d'adhésion, un avant-projet de loi et son rapport explicatif, ainsi qu'un projet de règlement et son commentaire.

Afin que la suite des travaux puisse avoir lieu cette année encore avec les mêmes participants et participantes, parmi lesquels des députés, et que le Grand Conseil puisse traiter l'avant-projet de loi avant la fin de la présente législature, le délai de consultation a été raccourci à deux mois et le projet mis en consultation du 22 juin au 23 août 2021.

## 2.3. Nouveautés et continuité

Plus complet et plus précis, l'AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l'accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Fribourg, à l'instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l'art. 63, al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d'exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Fribourg, l'adhésion à l'AIMP 2019 s'inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure.

Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d'exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l'autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l'art. 45 AIMP; mais aussi de préciser si l'existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP) pour les marchés de faible importance est fonction d'une valeur seuil ou d'un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d'assujettissement, le canton de Fribourg propose de suivre la position finalement adoptée à l'art. 10 al. 1 let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) d'exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnels – et non par – soient soustraits au champ d'application des marchés publics en application de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2010. Enfin, l'exemption de la Banque cantonale fribourgeoise qui figurait jusqu'alors dans le règlement cantonal (cf. art. 2 al. 2 RMP) est inscrite dans la loi.

Le canton de Fribourg souhaite également saisir l'opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l'AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance en cascade (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous-sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d'autres législations cantonales est toutefois assortie d'exceptions. Outre cette interdiction, l'obligation faite à l'adjudicateur d'insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d'assurer tout au long de la phase d'exécution du marché le respect des exigences de l'art. 12 AIMP (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l'interdiction du recours au travail au noir ou encore l'égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi.

A l'occasion de la refonte complète de sa législation, le canton de Fribourg propose par ailleurs d'inscrire dans sa loi différents principes relatifs au développement durable, renforçant ainsi sa législation actuelle, dans le sens du changement de paradigme voulu par l'AIMP 2019 (marchés axés sur la qualité).

En outre, le canton de Fribourg propose d'institutionnaliser dans la loi le centre de compétence en matière de marchés publics, en y ajoutant une représentation du comité de l'Association des communes, des partenaires sociaux et des associations professionnelles. L'objectif est d'apporter des réponses, d'élaborer des formations et de produire des documents modèles en profitant de la synergie dégagée par les membres d'une équipe pluridisciplinaire.

Enfin, il y a lieu de relever que l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s'achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d'exécution, tant entre les cantons, qu'entre les cantons et la Confédération. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire de l'AIMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d'une mise en

œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l'exécution est bénéfique à l'ensemble des acteurs des marchés publics.

## 2.4. Instrument parlementaire

### 2.4.1. Contexte

Par motion déposée et développée le 5 février 2020 (2020-GC-14), les députés Nicolas Kolly et Claude Brodard ont demandé une modification de la loi sur les marchés publics afin de ne plus systématiquement contraindre les collectivités publiques à organiser un concours d'architecture lors de projets de construction et de rénovation des bâtiments publics.

Les motionnaires ont proposé d'inscrire dans la loi sur les marchés publics un nouvel article rendant facultative l'organisation d'un concours d'architecture pour les bâtiments publics et n'imposant cette procédure que pour des projets de construction dont le coût dépasserait nettement le montant de 5 millions prévu à l'article 48 al. 2 du règlement sur les marchés publics. Dans le cas où un concours serait obligatoire, les nouvelles dispositions de la loi devraient également en préciser le type et admettre le concours d'architecture en entreprise totale, en sus du concours d'architecture ordinaire.

Dans sa réponse du 14 décembre 2020, le Conseil d'Etat a indiqué que la situation juridique qui prévaut actuellement a fait ses preuves dans son ensemble et qu'elle a contribué à la réalisation de constructions et d'infrastructures publiques de qualité tant sur le plan constructif et architectural qu'urbain, mais qu'une adaptation du montant minimal et une clarification sur les différents types de concours pourraient contribuer à plus de clarté, notamment pour les communes.

Cela étant, la multiplication des projets, tant au niveau communal que cantonal, ont amené le Conseil d'Etat à penser que, dans certaines situations, le recours à une procédure de concours de type SIA 142 peut ne pas être adapté à la situation. Il y a d'autres procédures qui ont fait leurs preuves, comme les mandats d'étude parallèles par exemple. Pour le Conseil d'Etat, l'objectif principal reste la recherche de la meilleure solution par une procédure de mise en concurrence des idées accompagnée par un débat de professionnels (jury ou commission), qui permet une pesée des intérêts entre les différents paramètres et contraintes fonctionnels, qualitatifs et quantitatifs, dans une approche globale et objective. Cela répond aussi à la nouvelle démarche de l'Office fédéral de la culture sur la culture du bâti, largement approuvée par les Chambres fédérales dans le cadre du Message sur la culture 2021–24.

Dans certaines circonstances particulières, l'Etat de Fribourg a d'ailleurs déjà renoncé à l'organisation d'un concours de type SIA 142/143, au profit d'une mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offres.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs relevé que le dépôt de la motion Kolly/Brodard survient dans un contexte particulier, puisque l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a adopté en novembre 2019 l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019). Dans le cadre du processus d'adhésion à l'AIMP révisé, le canton de Fribourg a également entamé une révision générale de sa législation en matière de marchés publics.

Aussi, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil d'entrer en matière sur la motion mais de l'autoriser à la traiter, dans l'esprit de l'objectif cité plus haut, dans le cadre de la révision générale de sa législation traitant des marchés publics, dont les travaux ont commencé en septembre 2020.

Le 15 février 2021, le Grand Conseil a accepté d'entrer en matière sur la motion et autorisé le Conseil d'Etat à la traiter dans le cadre de la révision générale sur les marchés publics.

#### 2.4.2. Elaboration d'un nouveau mécanisme

Le groupe de travail «concours et mandats d'étude parallèles», composé de représentants et représentantes de la DAEC, du SBat, du SPC, du comité de l'Association des communes fribourgeoise ainsi que de la SIA Section Fribourg a élaboré, avec le soutien de Me Jean-Michel Brahier, un mécanisme innovant en la matière, avec un système d'étude préliminaire obligatoire à partir d'un certain seuil, afin de mettre en œuvre la motion des députés Kolly et Brodard.

En matière de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, l'étude préliminaire obligatoire permet de déterminer quelle procédure doit être choisie (concours, mandat d'étude parallèle, appel d'offre), sans ne plus imposer l'obligation de recourir systématiquement à la procédure de concours au-delà d'un certain seuil.

Ce compromis permet de répondre au souci des motionnaires d'alléger les procédures, tout en garantissant la qualité des objets puisque des concours/mandats d'étude parallèles seront mis en place là où les résultats de l'étude préliminaire le commandent (du moins lorsque la valeur du marché dépasse les valeurs seuil prévues dans les traités internationaux).

Le principe de base du nouveau système proposé est ancré à l'article 11 LCMP et sera précisé dans le futur règlement.

Un schéma illustrant le nouveau mécanisme proposé figure en annexe du présent rapport.

## 2.5. Consultation

### 2.5.1. Déroulement et participation

Les avant-projets de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 et de loi sur les marchés publics, accompagnés de leur rapport explicatif et du message-type relatif à l'AIMP 2019, ont fait l'objet d'une vaste consultation publique du 22 juin au 23 août 2021. Un projet d'ordonnance sur les marchés publics, concrétisant les deux actes précités, a été mis simultanément en consultation, avec son rapport explicatif. Le dossier de consultation, qui contenait un questionnaire invitant à prendre position sur chacun des articles des trois actes, ainsi que sur les variantes proposées, a été adressé aux Directions de l'Etat, aux services centraux, à toutes les communes, aux partis politiques et à 30 autres acteurs, en particulier dans les principaux domaines concernés (construction, économie, partenariat social). La DAEC a reçu 55 prises de position dont 24 proviennent de communes, 14 de l'administration cantonale, 4 des partis politiques représentés au Grand Conseil et de nombreux autres acteurs.

### 2.5.2. Résultats

#### 2.5.2.1. Appréciation

Les destinataires soutiennent l'idée de l'adhésion à l'AIMP 2019 et relèvent apprécier le changement de paradigme induit par celui-ci, notamment au niveau de la prise en compte des critères qualitatifs, du développement durable, de la lutte contre la corruption, le travail noir et les dérives de la sous-traitance. Le fait que le nouvel accord, qui en édictant des règles plus claires, compilant la jurisprudence et intégrant les directives d'exécution (DEMP), renforce la sécurité juridique, a été salué.

Certains regrettent que l'adhésion à l'AIMP 2019 ne puisse se faire qu'en bloc, avec une marge de manœuvre relativement restreinte pour les cantons. Il en est de même pour les conditions de travail, qui en vertu de la loi sur le marché de travail, sont celles du lieu de provenance des soumissionnaires et non pas celles du canton de Fribourg (lieu d'exécution).

La majorité des instances consultées a toutefois relevé que ces aspects sont largement contrebalancés par le changement de paradigme induit par l'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics.

A cet égard, le renforcement des critères qualitatifs, placés désormais au même rang que celui du prix, la prise en compte du développement durable par la création de cellules d'achat au sein de l'administration et d'un monitoring de la durabilité notamment, le contrôle accru du respect des conditions de travail (introduction notamment d'un système de contrôle par carte émanant d'organes paritaires sur les chantiers de

maîtres d'ouvrage publics et l'interdiction de la double sous-traitance) ont été salués.

La création d'une autorité de surveillance en matière de marchés publics rattachée à la Direction en charge des marchés publics est saluée, de même que l'élargissement du centre de compétence actuel à des personnes représentant le comité de l'Association des communes.

Plusieurs instances ont émis le souhait que des ressources supplémentaires soient allouées à l'administration cantonale afin de lui permettre de concrétiser de manière optimale les nouvelles tâches qui découleront de l'AIMP 2019 et de la loi sur les marchés publics.

La question demeurant controversée a trait aux concours et mandats d'études parallèles (MEP) et à la solution proposée en réponse à la motion Kolly/Brodard «Obligation d'organiser un concours». Si les organes de l'administration cantonale, les milieux économiques, les partenaires sociaux et les représentants de la section de la SIA Fribourg saluent le nouveau mécanisme relatif à l'étude préliminaire obligatoire permettant de déterminer si un concours ou des MEP s'avèrent nécessaires, les communes, par le biais notamment de l'ACF, s'opposent à ce système, ainsi que les motionnaires. Les opposants jugent le système trop lourd, compliqué à mettre en place et incompatible avec le principe de l'autonomie communale. Ils demandent la réintroduction d'un seuil (la plupart à hauteur de 20 millions de francs) à partir duquel les concours et MEP s'imposeraient.

#### **2.5.2.2. Principales modifications apportées à l'avant-projet**

Suite à la consultation, quelques modifications ont été apportées à l'avant-projet de loi:

- > Les labels et écolabels ont été érigés au titre d'exigence pour tous les types de marchés de l'Etat (et non plus seulement pour les marchés de construction en bois) et pour les marchés auquel l'Etat participe financièrement. Les labels SNBS et Bois Suisse sont expressément reconnus comme équivalents aux labels internationaux en la matière.
- > La coordination entre les pouvoirs adjudicateurs et les organes paritaires a encore été accrue afin de contrôler le plus étroitement possible le respect des conditions de travail par le soumissionnaire pressenti pour l'adjudication.
- > En matière de concours et de MEP, un seuil a été introduit, à savoir un million de francs, à partir duquel l'étude préliminaire devient obligatoire (auparavant dès 1 franc).
- > La création de cellules d'achat au sein de l'administration cantonale devient potestative et non plus systématique. Le Conseil d'Etat est habilité à créer de telles cellules, s'il le juge nécessaire.
- > Certains thèmes ont été traités dans la loi (réduction des délais pour les marchés non soumis aux traités internatio-

naux) et non plus dans l'ordonnance et vice-versa (composition détaillée du centre de compétence en matière de marchés publics, fonctionnement des cellules d'achat et exceptions au champ d'application).

Enfin, il a été décidé de ne pas traiter le retour de consultation sur l'ordonnance et d'attendre pour cela que le Grand Conseil se soit prononcé sur les deux projets de loi. La mise en consultation simultanée de l'ordonnance avait pour objectif de donner une orientation aux organes consultés sur la manière dont l'AIMP 2019 et la LCMP seraient mis en œuvre au niveau concret mais il convient à présent d'attendre les décisions du Grand Conseil avant de passer au niveau réglementaire.

### **3. Commentaire des articles du projet de loi portant adhésion du canton de Fribourg à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics**

#### **Art. 1**

##### **Al. 1**

Comme déjà indiqué, l'adhésion à l'AIMP 2019 ne peut se faire qu'en bloc. En d'autres termes, les dispositions de l'AIMP ne peuvent être modifiées ni supprimées, de même qu'une adhésion conditionnelle n'est pas possible. Cela étant, l'Etat a fait usage, par le biais du projet de loi sur les marchés publics (LCMP) de la marge de manœuvre qui lui était laissée sur certains points, afin de tenir compte dans toute la mesure autorisée des intérêts et courants de pensée spécifiques au canton.

##### **Al. 2**

L'AIMP 2019 pourra entrer en vigueur dès que deux cantons au moins l'auront ratifié, ce qui est désormais le cas. Durant les prochains mois, voire les prochaines années, l'ancien AIMP et l'AIMP 2019 cohabiteront. Les cantons qui n'auront pas ratifié l'AIMP 2019 resteront soumis à l'ancien AIMP, ce qui est susceptible de les placer à terme dans une situation juridique délicate, dans la mesure où la quasi-totalité des cantons ont lancé leur processus d'adhésion.

S'agissant du canton de Fribourg, les procédures lancées sous l'ancien droit continueront d'y être soumises. Le nouveau droit sera applicable aux procédures lancées dès son entrée en vigueur.

## 4. Commentaire des articles du projet de loi sur les marchés publics (LCMP)

### 1. *Objet et champ d'application*

#### **Art. 1**      **Objet**

Cet article définit l'objet de la loi. Il s'inscrit dans la logique de l'adhésion du canton de Fribourg à l'AIMP 2019 par loi séparée.

#### **Art. 2**      **Champ d'application (art. 10 AIMP)**

L'art. 2 correspond à l'article 2 al. 2 du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque cantonale fribourgeoise en vertu des art. 63 al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d'autres législations cantonales, ce qui se justifie dès lors que ces établissements revêtent un caractère commercial. L'assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle elle doit être traitée dans la loi plutôt que dans l'ordonnance d'application.

### 2. *Principes généraux*

#### **Art. 3**      **Langue de l'avis d'appel d'offres (art. 48 AIMP)**

Cet article précise dans quelle(s) langue(s) la publication des avis d'appels d'offres publics doit être effectuée. Il concerne les avis de publication d'appels d'offres et non pas le contenu entier des dossiers d'appel d'offres.

#### **Al. 1**

L'alinéa premier impose de publier les appels d'offres publics des marchés soumis aux accords internationaux en français et en allemand, étant rappelé que seul le français est une langue officielle de l'Organisation mondiale du commerce. Pour les marchés soumis aux traités internationaux, une publication en allemand seulement ne respecterait dès lors pas les règles de traités concernés.

#### **Al. 2**

L'alinéa deux prévoit que les avis d'appels d'offres publics des marchés non soumis aux accords internationaux doivent au moins être rédigés dans la langue officielle du lieu d'exécution du marché.

#### **Al. 3**

L'alinéa trois ne concerne que les marchés de l'Etat. Que les marchés de l'Etat soient soumis ou non aux traités internationaux, les avis d'appels d'offres y relatifs doivent être rédigés en français et en allemand.

#### **Art. 4**      **Sous-traitants (art. 12 AIMP)**

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l'a été par le passé l'AIMP 1994/2001 ou ses Directives d'exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d'exclusion ou de révocation imputable à l'un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant.

Cet article régit le recours à la sous-traitance en application des articles 12, 26 et 63 al. 4 AIMP 2019. Il s'inscrit dans le prolongement de la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s'est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

#### **Al. 1 et 2**

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d'annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires aux articles 6, 6a et 1 aRMP. Ils complètent sur ce point l'article 12 al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phase subséquente d'exécution du marché), ainsi que l'art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l'adjudicateur puisse s'assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu'ils sont à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence aux termes de l'art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l'obligation d'annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l'art. 31 al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens. Cette obligation d'annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c'est dans l'offre qu'il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l'exécution du marché.

En phase d'exécution du marché, cette obligation d'annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu désire confier des prestations à un ou plusieurs autres sous-traitants que ceux préalablement annoncés dans son offre.

Par «objet» des prestations sous-traitées, l'on vise la nature des travaux ou des services dont l'exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferraillements et d'échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traite les travaux de peinture des garde-corps.

Dans le domaine informatique, on peut citer l'exemple du fournisseur d'une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traite le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d'un soumissionnaire qui sous-traite la configuration et la gestion d'un cloud ou encore la gestion d'une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d'un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traiter la partie des prestations nécessaires à la réalisation d'un data center. Par «part» des prestations sous-traitées, l'on vise l'aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l'ensemble des prestations qui composent le marché.

### Al. 3

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d'appel d'offres. Aussi, la sous-traitance n'est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n'est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque l'identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l'implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

Pour ces différentes raisons, l'al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l'instar de ce que prévoient déjà d'autres législations cantonales à l'heure actuelle. Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en définitive à n'autoriser qu'un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque le pouvoir adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché. Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu'ils pourront, cas échéant, faire remonter d'un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d'annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu'ils entendent sous-traiter. Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l'avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2<sup>e</sup> niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3<sup>e</sup> niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

### Al. 4

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d'être assortie d'exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ces situations particulières, à l'exemple des marchés de travaux en entreprise générale ou totale, sont énoncées à l'al. 4 et doivent être interprétées restrictivement en pratique quand bien même l'al. 4 confère une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans. Dans les marchés de

travaux en entreprise générale ou totale, l'interdiction générale du recours à la sous-traitance autorisera l'adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu'à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d'autres termes, l'entreprise générale ou totale retenue pour l'exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1<sup>er</sup> niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2<sup>e</sup> niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non-respect de cette exigence représente un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

#### **Al. 5**

Le non-respect de l'annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de sous-traitance tout comme le non-respect de l'interdiction du recours à la sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l'al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

Ce motif d'exclusion vient s'ajouter à la liste non exhaustive des motifs d'exclusion figurant à l'art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l'art. 63 al. 4 AIMP en relation avec l'art. 12 AIMP. S'il s'avère en sus que le sous-traitant en question n'a pas respecté les exigences de l'art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN, RS 822.41), l'adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 5 LCMP), les autres sanctions prévues par les art. 44 al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

### **Art. 5 Peines conventionnelles (12 AIMP)**

#### **Al. 1**

Cet article illustre la volonté des pouvoirs adjudicateurs de se montrer exemplaires en la matière et de participer à l'action du Conseil d'Etat, qui a fait du combat contre le travail au noir l'une des priorités de sa politique de lutte contre la criminalité.

La mesure instituée pour atteindre cet objectif s'articule en deux volets.

Il s'agira, d'une part, pour le maître de l'ouvrage et le pouvoir adjudicateur, d'indiquer dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle (par

exemple de type «carte cerbère» ou «carte pro») – ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un système de contrôle par carte professionnelle – permettant de contrôler, selon certains critères, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers (art. 7 LCMP).

D'autre part, des peines conventionnelles seront énoncées dans les documents d'appel d'offres et insérées – en principe – dans le contrat signé à l'issue de l'adjudication. C'est l'objet du présent article.

Le commentaire de l'art. 12 al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l'art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s'engage à payer au pouvoir adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) et des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles. L'introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l'objectif premier n'est pas de permettre à l'adjudicateur d'engranger de l'argent mais bien de prévenir et d'empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l'un de ses sous-traitants, l'adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l'art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu'il ne constitue pas une violation d'une CCT) de même que la conclusion d'accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l'application d'une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l'adjudicateur en application de l'art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l'autorité cantonale de surveillance en application de l'art. 45, al. 1 qui renvoie à l'art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.

## **Art. 6** Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)

### **Al. 1**

L'alinéa 1 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l'art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l'art. 63 al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicable constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d'une concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires.

Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l'art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

### **Al. 2**

Cet alinéa clarifie l'application des conditions de travail au vu des éléments présentés dans le commentaire de l'art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l'art. 12 al. 1 LMP. Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l'art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d'imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe du lieu de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMPrévisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer aux cantons. Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l'été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) à la suite de l'adoption de la LMP

par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d'exécution soit également retenu à l'art. 12 al. 1 AIMP. L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d'autorité d'application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d'exécution à l'art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP que:

- a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figure. En d'autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l'art. 12 al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l'application des conditions de travail «au lieu d'exécution» comme dans la LMP fédérale révisée.;
- b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2 al. 5 et de l'art. 3 LMI.

Selon la COMCO, l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire. L'al. 2 concilie ainsi les conclusions de l'avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64 al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Fribourg, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire.

L'art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét, RS 823.20) demeure réservée en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger.

### **Al. 3**

Cet alinéa ancre dans la loi la coordination nécessaire et obligatoire entre les pouvoirs adjudicateurs et les organes paritaires afin de vérifier, au plus tard avant l'adjudication, du respect des conventions collectives de travail par le soumissionnaire pressenti pour l'adjudication.

#### Al. 4

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l'art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l'adjudicateur du marché de l'ouverture d'une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l'adjudicateur. En l'état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l'ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s'assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

Ce contrôle ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN). Le SECO publie également sur son site internet la liste des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d'offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l'art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét). L'examen de ces deux listes du SECO par le pouvoir adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure.

#### Art. 7 Système de contrôle (art. 12 AIMP)

##### Al. 1

Afin de lutter plus efficacement contre le travail au noir, cet article ancre dans la loi l'exigence pour le maître de l'ouvrage et le pouvoir adjudicateur d'indiquer dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle (par exemple de type «carte cerbère» ou «carte pro») émanant d'organes paritaires- ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système- permettant de contrôler, selon certains critères, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

#### Art. 8 Labels et écolabels

##### Al. 1

Cet article s'inspire de l'article 3b aLMP, issu de la motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse». Il est proposé d'étendre son champ d'application à toutes les sortes de marchés de l'Etat

(fournitures, service, construction) – et non plus seulement les marchés de construction en bois – et à ceux auquel il participe financièrement. Compte tenu du changement de paradigme de l'AIMP 2019 en matière de critères qualitatifs, il est par ailleurs proposé de passer d'une formulation potestative (cf. art. 3b aLMP) à une obligation généralisée.

##### Al. 2

Pour les marchés de construction, l'art. 8 reconnaît le label SNBS, bien qu'il ne s'agisse pas d'un label international, tout comme le Label Bois Suisse. Cette reconnaissance s'explique par le fait que l'obtention des deux labels précités est soumise à de hautes exigences qualitatives, qui permettent de les rendre, d'un point de vue du contenu, au moins équivalents aux labels internationaux en la matière.

##### Al. 3

Pour rester dans la ligne de la solution trouvée dans le cadre de la motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse», le nouvel article mentionne à nouveau mention du certificat d'origine bois suisse (COBS) en tant que label reconnu mais le remplace par sa nouvelle dénomination, à savoir par celle de «Label Bois Suisse».

#### Art. 9 Monitoring de la durabilité

Cet article s'inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de développement durable. Le monitoring de la durabilité des achats et de leur caractère innovant vise un pilotage des acquisitions centré sur des impératifs économiques, écologiques et sociaux, conformément au principe énoncé dans l'article 2 de l'AIMP, concrétisé par les dispositions des articles 12, 26, 27, 29 et 30. Les recommandations sur la durabilité du centre de compétence en matière de marchés publics seront déterminantes pour la définition des indicateurs d'un tel monitoring. La cellule du développement durable, rattachée au SG-DAEC et chargée d'effectuer le monitoring de la durabilité, devra dans l'idéal disposer des ressources nécessaires pour cela.

#### Art. 10 Cellules d'achat

Cet article s'inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de marchés publics axés sur la qualité. Les cellules d'achats regroupent les acquisitions de biens ou services relevant de leur domaine de compétence, sur lesquels elles disposent de solides connaissances. Elles sont familiarisées avec la complexité propre au domaine d'acquisition qui les concerne. Par ailleurs, le regroupement des achats permet de meilleures conditions financières. La création de cellules d'achats spécialisées est donc un gage d'efficacité économique.

Le Conseil d'Etat est habilité à créer de telles cellules au cas par cas, dans les domaines où cela donne du sens, et à définir des périmètres ad hoc pour chacune des cellules permettant de tenir compte des besoins propres d'entités tierces telles que l'Université.

## **Art. 11** Concours et mandats d'étude parallèles

Un schéma illustrant le nouveau mécanisme proposé figure en annexe du présent rapport.

La thématique des concours et des mandats d'étude parallèles n'est abordée que très succinctement par le droit intercantonal des marchés publics. Outre l'adjudication de gré à gré en faveur du lauréat (cf. art. 21 al. 2 let. i AIMP révisé), il est uniquement exigé à l'art. 22 AIMP révisé que «[l]’adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles défini[sse] la procédure au cas par cas dans le respect des principes énoncés dans le présent accord» et que, pour ce faire, «[i] peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles». Pour le surplus, le canton, en application de la compétence résiduelle conférée par l'art. 63 al. 4 AIMP révisé, peut adopter des dispositions d'exécution en matière de concours et de MEP.

Dans un souci de lisibilité et de transparence, le nouveau droit règlemente désormais de manière détaillée les principales questions que soulèvent les procédures de concours et de mandats d'étude parallèles (ci-après MEP). D'une part, de nouvelles dispositions sont ainsi introduites visant à clarifier plusieurs aspects propres à l'organisation de ces procédures. Elles se basent, dans la mesure du possible, sur celles de l'ordonnance fédérale actuellement en vigueur (OMP), afin d'assurer la cohérence et l'unité des systèmes juridiques fédéral et cantonal. D'autre part, le nouveau droit n'a repris que partiellement le mécanisme des seuils à partir desquels un concours devait être organisé, tel qu'il figurait à l'art. 48 al. 2 aRMP, mais prévoit l'utilisation d'un nouvel instrument jugé plus judicieux et pertinent, inscrit aux art. 10 LMP-FR et 11 RMP-FR.

En prévoyant que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait en principe faire l'objet d'un concours, l'article 48 al. 1 aRMP fixait une règle de comportement à l'intention des adjudicateurs, qui devaient mettre sur pied une procédure de concours pour la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, sauf s'ils étaient en mesure d'invoquer l'une des exceptions figurant aux alinéas 2 et 3. La première exception dépendait de la valeur du projet. Ainsi, l'adjudicateur pouvait renoncer au concours si la valeur du bâtiment était inférieure à «5 millions de francs (indice des prix de janvier 1998)» (soit 5 500 000.– CHF en février 2021) ou si la valeur de l'ouvrage d'art était inférieure à «10 millions de francs (indice des prix de janvier 1998)» (soit 11 000 000.– CHF en février 2021) (art. 48 al. 2 RMP).

La seconde exception à l'obligation d'organiser un concours dépendait du type de construction envisagée. Ainsi, selon l'art. 48 al. 3 RMP, l'adjudicateur pouvait renoncer à organiser un concours s'il s'agissait d'une transformation, si l'objet présentait une complexité particulière ou s'il ne se prêtait pas à un concours.

Dans un arrêt du 19 avril 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 et 4), le Tribunal cantonal avait confirmé le système légal mis en place, validant la solution selon laquelle la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait faire en principe – sous réserve des exceptions des al. 2 et 3 – l'objet d'un concours. Il avait retenu que, «lorsque la prestation essentielle est constituée par une idée ou un concept original, il n'est pas possible de mettre en concurrence les différents soumissionnaires dans le sens usuel du terme, en adjugeant le marché à l'offre économiquement la plus favorable. Du moment que ce sont les idées et concepts qui sont jugés en priorité, non pas des prestations directement comparables sous l'angle purement économique, il est indispensable de disposer d'un autre outil que les appels d'offres pour trouver les solutions convenant à l'adjudicateur et pour attribuer le marché qui en découle. Le système du concours <...> permet une comparaison pertinente dans des conditions équitables». Ces considérations juridiques sont aujourd'hui toujours valables.

Le mécanisme retenu à l'article 48 aRMP, qui avait pourtant fait ses preuves, a récemment fait l'objet de diverses critiques, cristallisées dans la motion 2020-GC-14 Kolly/Brodard «Obligation d'organiser un concours». Ses opposants ont soutenu que la formulation de l'art. 48 aRMP était peu claire lorsqu'il énonçait, à son alinéa premier, que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait «en principe» faire l'objet d'un concours; que l'obligation d'effectuer un concours d'architecture lors de la construction ou de la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art violait l'autonomie communale dont disposent en particulier les communes dans le choix de la procédure à adopter, puisque cette obligation ne se retrouvait pas dans une loi au sens formel; que le montant de 5 millions apparaissait beaucoup trop faible aujourd'hui. Néanmoins, alors qu'ils combattent la réglementation actuelle en estimant qu'elle viole l'autonomie communale, ils ont proposé de garder le concours obligatoire, mais uniquement pour les ouvrages dont le coût de construction se situerait à hauteur de 40 millions de francs.

Dans le cadre des discussions au sein du groupe de travail «Concours» et du COPIL, portant notamment sur la proposition des motionnaires, il a d'abord été envisagé que l'obligation d'effectuer un concours ou des MEP figurant actuellement à l'article 48 aRMP soit modifiée à un double titre. D'une part, seuls les adjudicateurs mentionnés à l'art. 4 al. 1 AIMP y seraient désormais assujettis (et non plus les adjudicateurs exerçant dans les domaines des secteurs). D'autre part, le seuil à partir duquel l'organisation d'un concours ou de MEP est rendue obligatoire serait fixé à la valeur des

marchés soumis aux accords internationaux (et non plus 5 ou 10 millions de francs).

Cette première orientation a fait l'objet de nombreuses discussions et réflexions au sein du groupe de travail «Concours» et du COPIL, motivées par le fait que l'obligation d'effectuer un concours ou des MEP, notamment lorsque l'adjudicateur envisage la construction ou la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, devrait dépendre de l'objet à réaliser et de sa destination, et non du (seul) franchissement d'un seuil financier.

Au terme d'un débat fort constructif, la solution finalement retenue innove en imposant le recours à un nouvel instrument, appelé «étude préliminaire», et en prévoyant que ses conclusions soient juridiquement contraignantes aux (seules) conditions figurant à l'article 10 alinéa 3.

#### Al. 1

L'alinéa 1 délimite le champ d'application de l'étude préliminaire.

Cette dernière doit être élaborée lorsqu'un adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 1 AIMP révisé développe un projet qui porte soit sur la construction, la rénovation ou la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, soit sur l'aménagement du territoire ou l'urbanisme.

Il s'ensuit que seuls sont tenus d'effectuer une étude préliminaires «les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite de leurs activités à caractère commercial ou industriel» (cf. art. 4 al. 1 AIMP). L'art. 3 let. g AIMP définit le terme de «pouvoirs publics» et l'art. 3 let. f celui de «collectivités de droit public», qui sont également appelées «organismes de droit public» («*Einrichtungen des öffentlichen Rechts*»).

Ne sont dès lors pas soumis à l'obligation d'effectuer une étude préliminaire (1) les pouvoirs publics et organismes de droit public, lorsqu'ils exercent des activités commerciales (art. 4 al. 1 in fine a contrario); les entreprises œuvrant dans les domaines des secteurs (adjudicateurs sectoriels cantonaux; art. 4 al. 2 AIMP); les autres collectivités au sens de l'al. 4 let. a et les projets subventionnés au sens de l'al. 4 let. b.

Quant au champ d'application objectif de l'étude préliminaire, il est conditionné à la construction, la rénovation ou la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art. Un bâtiment est une construction immobilière au sens de l'art. 2 de l'ordonnance sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements (ORegBL; RS 431.841). Un ouvrage d'art est une construction d'importance et de grande taille permettant de franchir un obstacle sur une voie de communication routière, ferroviaire ou fluviale (ponts, tunnels) ou un dispositif de

protection contre l'action de la terre ou de l'eau (murs, tranchée couverte, digue, barrages).

Par ailleurs, une étude préliminaire doit également être établie lorsque l'adjudicateur projette d'aménager et d'organiser son territoire et ses espaces urbains.

Le projet mis en consultation prévoyait que l'étude préliminaire était obligatoire dès le 1<sup>er</sup> franc, solution qui a été jugée trop contraignante lors de la consultation. C'est pourquoi le projet de loi prévoit désormais d'élever ce seuil et de n'imposer l'élaboration d'une étude préliminaire que si le coût total du projet est supérieur à 1 million de francs. Avec une telle solution, les adjudicateurs peuvent librement organiser leur procédure d'acquisition, sans établir au préalable une étude préliminaire, lorsque les projets ont un relativement faible impact financier.

#### Al. 2

Le but poursuivi par l'étude préliminaire est défini à l'alinéa 2 et consiste à savoir si un concours ou des MEP sont nécessaires dans un cas d'espèce.

En effet, l'adjudicateur qui envisage l'attribution d'un marché de services (architecture, ingénierie ou autres branches professionnelles apparentées) dans le cadre de la construction, de la rénovation ou de la transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme est, toujours et intrinsèquement, confronté à la question de savoir s'il peut attribuer le mandat à l'offre la plus avantageuse, à la suite d'un appel d'offres, ou s'il doit organiser un concours (ou des MEP) afin d'acquiescer des propositions de solutions à son projet (à ce sujet, cf. le commentaire de l'al. 3 ci-après et de l'art. 7 al. 1 RMP-FR). Il doit choisir entre une mise en concurrence qui intervient sous la forme d'un appel d'offres ou sous celle d'un concours (ou de MEP).

Ce choix entre concours ou MEP d'une part, et appel d'offres d'autres part, est effectué par l'adjudicateur dans le cadre d'une phase préalable à toute forme de mise en concurrence, à l'issue de laquelle il est en mesure de retenir la procédure adaptée au cas d'espèce. L'alinéa 2 formalise cette phase préalable en inscrivant dans la réglementation fribourgeoise la nécessité d'établir une étude préliminaire, dont le but consiste justement à déterminer l'utilité d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles lorsque l'adjudicateur développe un projet qui rentre dans le champ d'application de l'al. 1.

En d'autres termes, l'étude préliminaire est une démarche de réflexion pré opérationnelle permettant de bénéficier d'une pluralité de réflexions débouchant sur une conclusion procédurale (voir à ce sujet l'alinéa 3).

Cette étude préliminaire peut être établie soit par un bureau externe, soit directement par les services techniques de l'adjudicateur. Dans l'hypothèse où l'adjudicateur choisit de recourir à un mandataire externe pour établir l'étude préliminaire, il devra l'avertir qu'il ne lui sera, en principe, pas possible de déposer par la suite une proposition.

L'importance de l'étude préliminaire dépend des situations qu'elle doit aborder. Le cas échéant, elle pourra être relativement sommaire et simple et tenir sur une ou deux pages. L'objectif de celle-ci est, on le rappelle, de clarifier en amont quelle est la procédure d'acquisition la plus judicieuse à suivre lorsque l'adjudicateur souhaite construire, rénover ou transformer un bâtiment ou un ouvrage d'art ou lorsqu'il entend acquérir des prestations dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme.

L'élaboration d'une telle étude se justifie non seulement pour les ouvrages importants et onéreux, mais également pour les constructions qui paraissent initialement plus modestes, mais qui, en réalité, se révèlent emblématiques pour les collectivités publiques; c'est la raison pour laquelle le seuil a été fixé à hauteur de 1 million de francs. L'étude préliminaire doit offrir au maître de l'ouvrage le soutien indispensable dont il a besoin à l'engagement de toute nouvelle procédure.

Le contenu spécifique de l'étude préliminaire sera détaillé dans l'ordonnance, conformément à la délégation de compétence prévue dans la loi.

### Al. 3

Cet alinéa est déterminant puisqu'il fixe les deux conditions auxquelles un concours ou des MEP doivent être obligatoirement organisés. Tel est le cas si l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet et que la valeur totale du projet est supérieure aux seuils internationaux.

En contrepartie, un concours ou des MEP ne doivent pas être organisés si l'adjudicateur ne cherche pas à acquérir des propositions de solutions au projet.

De même, quand bien même l'adjudicateur chercherait à acquérir des propositions de solutions au projet (et qu'un concours ou des MEP seraient la forme procédurale à retenir), l'adjudicateur reste libre de renoncer à l'organisation d'un concours ou de MEP lorsque la valeur totale du projet est inférieure aux seuils internationaux.

Le droit fribourgeois n'impose dès lors plus, comme précédemment, l'organisation d'un concours à partir d'un montant de 5, respectivement 10 millions de francs (cf. art. 48 al. 1 et 2 aRMP), mais impose désormais l'organisation d'un concours ou de MEP à la réalisation de la double condition prévue à cet alinéa. Cette solution permet de tenir compte des particularités du projet envisagé, tout en restant suffisamment souple et flexible.

#### **a. L'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;**

La première condition porte sur le type de prestations que l'adjudicateur cherche à obtenir.

Un concours ou des MEP sont des procédures incontournables lorsque l'adjudicateur entend acquérir des propositions de solutions au projet qu'il souhaite réaliser. Tel n'est pas le cas s'il recherche des prestations qu'il est objectivement en mesure de décrire avec précision et de manière circonstanciée et qui n'incluent pas de missions de conception particulière.

En d'autres termes, le concours ou les MEP doivent être utilisés lorsque l'adjudicateur est à la recherche, non pas d'une offre de réaliser des prestations qu'il aurait précédemment décrites, mais d'une solution qu'il lui appartient de choisir parmi différentes propositions, c'est-à-dire d'une réponse adéquate au projet envisagé. Ce besoin de procéder par le biais d'un concours ou de MEP résulte du fait que l'adjudicateur n'est pas en mesure de décrire avec suffisamment de précision les prestations qu'il entend acquérir, de sorte qu'il a besoin d'apprécier différentes solutions au projet qu'il entend réaliser (c'est-à-dire au problème auquel il est confronté).

De leur côté, les participants à un concours ou des MEP fournissent des prestations particulières (plans, projets, designs), qui consistent en des propositions de solutions. Ils donnent à l'adjudicateur des réponses diverses et variées, notamment sous l'angle conceptuel, structurel, écologique, économique ou technique, au projet envisagé dans ses principes uniquement. Il leur appartient de décrire les activités futures (réalisation de travaux, exécution de services) que l'adjudicateur devra exercer.

En résumé, l'adjudicateur procède à une mise en concurrence par appel d'offres s'il recherche l'offre la plus avantageuse de la part d'un candidat jugé apte à exécuter un marché clairement déterminé, avec une tâche et des objectifs clairement définis, pour des prestations que l'adjudicateur est en mesure de décrire avec précision et qui n'incluent pas de missions de conception particulière. La voie du concours ou des MEP est en revanche la solution idoine lorsque l'adjudicateur recherche la meilleure solution ou la meilleure idée par rapport à un problème donné. Dans ce cas, l'adjudicateur connaît ses besoins, mais non les moyens permettant d'y répondre au mieux.

#### **b. la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure aux seuils des marchés internationaux.**

La seconde condition porte sur le seuil à partir duquel la conclusion «procédurale» de l'étude préliminaire est contraignante pour l'adjudicateur. L'art. 10 al. 3 limite en effet le caractère contraignant du résultat de l'étude préliminaire

aux seuls projets dont la valeur est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

Le maintien d'un seuil constitue un compromis, qui permet de laisser aux adjudicateurs, notamment au niveau communal, une certaine liberté quant à la manière d'organiser la procédure lorsque les seuils ne sont pas atteints.

En effet, en-dessous des seuils internationaux et pour autant que le coût total du projet soit supérieur à 1 million de franc, l'établissement d'une étude préliminaire reste obligatoire (al. 1), mais non ses conclusions. Dès lors, quand bien même l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur est à la recherche de propositions de solutions, l'adjudicateur reste libre de renoncer à lancer un concours ou des MEP. S'il retient cette solution, alors même qu'il cherche à obtenir des propositions de solutions à son projet, il mandatera, en principe, un architecte ou un ingénieur, qui devra être rémunéré, pour qu'il fasse une étude approfondie du projet, destinée à préparer un cahier des charges précis; le cas échéant, ce travail sera réalisé directement par les services techniques de l'adjudicateur. Ce dernier organisera ensuite des appels d'offres sur la base dudit cahier des charges.

Une telle procédure d'appel d'offres n'est toutefois pas autorisée lorsque la valeur totale du projet est supérieure aux seuils des marchés internationaux (al. 3 let. b) et que l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur n'est pas en mesure de décrire les prestations qu'il attend, car il recherche de simples propositions (concours ou MEP d'idées) ou une véritable solution à un problème (concours ou MEP de projets ou portant sur les études et la réalisation) (al. 3 let. a). En effet, compte tenu des montants en jeu, de l'importance des projets à réaliser, notamment du point de vue de leur intégration dans le paysage urbain et/ou naturel, et de la volonté d'obtenir des projets optimaux et de haute qualité, il est important, aux yeux du législateur, que la réglementation impose, à cette double condition, le recours aux procédures de concours ou de MEP.

### **Légalité et constitutionnalité de la réglementation**

Le régime proposé respecte l'autonomie communale, consacrée à l'art. 50 al. 1 Cst. et dont la teneur est la suivante: «L'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal.» Une commune bénéficie ainsi de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou en partie dans sa sphère de décision. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière sont déterminées par le contenu des règles de droit cantonal régissant ladite matière.

En ratifiant l'AIMP révisé, le canton de Fribourg accepte de renoncer à une certaine autonomie législative, puisque l'accord intercantonal règle de nombreux domaines du droit des marchés publics. Il conserve toutefois une compétence

résiduelle instaurée par l'art. 63 al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d'exécution supplémentaires, en sus des dispositions figurant dans la loi d'adhésion-type. En adoptant les présentes règles sur les concours et les mandats d'étude parallèles, et notamment le présent art. 10, le législateur cantonal a décidé de faire usage de cette compétence et de réglementer de manière plus détaillée et précise cette matière, afin qu'elle soit appliquée de manière uniforme sur le territoire cantonal.

Le système proposé reste simple et est implémentable sans difficulté particulière. En tant qu'aide à la décision, l'étude préliminaire est un outil cohérent et utile, qui permettra de choisir la procédure idoine compte tenu des spécificités que soulève le projet, tout en garantissant une parfaite transparence.

Le régime ne restreint pas le champ d'application des concours ou des MEP, puisque ces procédures peuvent être utilisées sans réserve dès lors qu'elles répondent aux besoins de l'acheteur, c'est-à-dire lorsqu'il cherche à acquérir une solution à son projet. Enfin, il permet d'avoir un régime identique pour les cantons et communes.

### **3. Autorités compétentes**

#### **Art. 12 Conseil d'Etat**

Cet article s'inspire de l'article 6 du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019 et s'inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d'Etat par l'article 100 de la Constitution fribourgeoise.

Cet article ancre notamment dans la loi la délégation de compétence en faveur du Conseil d'Etat d'édicter les dispositions d'exécution complémentaires de l'AIMP, ainsi que les dispositions d'exécution de la loi sur les marchés publics.

#### **Art. 13 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)**

##### **Al. 1**

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d'une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu'alors, il n'en existait pas. Il est désormais proposé que la Direction en charge des marchés publics soit l'autorité de surveillance.

L'article 12 LMP-FR vise à concrétiser l'obligation faite aux cantons de veiller au respect de l'AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (LMP-FR et OMP-FR). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un pouvoir adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L'autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière.

Dans sa réponse à la consultation, la Conférence des Préfets, regrettant au passage que l'AIMP 2019 supprime la voie de recours aux Préfectures contre les décisions communales en matière de marchés publics – a indiqué que la DAEC ne pouvait pas être autorité de surveillance des communes et que cela constituerait un précédent non justifiable. La Conférence précitée a dès lors demandé que la clause suivante soit ajoutée à l'article 12: «*La surveillance des communes, des associations communales et des autres commissaires communaux s'exerce conformément aux dispositions de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes*» et donc en d'autres termes que la surveillance en matière communale soit exercée par les Préfets.

Le Conseil d'Etat est d'un avis différent. Il relève qu'il n'est pas question de surveiller les communes en tant qu'entités mais bien les procédures de marchés publics et les enjeux qu'elles soulèvent, quel que soit le pouvoir adjudicateur. Le fait de n'avoir qu'une seule autorité de surveillance en la matière garantit un contrôle et une surveillance uniformes. Un tel contrôle s'apparente à celui qu'exerce le Service public de l'emploi en matière de lutte contre le travail au noir, contrôle qui peut potentiellement concerner les communes.

Au vu de ce qui précède et du fait qu'aucune autre instance n'a émis de remarque sur la solution proposée à l'article 12, le Conseil d'Etat le maintient tel qu'il a été mis en consultation, c'est-à-dire en prévoyant que la DAEC soit l'autorité de surveillance cantonale en matière de marchés publics, quel que soit le pouvoir adjudicateur.

## AI. 2

La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d'inclure dans le champ d'application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu'il s'agisse d'entités lançant des marchés publics ou d'entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l'exécution du marché. Par ailleurs, l'autorité cantonale de surveillance est désignée à l'art. 12 al. 2 let. b LMP-FR comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l'art. 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l'art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages: elle permet d'étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d'un pouvoir adjudicateur. Ainsi les exclusions des marchés

publics futurs prononcées par l'autorité cantonale de surveillance s'appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l'efficacité de ces sanctions. La centralisation des compétences en matière d'exclusion permet en outre d'assurer une certaine uniformité dans l'application des sanctions prononcées à l'encontre des soumissionnaires et des soustraitants au niveau cantonal et le développement d'une pratique respectueuse de l'égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l'art. 44 AIMP 2019, soit notamment l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication. Tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu'encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu'ils contreviennent aux règles de l'AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l'art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c'était le cas jusqu'alors.

S'agissant des adjudicateurs, l'autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l'art. 45 al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur rencontre et à édicter des instructions contraignantes.

## AI. 3

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l'autorité cantonale de surveillance dans l'exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l'autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d'office des cas qui parviennent à sa connaissance.

La let. a règle l'échange d'informations entre l'autorité cantonale de surveillance, d'une part, et les différentes entités pouvant faire l'objet d'un contrôle, d'autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l'autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu'elle instruit et qu'elle est habilitée à requérir l'aide d'experts externes si elle l'estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l'autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu'elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l'appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

## AI. 4

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux

acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d'affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des renseignements de la part d'un pouvoir adjudicateur, d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant dans l'accomplissement de ses tâches.

## **Art. 14** Travail au noir

### **Al. 1**

Selon l'article. 13, al. 1<sup>er</sup>, de la Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN) 13, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s'agit d'une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d'une simple exclusion relative à un marché ou un pouvoir adjudicateur en particulier). Elle concerne l'attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d'études parallèle) (dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in: Zufferey et al. [édit.], *Marchés publics 2016*, Zürich/Bâle/Genève 2016, N 95).

Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d'ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n'en demeure pas moins que pour les marchés d'ores et déjà attribués qui en cours d'exécution, l'adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l'adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l'art. 44 AIMP 2019).

Selon l'article 77a LEMT (RSF 866.1.1), le Service public de l'emploi est l'autorité compétente pour prononcer une exclusion des futurs marchés publics des employeurs au sens de l'article 13 LTN. L'article 49 aRMP prévoit de son côté que les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre

ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans, sans toutefois prévoir quelle autorité peut prononcer ces sanctions.

Il s'agit ici de maintenir ici cette compétence du Service public de l'emploi.

A noter que les décisions d'exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d'une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l'instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét).

Le critère primordial dans l'appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l'art. 13 LTN est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13 al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP du 24 mai 2018, MPU.2018.0008, consid. 2 et arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054 consid. 2b).

La loi sur le travail au noir n'opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l'acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s'acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l'application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, op. cit., N 80). D'après la jurisprudence, le fait qu'un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation (cas de travail au gris) ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, «l'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse désignée fréquemment comme «travail au gris»» (arrêt de la CDAP du

27 janvier 2016, MPU.2015.0054, consid. 2b in fine et arrêt de la CDAP du 26 mars 2014, MPU.2013.0025 consid 9b).

## **Art. 15** Centre de compétence en matière de marchés publics

### **Al. 1 à 5**

Le Centre de compétence fribourgeois en matière de marchés publics assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il est actuellement régi par l'Arrêté du Conseil d'Etat du 11 février 2008, actualisé à plusieurs reprises, dont la dernière fois le 27 mars 2018.

Le Centre de compétence est rattaché au Secrétariat général de la DAEC. Dans sa composition actuelle, il est présidé par le Secrétaire général et composé de la Déléguée au développement durable, de l'Ingénieur cantonal, de l'Architecte cantonal, de la Responsable des questions juridiques en matière de marchés public, d'un représentant du SAMi et d'un représentant du SiTel. Ses tâches consistent à tenir à jour la législation sur les marchés publics, conseiller dans l'application de cette législation et de gérer la page fribourgeoise du site [simap.ch](http://simap.ch). En matière de surveillance sur les marchés publics, il peut donner des instructions dans des cas d'espèce, émettre des directives générales et proposer la création de groupes de travail en lien avec des thématiques diverses.

Plusieurs collaborations ont eu lieu au cours des années, tant avec le comité de l'Association des communes (cours pour les nouveaux élus communaux, élaboration de directives pour le canton et les communes en matière de surcoûts sur les chantiers publics durant le Covid, divers échanges de vue) qu'avec les organisations professionnelles et les partenaires sociaux (élaboration de critères d'adjudication pour les marchés de construction, intégration du développement durable dans les appels d'offres, élaboration d'une directive relative à l'exigence d'un système de contrôle par carte du personnel travaillant sur les chantiers du SPC et du SBat).

Cette collaboration fructueuse a montré que les échanges d'idées et d'expériences entre personnes expertes dans leur domaine d'expérience respectif permet non seulement de traiter une problématique dans sa globalité mais aussi d'apporter des solutions innovantes, qui conviennent tant à l'administration cantonale, qu'aux communes et partenaires privés.

Au vu de ce qui précède, et compte tenu des tâches supplémentaires qui découlent de l'AIMP révisé en matière de formation, développement durable, prévention de la corruption, lutte contre le travail au noir, ainsi que de la volonté de regrouper les achats publics auprès des Services spécialisés en la matière, il est proposé, d'une part, de conserver la composition actuelle du centre de compétence, et d'autre part, de

l'étendre en y incluant des personnes représentant le comité de l'Association des communes, et au cas par cas avec voix consultative, avec des personnes représentant les partenaires sociaux et les associations professionnelles.

La proposition d'intégrer des représentants de l'ACF dans le centre de compétence a été hautement saluée lors de la consultation, ce qui montre bien le souhait des différentes instances de collaborer ensemble aux défis posés par l'AIMP révisé et la nouvelle loi.

Il est proposé que les tâches et responsabilités de ce centre soient détaillées par voie d'ordonnance, ainsi que sa composition précise, étant relevé que de nombreuses instances et organismes ont émis le souhait d'en faire partie ont émané lors de la consultation. L'idée générale reste toutefois qu'outre le maintien des membres actuels – issus de l'administration cantonale et choisis pour leur expertise en la matière-, la composition du centre soit élargie afin que les intérêts principaux soient représentés, mais que le centre garde une dimension raisonnable lui permettant d'être réactif comme c'est le cas aujourd'hui.

## **Art. 16** Adjudicateurs

L'autocontrôle constitue le fondement du contrôle des procédures marchés publics. Selon ce système, la responsabilité première du contrôle des procédures d'adjudication incombe aux adjudicateurs. Ceux-ci doivent s'assurer que le déroulement de leurs procédures est en tous points et à chaque étape conforme au cadre légal.

### *4. Délais et voies de droit*

#### **Art. 17** Réduction des délais (art. 46 al. 4 AIMP)

Cette disposition constitue le pendant de l'art. 47 al. 1 AIMP (qui est elle-même le pendant de l'art. XI par. 4, lit. c AMP 2012) pour les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir pour les marchés organisés en procédure ouverte ou sélective dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils internationales fixées dans l'annexe 1 AIMP 2019 mais également pour les marchés organisés en procédure sur invitation. L'urgence au sens de cet article revêt un degré d'intensité moindre que celle prévue à l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019. Elle n'a pas à être qualifiée d'extrême ou d'impérieuse au sens de l'AMP 2012.

Ce type d'urgence doit être apprécié de cas en cas et faire l'objet d'une pesée des intérêts en présence: celui de l'adjudicateur à pouvoir adjuger plus rapidement son marché en raison de circonstances particulières et celui des soumissionnaires à disposer du délai de remise des offres usuel (20 jours) pour élaborer et déposer leur offre. L'adjudicateur ne devrait pas être en mesure de se prévaloir de l'urgence si cette dernière résulte d'une planification déficiente de sa part ou si l'invoication de l'urgence se révèle d'une quelconque autre manière

incompatible avec la bonne foi dont il doit faire preuve. La réduction du délai de remise des offres ainsi que sa justification devraient, pour respecter le principe de transparence, figurer dans les documents d'appel d'offres.

#### **Art. 18** Notification des décisions (art. 51 AIMP)

L'art. 51 al. 1 AIMP confère aux cantons la liberté de choisir le mode de notification des décisions, autrement dit si les décisions doivent être notifiées par voie individuelle ou par voie de publication.

Actuellement, l'art. 34 a aRMP prévoit que l'adjudicateur communique ses décisions soit par notification individuelle, soit par publication dans la Feuille officielle. A l'avenir, il est proposé, exception faite des avis d'appel d'offres et des décisions d'adjudication rendues à l'issue d'une procédure de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP («gré à gré exceptionnel») qui sont notifiés par voie de publication, que l'adjudicateur communique ses autres décisions (cf. art. 53 al. 1 AIMP) par notification individuelle.

Usuellement, la notification individuelle d'une décision est adressée par pli recommandé pour permettre à l'adjudicateur de suivre son acheminement et de savoir à quel moment précis la décision a été notifiée. La notification de la décision marque, en effet, le point de départ du délai de recours qu'elle intervienne par notification individuelle ou par voie de publication. Lorsqu'un envoi recommandé n'est pas cherché pas le destinataire d'une décision et qu'il est retourné à l'expéditeur (l'adjudicateur) avec la mention «non réclamé», le 7<sup>e</sup> jour du délai de garde vaut notification. Conformément à la jurisprudence, cette fiction de notification ne s'applique que pour autant que le destinataire puisse s'attendre à recevoir une telle décision. Cette fiction de notification s'applique ainsi au soumissionnaire engagé dans une procédure de marché public.

La notification individuelle d'une décision doit être distinguée de l'éventuelle obligation de publication (cf. art. 48 AIMP) de cette décision. Ainsi, une décision d'adjudication intervenant dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective devra, dans un premier temps, faire l'objet d'une notification individuelle aux différents soumissionnaires, en particulier pour ouvrir la voie de recours, puis, dans un deuxième temps, faire l'objet d'un avis publié sur la plateforme simap.ch pour satisfaire aux exigences de publication de l'art. 48 AIMP. Cet avis publié n'ouvrira pas de nouvelles voies de recours (déjà notifiées par la notification individuelle) et son contenu devra répondre aux exigences de l'art. 48 al. 6 AIMP.

En cas d'interruption de procédure, une notification individuelle sera adressée à chaque soumissionnaire partie à la procédure en ouvrant les voies de recours et une publication subséquente (sans notifier de nouvelles voies de recours) paraîtra sur la plateforme simap.ch conformément à l'art. 48 al. 1 AIMP.

Dans l'hypothèse, rare en pratique, où un pouvoir adjudicateur devait interrompre une procédure avant l'échéance du délai de remise des offres, soit avant que les soumissionnaires ne soient connus, la publication de l'interruption de la procédure sur la plateforme simap.ch et vaudra exceptionnellement notification et ouvrira une voie de recours.

#### **Art. 19** Voies de droit (art. 52 AIMP)

##### **Al. 1**

Cet alinéa n'appelle pas de commentaire particulier en lui-même. Il faut néanmoins signaler le fait que la voie de recours au Préfet contre les décisions des communes et associations de communes en matière de marchés publics est supprimée, dans la mesure où l'article 52 AIMP 2019 prévoit que «les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation».

Cette disposition n'offre pas de marge de manœuvre aux cantons dont certains disposent encore, comme les cantons de Fribourg et Berne, d'une voie de recours préalable au Tribunal cantonal contre les décisions communales, en l'occurrence auprès du Préfet.

##### **Al. 2**

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, un recours doit au minimum être possible à partir de la valeur du marché déterminante pour la procédure sur invitation, sachant que les cantons peuvent aussi engager les voies de recours dès un franc ou en fonction du type de procédure (art. 52 al. 1 AIMP 2019). Le projet de LCMP retient que toutes les décisions peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal, hormis celles prises dans le cadre de la procédure de gré à gré pour des marchés dont les valeurs sont inférieures aux seuils fixés, à savoir la procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 1 AIMP 2019, ce indépendamment de la valeur du marché. Il fait ainsi dépendre l'ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché mais bien du type de procédure suivi. Cela signifie que si un adjudicateur choisit une procédure sur invitation en lieu et place d'une procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 1 AIMP 2019, il devra se conformer aux règles régissant le déroulement de la procédure sur invitation et les soumissionnaires évincés pourront recourir à l'encontre de sa décision d'adjudication

## **Art. 20** Disposition transitoire

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l'art. 64 AIMP 2019 afin d'assurer une parfaite cohérence entre l'accord intercantonal et la nouvelle loi.

**Les dispositions finales du projet de LCMP n'appellent pas de commentaire particulier.**

## **5. Conséquences**

### **5.1. Répartition des tâches entre le canton et communes**

Les deux projets de loi n'ont pas d'incidence sur la répartition des tâches entre les cantons et les communes.

### **5.2. Incidences sur le personnel de l'Etat**

Le projet de loi devrait avoir une certaine incidence sur le personnel de l'Etat, dans la mesure notamment où de nouvelles tâches découleront de l'AIMP révisé, en particulier en matière de surveillance et de développement durable. Il est toutefois difficile d'estimer cette incidence à ce stade, dans la mesure où ces nouveautés seront réglementées de manière détaillée dans la future ordonnance. C'est à ce moment-là qu'on pourra comptabiliser les éventuelles ressources supplémentaires nécessaires.

### **5.3. Effets sur le développement durable**

L'AIMP 2019 et le projet de loi sur les marchés publics ont fait l'objet d'une évaluation à l'aune du développement durable. De nombreux critères ont été évalués et il a été estimé que les instruments précités auront un effet extrêmement positif sur le développement durable, dans ses aspects économiques, environnementaux et sociaux.

L'AIMP 2019 constitue un changement de paradigme majeur en rangeant désormais les critères qualitatifs désormais au même niveau que celui du prix, mais aussi en inscrivant le développement durable dans les buts de l'accord à tous les niveaux du processus.

L'AIMP 2019 permet la prise en compte de critères qualitatifs au même titre que celui du prix. Les aspects environnementaux en font partie. Par ailleurs, ces mêmes aspects peuvent aussi être pris en compte au titre de critères d'aptitude et de spécifications techniques. Les dispositions de l'AIMP 2019 comprennent aussi la possibilité d'exiger des labels écologiques reconnus au niveau international ou des critères équivalents à ces mêmes labels. Le nouvel AIMP de même que le projet de nouvelle loi auront dès lors un impact très positif sur les domaines environnementaux.

La reconnaissance des Label Bois Suisse et SNBS comme équivalents aux labels internationaux place les producteurs locaux au même niveau que les producteurs internationaux bénéficiant d'un label écologique, ce qui a des retombées économiques locales positives.

Les coûts du cycle de vie constitueront un critère d'adjudication selon l'AIMP 2019. Le fait de tenir compte des coûts du cycle de vie complet, et donc plus particulièrement des coûts d'exploitation en ce qui concerne les bâtiments, permettra d'éviter des coûts non prévus ni planifiés, générés au fil de l'utilisation des biens acquis. In fine, cela conduit à des économies.

Par ailleurs, la nouvelle LCMP institue des cellules d'achats au sein de l'administration cantonale afin de professionnaliser, rationaliser et optimiser lesdits achats avec des économies significatives et une qualité accrue à la clé. De plus, la loi, en prévoyant un monitoring de la durabilité et de l'innovation, met en place un dispositif garantissant une bonne transparence et livrant les bases pour de futures optimisations.

L'introduction dans l'AIMP de la durabilité parmi les critères d'adjudication permettra aux adjudicateurs de formuler des requêtes allant au-delà des standards minimums établis par la législation sociale et environnementale, lesquels ont déjà un caractère obligatoire. Il s'agit par exemple: du respect de standards plus élevés de protection de la santé et de la sécurité au travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement; des mesures de promotion de la conciliation travail-famille et de la participation des femmes dans les organes dirigeants; en outre, des mesures visant l'accès à une éducation de qualité pour tous et notamment la promotion de la formation professionnelle initiale et de l'intégration socioprofessionnelle, ainsi que des mesures internes de lutte contre la corruption et contre les flux financiers illicites.

Le fait de mettre l'accent et de valoriser la qualité des prestations au même titre que leurs coûts voire davantage permet d'avantager les entreprises locales. De même, la possibilité de recourir raisonnablement à la sous-traitance permet aux PME régionales de rester concurrentielles face aux grandes entreprises générales totales.

Les dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 permettront d'assurer le respect des conventions internationales de travail de même que celle des conventions collectives en vigueur, avec sanction à la clé, que cela concerne le soumissionnaire ou ses sous-traitants. De plus l'exigence dans la loi de la carte professionnelle ou équivalent sur les chantiers des maîtres d'ouvrages publics permet de lutter plus efficacement contre le travail au noir.

L'interdiction de double sous-traitance sauf exceptions pour raisons organisationnelles permet de renforcer encore la lutte contre le travail au noir et les dérives liées à la sous-traitance.

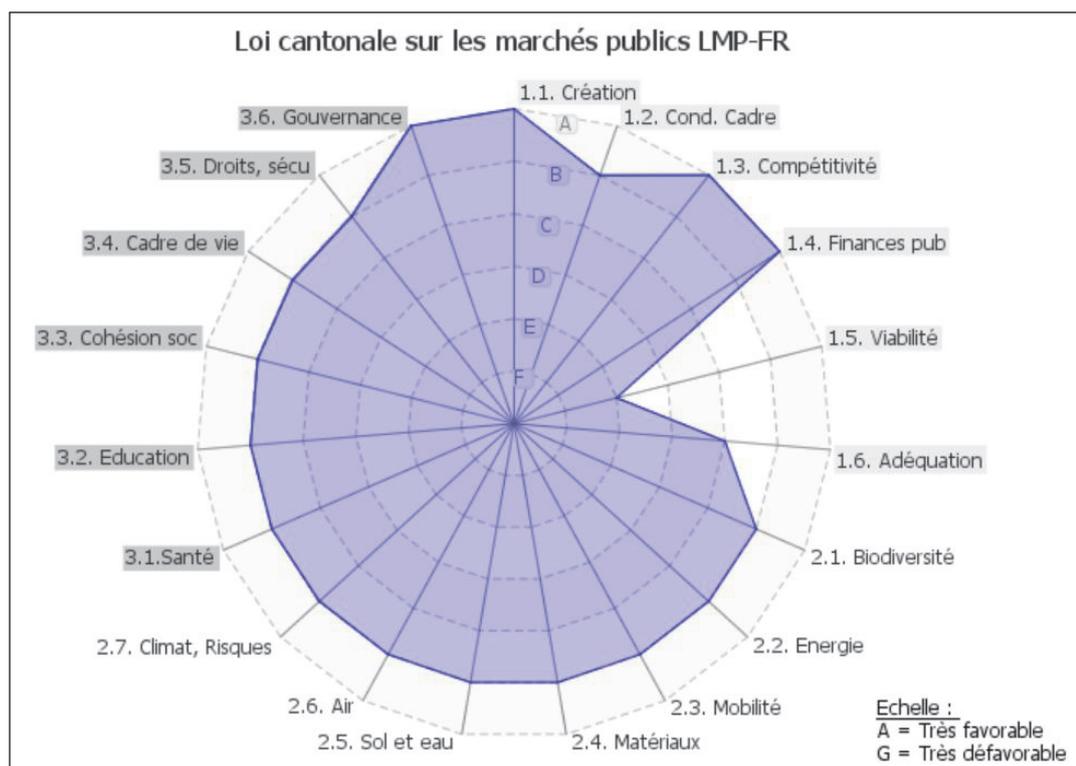
L'exigence dans la loi de la carte professionnelle émanant d'organes paritaires – ou d'un moyen de preuve équivalent – sur les chantiers des maîtres d'ouvrages publics garantit que les travailleurs et travailleuses soient protégés dans leur santé et droits selon les normes en vigueur.

Enfin, l'AIMP 2019 édicte des règles plus claires, intègre/compile la jurisprudence, ce qui renforce la sécurité juridique. Par ailleurs, les processus sont allégés et les nouveaux

moyens électroniques permettent de réduire la charge administrative tant pour les soumissionnaires que les pouvoirs adjudicateurs.

Le seul risque identifié au niveau du projet est celui de ne pas disposer de ressources humaines en suffisance pour concrétiser le changement de paradigme généré par l'AIMP 2019, notamment au niveau du développement durable (cf. ch. 1.5 ci-dessous, viabilité du projet).

### Schéma illustrant le résultat de l'analyse pratiquée selon la Boussole 21



#### Échelle de notation

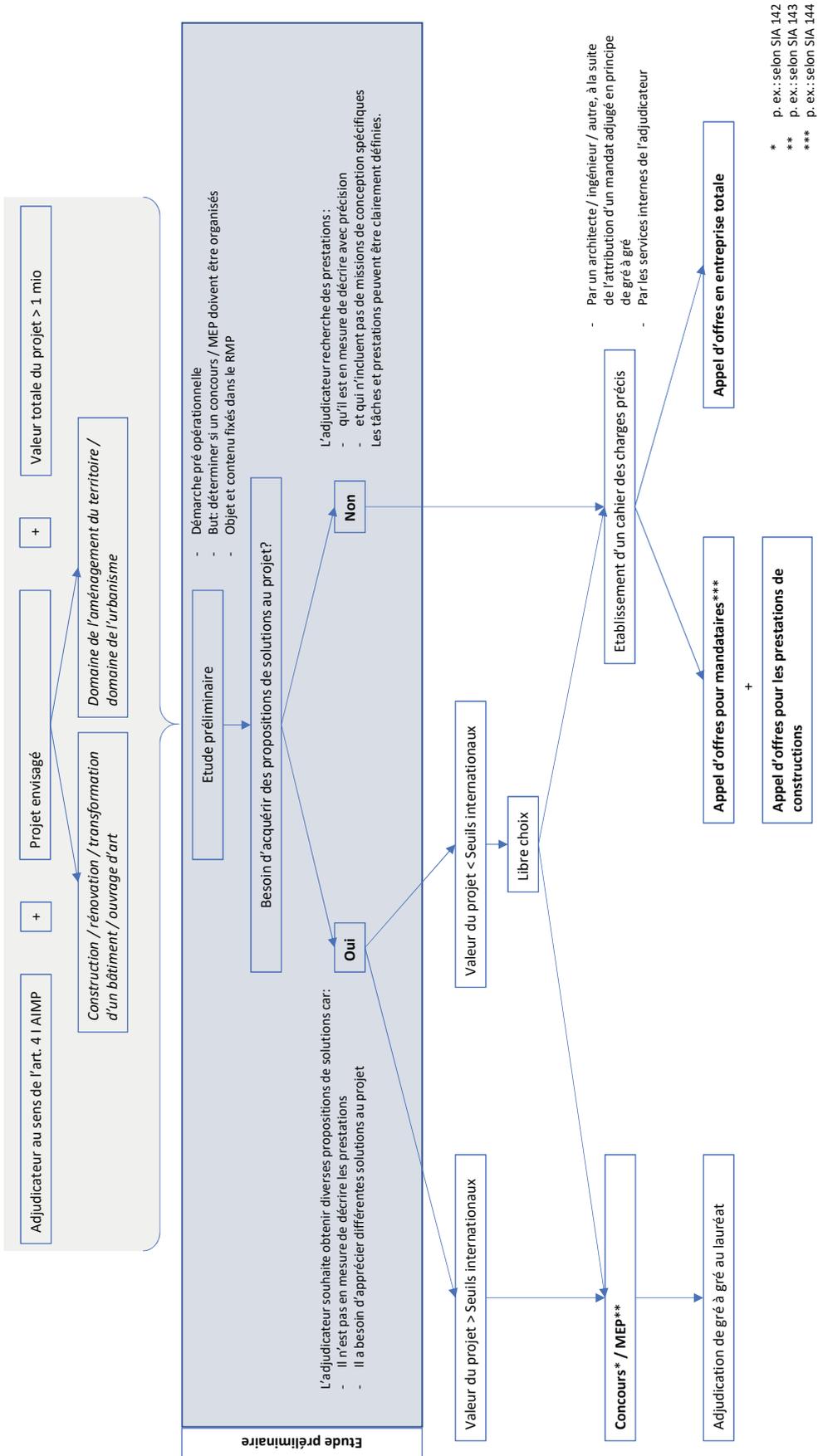
<b>A</b>	Très favorable
<b>B</b>	Favorable
<b>C</b>	Favorable avec quelques réserves
<b>D</b>	Moyen
<b>E</b>	Défavorable avec quelques points favorables
<b>F</b>	Défavorable
<b>G</b>	Très défavorable
<b>X</b>	Pas concerné

### 5.4. Conformité au droit fédéral et à la Constitution cantonale, et euro-compatibilité

Les deux projets de loi sont conformes au droit fédéral et à la Constitution cantonale ainsi que compatibles avec le droit européen.

## 6. Annexe

Schéma illustrant le nouveau mécanisme en matière de concours et de mandats d'étude parallèles (art. 11).





**Botschaft 2021-DAEC-199/200**

14. September 2021

**des Staatsrates an den Grossen Rat zum**

- Gesetzesentwurf über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)**
- Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)**

Wir haben die Ehre, Ihnen mit der vorliegenden Botschaft die Unterstützung des Gesetzesentwurfs über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (im Folgenden: IVöB 2019) sowie den Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) zu unterbreiten.

Dies ist Teil der Gesamtrevision des Schweizerischen Beschaffungsrechts, die durch die Revision des internationalen WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) veranlasst wurde. Neben der Umsetzung der neuen internationalen Anforderungen bieten der IVöB 2019 und der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen den verschiedenen Akteuren folgende nennenswerte Vorteile:

- > ein harmonisiertes, vollständigeres und präziseres Regelwerk;
- > den Einsatz neuer Instrumente, die auf modernen Informationstechnologien basieren;
- > eine Senkung des Verwaltungsaufwands für Anbieter;
- > ein Paradigmenwechsel, der die Vorrangstellung qualitativer Kriterien stärkt und die Verwendung sozialer und umweltpolitischer Kriterien erlaubt;
- > bessere Berücksichtigung von Aspekten der Nachhaltigkeit bei der Bewertung von Ausschreibungen;
- > eine Verschärfung der Präventions- und Kontrollmassnahmen sowie Sanktionen zur Bekämpfung von Missbrauch bei Untervergabe und Schwarzarbeit;
- > eine Erhöhung des Schwellenwerts von 100 000 auf 150 000 Franken (ohne MwSt.), wodurch die freihändige Vergabe von Leistungen ermöglicht wird.

<b>1. Erläuternde Bemerkungen und Gesetzesentwurf zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019)</b>	<b>29</b>
1.1. Einführung	29
1.2. Beitritt zur revidierten IVöB und Folgen für die Kantone	29
1.3. Neuerungen und Grundprinzipien	30
1.4. Vernehmlassung bei den Kantonen	33
1.5. Auswirkungen für Anbieter	34
1.6. Wirkungen für die Auftraggeber	34
<b>2. Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019 und allgemeine Revision des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen</b>	<b>34</b>
2.1. Umsetzung des G PA durch den Kanton Freiburg	34
2.2. Projekt Organisation und Vernehmlassung	35
2.3. Neuerungen und Weiterführungen	35
2.4. Parlamentarische Vorstösse	36
2.5. Vernehmlassung	37
<b>3. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019</b>	<b>38</b>
<b>4. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)</b>	<b>39</b>

<b>5. Konsequenzen</b>	<b>52</b>
5.1. Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden	52
5.2. Auswirkungen auf das Staatspersonal	52
5.3. Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit	52
5.4. Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung sowie Eurokompatibilität	53

---

<b>6. Anhänge</b>	<b>54</b>
-------------------	-----------

## **1. Erläuternde Bemerkungen und Gesetzesentwurf zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019)**

### **1.1. Einführung**

Das öffentliche Beschaffungswesen ist ein wichtiger Sektor der Schweizer Volkswirtschaft. Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen stützt sich auf das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: GPA) und auf das bilaterale Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Das GPA wird von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: IVöB) umgesetzt. Nach der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA (im Folgenden: GPA 2012) waren Anpassungen im nationalen Recht erforderlich.

#### **1.1.1. Harmonisierung**

Wie bereits erwähnt, waren nach der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Gemäss Art. 95 Abs. 2 der Bundesverfassung hat der Bund die Möglichkeit, einen rechtlichen Rahmen für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Artikel 48 der Bundesverfassung erlaubt es den Kantonen auch, untereinander Vereinbarungen zu treffen. Diese Rechtsgrundlagen ermöglichten die gemeinsame Ausarbeitung der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen durch die Kantone und den Bund.

Mit der IVöB 2019 sollen die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens von Bund und Kantonen inhaltlich so weit wie möglich harmonisiert werden, wobei die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Parteien beibehalten wird. Diese Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung ist eine bedeutende Neuerung.

Zu diesem Zweck wurden die Struktur der IVöB 2019 und ihre Terminologie überarbeitet. Bewährte regulatorische Bestimmungen wurden beibehalten (z.B. Handelsverbot, Rechtsmittel) und neue Bestimmungen eingeführt. Für die Kantone ergeben sich dadurch keine wesentlichen grundlegenden Änderungen. Die Änderungen betreffen vor allem

Fragen der Unterstellung (z.B. bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und der Verleihung bestimmter Konzessionen) und neue Instrumente der öffentlichen Auftragsvergabe.

Auch auf kantonaler Ebene wurden Harmonisierungen durchgeführt. Zu diesem Zweck wurden die Bestimmungen, die bisher in den IVöB-Vergaberichtlinien (VRöB) geregelt waren, in die IVöB 2019 integriert. Die IVöB 2019 unterscheidet wie bisher zwischen Aufträgen im Staatsvertragsbereich, d.h. öffentlichen Aufträgen, die im Rahmen der internationalen Beschaffungsverpflichtungen der Schweiz vergeben werden, und Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, d.h. öffentlichen Aufträgen, die nur dem nationalen Recht unterliegen.

#### **1.1.2. Ratifizierung des GPA 2012**

Um an den neuen Entwicklungen und Märkten, die sich aus dem GPA 2012 ergeben, teilzuhaben, musste der Bund sein nationales Recht vorgängig anpassen. Zu diesem Zweck hat die zuständige Behörde, das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB), am 15. November 2019 einstimmig die revidierte IVöB (IVöB 2019) verabschiedet. Der Bund hat auch seinen rechtlichen Rahmen, bestehend aus dem Bundesgesetz und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, angepasst, die am 1. Januar 2021 in Kraft getreten sind. Im Dezember 2020 hat der Bundesrat die Annahmeerkunde des GPA 2012 bei der WTO hinterlegt. Das GPA 2012 ist für die Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft getreten und verschafft Schweizer Unternehmen bis Ende 2021 einen verbesserten Marktzugang von rund 80 bis 100 Mrd. USD pro Jahr.

## **1.2. Beitritt zur revidierten IVöB und Folgen für die Kantone**

### **1.2.1. Beitrittsverfahren**

Interkantonale Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Verträge, die von zwei oder mehreren Kantonen in ihrem Zuständigkeitsbereich abgeschlossen werden. Die vorliegende Vereinbarung zielt darauf ab, die Rechtsgrundlagen zwischen den Kantonen zu vereinheitlichen. Die einzelnen Kantone können den vorliegenden IVöB-Vertragstext entweder genehmigen oder ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt

ist nicht möglich. Dies bestätigte das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) Ende Mai 2021 auf eine Anfrage aus dem Kanton Bern. Sollte ein Kanton einen Vorbehalt anbringen, würde das InöB diesem Kanton den Beitritt zur IVöB 2019 verweigern.

### 1.2.2. Integration der Ausführungsbestimmungen in die revidierte IVöB

Seit Jahren wird von verschiedenen Wirtschaftssektoren eine Harmonisierung der Rechtsordnungen von Bund und Kantonen sowie der Kantone untereinander gefordert. Mit der IVöB 2019 kann dieser Forderung entsprochen werden. Einer der dafür notwendigen Schritte war die Integration der meisten Ausführungsbestimmungen, die bisher auf kantonaler Ebene bzw. in den VRöB geregelt waren, in die revidierte IVöB.

### 1.2.3. Kantonale Ausführungsbestimmungen

Die geltende IVöB ist ein Rahmenvertrag, während die IVöB 2019 praktisch alle Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens regelt. Artikel 63 Abs. 4 sieht allerdings vor, dass die Kantone Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26, erlassen können, sofern die internationalen Verpflichtungen eingehalten werden. Zudem behalten die Kantone die Organisationskompetenz und können frei bestimmen, wer im Kanton für welche Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens zuständig ist.

## 1.3. Neuerungen und Grundprinzipien

Dank dem neuen Beschaffungsrecht werden ein qualitätsorientierter Wettbewerb, Aspekte der Nachhaltigkeit und die Berücksichtigung innovativer Lösungen deutlich an Bedeutung gewinnen. So können Schweizer KMU bei Aufträgen der öffentlichen Hand mit ihrem Qualitätsangebot punkten. Hier eine kurze Übersicht über die wichtigsten Änderungen.

### 1.3.1. Zweckartikel

Der Zweckartikel verlangt nicht mehr nur, dass öffentliche Gelder wirtschaftlich verwendet werden, sondern dass deren Einsatz auch volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltig zu sein hat (Art. 2). Somit werden alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit ausdrücklich abgedeckt. Diese Ergänzung spiegelt das gestiegene Bewusstsein der Gesellschaft für die Notwendigkeit nachhaltigen Handelns wider.

Der Zweckartikel wird zur Auslegung der folgenden Bestimmungen herangezogen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 2 bedeutet nicht, dass der erste Zweck Vorrang vor den folgenden hat. Mit anderen Worten: Alle Zwecke werden jetzt als gleich wichtig angesehen.

### 1.3.2. Klärung der Begriffe und des Anwendungsbereichs

Die IVöB 2019 enthält jetzt eine Liste mit Begriffen (Art. 3), darunter die Begriffe «öffentliches Unternehmen» und «Einrichtung des öffentlichen Rechts». Der subjektive Geltungsbereich in Bezug auf öffentliche Auftraggeber wurde präzisiert (Art. 4). Was den objektiven Geltungsbereich anbelangt, so wurde eine Definition des Begriffs «öffentlicher Auftrag» aufgenommen (Art. 8). Die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen sind nun ausdrücklich als öffentliche Aufträge in den Text aufgenommen worden (Art. 9). Zum einen sieht die IVöB vor, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentliche Aufträge gelten, wenn dem Anbieter aufgrund dieser Übertragung oder Verleihung ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des eidgenössischen und des kantonalen Rechts. So sind z.B. Konzessionen im Bereich der Wasserkraft von diesem neuen Artikel nicht betroffen. Die Ausnahmen (Art. 10) wurden neu definiert und erweitert. So ist vorgesehen, dass die Vereinbarung nicht für Verträge mit Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten gilt (Art. 10 Abs. 1 Bst. e) oder für kantonale und kommunale öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen (Art. 10 Abs. 1 Bst. g). Die IVöB 2019 gibt den Kantonen das Recht, im Rahmen der kantonalen Ausführungsbestimmungen für Verträge mit Organisationen der Arbeitsintegration sowie für Verträge mit kantonalen und kommunalen öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen eine Unterstellung zu definieren. Schliesslich nimmt die IVöB 2019, auch wenn Lehre und Rechtsprechung dies bereits zulassen, vier Arten von Verträgen aus: Monopole, *Instate*-, *Inhouse*- und *quasi Inhouse*-Verträge (Art. 10 Abs. 2).

### 1.3.3. Qualitätsorientierte öffentliche Beschaffung

Ziel des neuen Gesetzes ist es, die Qualität stärker in den Vordergrund zu stellen. Dieser von verschiedenen Stellen als «Paradigmenwechsel» bezeichnete Aspekt spiegelt sich in mehreren Bestimmungen der Vereinbarung wider. Damit hat das Qualitätskriterium an Bedeutung gewonnen und wird dem Preis gleichgestellt, indem es zu einem zwingenden Zuschlagskriterium wird (Art. 29 Abs. 1). In Artikel 41 wird das neue Konzept des «vorteilhaftesten» Angebots anstelle des bisher verwendeten «wirtschaftlich günstigsten» Angebots verankert, um die Bedeutung, die dem wirtschaftlichen Aspekt der Angebote bei ihrer Bewertung beigemessen wird, zu senken. Im Gegensatz dazu können standardisierte Dienstleistungen wie in der Vergangenheit ausschliesslich auf der Grundlage des niedrigsten Gesamtpreises vergeben werden.

Das «vorteilhafteste» Angebot ist dasjenige, das die Zuschlagskriterien, d.h. die Gesamtqualität des Angebots, am besten erfüllt. Aus diesem Grund hat der Anbieter, der das vorteilhafteste Angebot abgegeben hat, gemäss Beschaffungsrecht Anspruch auf den Zuschlag. Dabei werden die Qualität und der Preis einer Leistung berücksichtigt, aber auch, je nach Zweck der Leistung, andere gleichwertige Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Servicebereitschaft usw. (Art. 29). Die Berücksichtigung von Sekundärzwecken (z.B. berufliche Eingliederung, Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung) ist ebenfalls möglich, darf aber nicht zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung oder einer Verweigerung des Marktzutritts führen.

### 1.3.4. Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit spielt in der überarbeiteten IVöB eine zentrale Rolle. Die einschlägigen Bestimmungen sind in den Artikeln 2, 12, 26, 27, 29 und 30 enthalten. Die Aufnahme in Art. 2 markiert einen Paradigmenwechsel, indem die Nachhaltigkeit, die bisher als ein dem Markt fremdes Prinzip angesehen wurde, nun gleichberechtigt neben den anderen Zuschlagskriterien Transparenz, Gleichbehandlung und wirksamer Wettbewerb steht. Sie sollte daher mit der gleichen Priorität angewendet werden. Dies gibt den Auftraggebern mehr Spielraum, um Nachhaltigkeit in ihrer wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Dimension zu berücksichtigen. Diesen Spielraum gilt es nun auszunutzen. Diese Stärkung der Nachhaltigkeit sollte und wird bei zukünftigen Ausschreibungen verstärkt Einfluss auf die Definition des Bedarfs und die Gestaltung der technischen Spezifikationen und Zuschlagskriterien nehmen.

Nachhaltigkeit darf jedoch nicht aus protektionistischen Motiven eingesetzt werden. Die Gleichbehandlung erfordert, dass von schweizerischen und ausländischen Anbietern gleich hohe Nachhaltigkeitsstandards verlangt werden.

### 1.3.5. Neue Vergabekriterien

Mit der IVöB 2019 wird nun die Möglichkeit eingeführt, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines öffentlichen Auftrags auch bisher als «marktfremd» bezeichnete Zuschlagskriterien berücksichtigen kann. Diese Kriterien sind in Art. 29 Abs. 2 festgelegt. Darüber hinaus kann die Vergabestelle nun berücksichtigen, inwieweit die Anbieter Ausbildungsplätze, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmer oder Wiedereingliederungsmöglichkeiten für Langzeitarbeitslose anbieten.

### 1.3.6. Unterstellung bestimmter Konzessionen und Übertragung bestimmter öffentlicher Aufgaben

Die Konzessionen im schweizerischen Verwaltungsrecht sind vielfältig – die eine bestimmte Konzession gibt es nicht. Sie unterliegen dem Beschaffungsrecht, wenn sie eine öffentliche Aufgabe übertragen, was gemäss Artikel 8 das bestimmende Element eines öffentlichen Auftrags ist. Gemäss IVöB 2019 bedeutet die Verleihung einer Konzession an ein Privatunternehmen, dass dieses Rechte erhält, die es vorher nicht hatte. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (z.B. private Nutzungskonzessionen) oder die dem Anbieter keinen besonderen Status verleihen, unterliegen nicht der IVöB 2019.

Aufgrund der begrenzten Ressourcen und der Konzentration auf Kernkompetenzen hat der Staat öffentliche Aufgaben in verschiedenen Bereichen an private Unternehmen auf allen Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) ausgelagert. Wenn der Staat aufgrund einer Rechtsgrundlage beschliesst, eine öffentliche Aufgabe an Dritte zu übertragen, unterliegt die Übertragung dieser öffentlichen Aufgabe grundsätzlich dem Beschaffungsrecht (vgl. hierzu Art. 9), unabhängig davon, ob die Ausführung dieser Aufgabe direkt durch den Vertragspartner oder durch einen Fonds oder eine Versicherung finanziert wird.

Der Verweis auf «öffentliche Aufgaben» umfasst alle Bereiche, in denen der Staat für die Umsetzung verantwortlich ist. Beispiele hierfür sind die Polizei, d.h. der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die Gesundheitspolitik und die Sozialpolitik. Ist der Staat beispielsweise gesetzlich verpflichtet, für die Entsorgung problematischer Abfälle zu sorgen, kann er diese Aufgabe an Dritte delegieren, sofern es dafür eine Rechtsgrundlage gibt.

Für die Kantone und Gemeinden gilt die Verpflichtung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM, um die Konzessionen auszuschreiben. Für die Vergabe von Monopol- und Dienstleistungskonzessionen ist das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Rentabilität nicht immer geeignet. Aus diesem Grund gehen die Regeln des Sonderrechts vor (z.B. Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG, Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 62 Abs. 2<sup>bis</sup> WRG; auch kantonale Vorschriften können als Sondergesetze gelten).

### 1.3.7. Gemeinsame Publikationsplattform von Bund und Kantonen

Der Einsatz moderner Informationstechnologie verbessert die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens und erleichtert den Marktzugang. Im offenen wie auch im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Ausschreibung, den Zuschlag und den Abbruch des Verfahrens zwingend auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform (simap.ch) für das öffentliche

Beschaffungswesen (Art. 48). Eine Veröffentlichungspflicht besteht auch bei freihändig erteilten Zuschlägen im Staatsvertragsbereich. Neben den Kantonen, die simap.ch bereits obligatorisch nutzen, müssen nun auch alle anderen öffentlichen Auftraggeber Aufträge im offenen und selektiven Verfahren auf simap.ch veröffentlichen. Es steht den Kantonen frei, zusätzliche Publikationsorgane vorzusehen.

Der verstärkte Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, insbesondere von simap.ch, wird die Transparenz im Beschaffungswesen weiter erhöhen und den Arbeitsaufwand für die Anbieter reduzieren. Gegenwärtig werden auf simap.ch jährlich rund 20 000 Publikationen mit einem Marktwert von rund 17,5 Milliarden Franken veröffentlicht. Mit der gesetzlichen Verpflichtung aller vertragsunterworfenen öffentlichen Auftraggeber zur Veröffentlichung auf simap.ch dürfte die Zahl der veröffentlichten Aufträge und das Volumen der Vergaben in Zukunft deutlich steigen.

### 1.3.8. Verkürzte Fristen zur Beschleunigung des Verfahrens

Das GPA sieht weitere Verkürzungen der Mindestfristen vor, die sich im nationalen Recht niederschlagen. Fristverkürzungen bei Aufträgen im Staatsvertragsbereich sind im offenen Verfahren, aber auch im selektiven Verfahren möglich (Art. 47). Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist für die Einreichung von Angeboten in der Regel 20 Tage. Diese Mindestfrist kann nur in Ausnahmefällen für standardisierte Waren und Dienstleistungen verkürzt werden, wobei jedoch stets eine Mindestfrist von fünf Tagen einzuhalten ist (Art. 46 Abs. 4). Innerhalb der Mindestfrist von fünf Tagen können die Kantone andere Fristen vorsehen.

### 1.3.9. Optimierte Beschwerdeverfahren

Die Beschwerdefrist wurde auf 20 Tage verlängert, um eine Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen zu gewährleisten (Art. 56). Die Kantone haben derzeit nur eine zehntägige Beschwerdefrist. Dies ist im Vergleich zu anderen Rechtsmittelfristen besonders kurz.

Für Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen ist auf kantonaler Ebene nur das Kantonsgericht zuständig, wenn der Auftragswert mindestens den für das Einladungsverfahren relevanten Schwellenwert erreicht (Art. 52). Für den Kanton Freiburg bedeutet dies, dass das Beschwerderecht beim Oberamt gegen kommunale Beschlüsse über öffentliche Aufträge entfällt.

Darüber hinaus kann das Kantonsgericht gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung über allfällige Schadenersatzansprüche entscheiden (Art. 58). Die Gerichtsferien finden weiterhin keine Anwendung.

### 1.3.10. Massnahmen gegen Interessenkonflikte, illegale Absprachen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, und Korruption

Die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb steht im Mittelpunkt der Revision der IVöB. Dies soll vor allem durch mehr Transparenz und eine systematischere Bekämpfung von Korruption erreicht werden, die den Wettbewerb verzerrt oder verhindert. Korruption kann viele Formen annehmen. Sie beruht auf der Gewährung und Annahme von materiellen Vorteilen, auf die kein Rechtsanspruch besteht.

Art. 11 verpflichtet die Kantone, Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption zu treffen. Die Kantone sind verpflichtet, dafür geeignete Massnahmen vorzusehen. Beispiele sind die aktive und angemessene Veröffentlichung aller Informationen über ein Vergabeverfahren und die Offenlegung der einzelnen Verfahrensschritte gegenüber den Anbietern, die Anzeige von Korruption und anderen Straftaten, die aktive Zusammenarbeit bei der Ermittlung und Verfolgung von Korruption sowie das Einfrieren, die Beschlagnahme, die Einziehung und die Rückgabe von Erträgen aus Straftaten, die Verhängung von Disziplinar massnahmen und die Umsetzung personeller Konsequenzen, die aktive Förderung und Verbreitung der Korruptionsprävention sowie die Verhinderung von Korruption, die Aus- und Weiterbildung von Auftraggebern oder die Anwendung von Verhaltensregeln zur korrekten und ordnungsgemässen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers.

### 1.3.11. Ausschluss, Widerruf und Sanktionen

Die beispielhaft aufgeführte Liste der Ausschluss- und Widerrufsgründe ist in der IVöB 2019 systematischer und ausführlicher strukturiert. Art. 44 enthält eine nicht erschöpfende Liste von möglichen Gründen. Es werden nun zwei Kategorien unterschieden: Abs. 1 erfordert bestimmte Kenntnisse, um einen Ausschluss, einen Widerruf oder eine Streichung von einer amtlichen Liste auszusprechen. Eine wichtige Neuerung ist, dass die Vergabestelle negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen sowie die Ergebnisse von Untersuchungen der WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann (Bst. h). Der Auftraggeber hat auch die Möglichkeit, Anbieter nicht zu berücksichtigen, gegen die ein wirksam gewordener Ausschluss nach Art. 45 Abs. 1 (Bst. j) vorliegt. Liegen hinreichende Anhaltspunkte vor, kann der Auftraggeber gemäss Abs. 2 Anbieter ausschliessen, von einer Liste streichen oder den Zuschlag widerrufen. Wird der Ausschluss oder der Widerruf auf einen nicht angegebenen Grund gestützt, muss der Auftraggeber in jedem Fall über ausreichende Beweise verfügen.

Ausserdem werden in Art. 45 die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» (bis zu fünf Jahren) und «Geldbusse» (bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises) in die revidierte IVöB aufgenommen. Es wird eine nicht-öffentliche Liste der zugelassenen Anbieter und Subunternehmer geführt.

### 1.3.12. Neue Instrumente

Die IVöB 2019 zielt darauf ab, öffentlichen Auftraggebern und Anbietern grösste Flexibilität (übereinstimmend mit den Grundsätzen des Beschaffungsrechts) zu bieten und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen zu fördern. Auf der Hardwareseite umfassen die vorgeschlagenen Änderungen die Einführung flexibler Erfassungstools, welche die Entwicklung innovativer Lösungen ermöglichen. Ziel ist es, so viel Flexibilität wie möglich für künftige Entwicklungen zu schaffen, zum Beispiel in der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen. Instrumente wie der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbieter (Art. 24), die bereits seit längerem in der Praxis genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (Art. 25) sowie das Verfahren zum Abschluss von Folgeverträgen und die Durchführung von elektronischen Auktionen (Art. 23) sind in der IVöB verankert.

### 1.3.13. Dialog

Bei komplexen Aufträgen, intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen ist es oft nicht möglich, den Inhalt des Auftrags vor dem Verfahren in den Ausschreibungsunterlagen ausreichend zu formulieren und zu definieren. In diesem Fall kann im Rahmen eines selektiven oder offenen Verfahrens der Dialog gesucht und durchgeführt werden.

Im Rahmen des Dialogs kann der Auftraggeber in Absprache mit den ausgewählten Anbietern mögliche Lösungen oder Verfahren entwickeln, die am Ende des Dialogs zu einer Beschreibung der zu erbringenden Leistungen führen sollten, die sowohl den Anforderungen des Auftraggebers als auch den Kapazitäten und Ressourcen der Anbieter Rechnung trägt. Dies gibt dem Auftraggeber ein Instrument an die Hand, um das spezifische Know-how der Anbieter auf einem bestimmten Markt zu nutzen und Innovation zu fördern. Verfahrensabbrüche und Neuausschreibungen können so vermieden werden. Auch für die Anbieter hat der Dialog einen Vorteil: Sie müssen ihr Angebot nicht schon zu Beginn des Vergabeverfahrens detailliert ausarbeiten, sondern können es in einem laufenden Prozess verfeinern.

Der Dialog darf nicht aufgenommen werden, um über Preisangebote zu verhandeln (vgl. hierzu Art. 11 Bst. d). Es wird daher ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Dialog nicht zum Zweck geführt werden darf, Preise und Gesamtpreise zu verhandeln (Art. 24 Abs. 2).

Ein Beispiel für eine solch komplexe Aufgabe, bei der die Rahmenbedingungen nicht im Voraus festgelegt werden können, ist die Umnutzung einer Industriebrache mit unbekannter künftiger Nutzung und vielen beteiligten Eigentümern.

### 1.3.14. Rahmenverträge

Bei Rahmenverträgen bezieht sich die Ausschreibung nicht auf ein bestimmtes Leistungsvolumen, sondern auf das Recht des Auftraggebers, bestimmte Leistungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erwerben. Rahmenverträge werden vor allem aus wirtschaftlichen Gründen ausgeschrieben, um die Abhängigkeit von einem einzigen Lieferanten zu vermeiden oder um Versorgungsschwierigkeiten vorzubeugen. Die Möglichkeit, Rahmenverträge zu schliessen, ist kein Verfahren an sich. Sie kann in bestehenden Vergabeverfahren angewendet werden. Auch wenn das Instrument des Rahmenvertrags dem öffentlichen Auftraggeber eine gewisse Flexibilität einräumt, verlangt die IVöB 2019 eindeutig, dass zumindest die Laufzeit des Rahmenvertrags sowie die (Höchst-) Preise festgelegt werden. Auch der Vertragsgegenstand muss so konkret und umfassend wie möglich definiert werden, um abrechenbare Preise zu erhalten.

Die IVöB 2019 unterscheidet zwischen einem Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter (vgl. Art. 25 Abs. 4) und einem Rahmenvertrag mit mehreren Anbietern (vgl. Art. 25 Abs. 5). Ausserdem sind für Rahmenverträge mit mehreren Anbietern «zureichende Gründe» erforderlich.

### 1.3.15. Elektronische Auktionen

Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern ein Instrument, das im Rahmen eines Beschaffungsprojekts eingesetzt werden kann.

In einer ersten Phase (Präqualifikation) prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Erst in einem zweiten Schritt findet die eigentliche Auktion im Verfahren statt, da mehrere Bewertungssitzungen möglich sind. Die Anbieter können den Preis oder bestimmte quantifizierbare Bestandteile ihres Angebots ändern. Die Auswertung der geänderten Angebote und die entsprechende Neueinstufung der Anbieter erfolgen durch ein automatisiertes System.

Der Anwendungsbereich der elektronischen Auktion erstreckt sich nur auf standardisierte Leistungen. Andere Leistungen (z.B. intellektuelle Dienstleistungen) können daher nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein. Die Praxis wird zeigen müssen, wo dieses neue Instrument gewinnbringend eingesetzt werden kann.

## 1.4. Vernehmlassung bei den Kantonen

Die Vernehmlassung zur E-IVöB lief vom 22. September bis zum 19. Dezember 2014. Alle Kantone sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen nahmen daran teil. Eine kantonale Delegation der Arbeitsgruppe stellte der Interparlamentarischen Koordinationsstelle (BIC) das Projekt vor und

stand für einen Austausch zur Verfügung. Eine Stellungnahme des BIC ist ebenfalls eingegangen.

In ihren Kommentaren äusserten sich die Teilnehmer der Vernehmlassung zur vorgeschlagenen Parallelharmonisierung, zu den Rechtsmitteln, zur Aufrechterhaltung des Handelsverbots und zum Beschwerderecht der Behörden, wie es die WEKO vorschlägt. In anderen Stellungnahmen forderten die Teilnehmer der Vernehmlassung eine stärkere Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in Bezug auf ökologische, soziale und wirtschaftliche Aspekte.

Am Ende des Vernehmlassungsverfahrens wurde der Entwurf unter Berücksichtigung der eingegangenen Antworten überarbeitet. Aufgrund der Überweisung des Revisionsentwurfs des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (eÖBG) an das eidgenössische Parlament am 15. Februar 2017 sistierten die Kantone ihre Arbeiten, um die angestrebte Parallelharmonisierung mit dem Bund gewährleisten zu können.

Nach der Verabschiedung der Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen mit verschiedenen Änderungen in den Schlussberatungen von National- und Ständerat am 21. Juni 2019 haben die Kantone erneut geprüft, welche dieser Änderungen im Hinblick auf die Parallelharmonisierung auch in die IVöB aufgenommen werden sollen und welche hingegen vom Bundesrecht abweichen sollen.

Zu diesem Zweck wurde eine kurze Anhörung durchgeführt, zu der auch die BIC eingeladen war. Anschliessend wurden jene Bestimmungen angepasst, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Harmonisierung zustimmten. Die Anpassungen, für die keine eindeutige Mehrheit ermittelt werden konnte, wurden an der Generalversammlung im September und der Sondervollversammlung im November 2019 eingehend erörtert und anschliessend per Abstimmung beschlossen. Die vorliegende Interkantonale Vereinbarung ist daher eine sorgfältig ausgearbeitete und solide Vereinbarung.

## 1.5. Auswirkungen für Anbieter

Die Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Beschaffungsregeln ermöglicht es den Anbietern, ihre Prozesse weiter zu standardisieren. Sie können mit weniger Klärungsaufwand rechnen, insbesondere wegen der zu erwartenden grösseren Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Klarheit der Rechtsgrundlagen.

Einige Bestimmungen zielen auch direkt darauf ab, den Verwaltungsaufwand für die Anbieter zu verringern. So können die Auftraggeber Bescheinigungen über die Teilnahmevoraussetzungen der Anbieter erst in einem späteren Stadium des Verfahrens verlangen (z.B. eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3). Der verstärkte Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, insbesondere die gemeinsame Internetplattform von

Bund und Kantonen (simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand für die Anbieter ebenfalls reduzieren.

Dank neuer Vorgaben wie der erhöhten Nachfrage nach Qualität, der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit und der Innovationsfähigkeit der Unternehmen können die Schweizer KMU ihre Stärken im öffentlichen Beschaffungswesen ausspielen.

## 1.6. Wirkungen für die Auftraggeber

Die Überarbeitung der IVöB führt zu einer Vereinfachung und Verbesserung des Rechtsrahmens. Bewährte Instrumente wie die Verwendung von Inhouse-Verträgen (Art. 10 Abs. 3 Bst. c) oder Rahmenverträgen (Art. 25) wurden in der revidierten Vereinbarung verankert. Das Ergebnis sind umfassendere und genauere Bestimmungen. Darüber hinaus stehen den Auftraggebern und Anbietern neue Instrumente wie die elektronische Auktion (Art. 23) oder das Dialogverfahren (Art. 24) zur Verfügung. Dies führt zu einer grösseren Flexibilität und fördert den Einsatz moderner Informationstechnologien.

Darüber hinaus wurden Sanktionen zur Verfolgung von Anbietern und Subunternehmern eingeführt. Die Bestimmungen der Art. 44 und 45 sehen die Möglichkeit vor, Bussen zu verhängen, die bis zu fünf Jahren Ausschluss von künftigen Aufträgen reichen können. In leichteren Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden. Damit soll sichergestellt werden, dass die bestehenden Bestimmungen zu Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit und Umweltschutz eingehalten werden. Schliesslich wurde der Schwellenwert für Lieferungen im freihändigen Verfahren von 100 000 auf 150 000 Franken angehoben. Dies hat den Vorteil, dass die Auftraggeber grössere Flexibilität bei der Vergabe kleinerer Lieferaufträge erhalten.

Ausserdem ist dieser Schwellenwert jetzt an die Schwellenwerte der Vergabe im freihändigen Verfahren von Dienstleistungsaufträgen und Bauaufträgen für Sekundärwerke angepasst. Damit wird eine Harmonisierung mit den Schwellenwerten der Bundesregierung im Bereich der Vergabe im freihändigen Verfahren erreicht.

## 2. Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019 und allgemeine Revision des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

### 2.1. Umsetzung des GPA 2012 durch den Kanton Freiburg

Die IVöB 2019 harmonisiert auf interkantonaler Ebene die verbindlichen Bestimmungen des GPA 2012, das die internationale Grundlage für das öffentliche Beschaffungsrecht darstellt. Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 kommt der Kanton Freiburg somit seiner Verpflichtung nach, diese Bestimmungen in sein kantonales Recht zu übernehmen.

Für den Kanton Freiburg bedeutet der Beitritt zur IVöB 2019 eine Überarbeitung seiner Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, d.h. eine Totalrevision des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; SGF 122.91.1) und seiner Ausführungsverordnung vom 28. April 1998 (ÖBR; SGF 122.91.11).

## 2.2. Projektorganisation und Vernehmlassung

Um die Folgen dieses Beitritts zu analysieren und mit der allgemeinen Revision des Gesetzes und der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen fortzufahren, hat der Staatsrat am 29. Juni 2020 auf Vorschlag der Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion (RUBD) eine Projektorganisation validiert, die aus einer COPIL, einem Projektkomitee und spezifischen Arbeitsgruppen besteht und die Möglichkeit bietet, Experten hinzuzuziehen.

Das Dossier wurde auch erneut der Kommission für auswärtige Angelegenheiten vorgelegt, die es seit der Veröffentlichung der revidierten IVöB regelmässig verfolgt hat.

Die COPIL, unter dem Vorsitz des RUB-Direktors und bestehend aus Vertretern der Verwaltung, die im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, der Finanzen und der nachhaltigen Entwicklung tätig sind, Mitgliedern der Justiz, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands, der Tarifpartner (FBV, UNIA, FEDE und des Arbeitgeberverbands) und der SIA-Sektion Freiburg, wurde mit der Weiterverfolgung der Arbeiten zum Beitritt zur neuen IVöB sowie zur Revision der Freiburger Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen betraut. Die Aufgaben bestanden darin, Orientierungen und Ideen vorzuschlagen sowie die vom Projektkomitee entwickelten Texte und Konzepte zu diskutieren und zu validieren.

Das Projektkomitee, das von dem für das öffentliche Beschaffungswesen zuständigen Rechtsberater der RUBD geleitet wird und sich aus Vertretern der Verwaltung, die im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, der Finanzen, des Rechts und der nachhaltigen Entwicklung tätig sind, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands, der öffentlichen Unternehmen und der Tarifpartner zusammensetzt, hatte die Aufgabe, COPIL-Konzepte und -Lösungen für die Ausarbeitung einerseits der Beitrittsurkunde und andererseits eines Gesetzesvorentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen inklusive Ausführungsverordnung vorzuschlagen.

Vier Arbeitsgruppen haben ausserdem an spezifischen Themen gearbeitet: Wahrung der Arbeitsbedingungen, Nachhaltigkeit, Wettbewerbe und Studienaufträge sowie Ausarbeitung der Gesetze. Diese Gruppen sind aus verschiedenen Mitgliedern der COPIL und des Projektkomitees nach Fachgebieten zusammengesetzt. Die Gruppe «Wettbewerbe und Studienaufträge» hat auf den wertvollen Beitrag von Herrn Jean-Michel Brahier, Rechtsanwalt, Doktor der Rechtswissenschaften und Dozent an der Universität Freiburg, zählen können.

Zum Abschluss hat Professor Martin Beyeler dem Projektleiter unentgeltlich einige Überlegungen und weitere Punkte zur IVöB 2019 zur Verfügung gestellt.

Dank dem grossartigen Engagement der verschiedenen Teilnehmer und dem konstruktiven Geist schritten die Arbeiten zügig voran und führten innerhalb eines Jahres zu einem Vorentwurf der Beitrittserklärung, einem Gesetzesvorentwurf und dessen Erläuterungsbericht sowie einem Reglement und dessen Kommentar.

Damit die Arbeiten in diesem Jahr mit denselben Teilnehmern, darunter auch Parlamentarier, fortgesetzt werden können und der Grosse Rat den Gesetzesvorentwurf noch vor Ende der laufenden Legislaturperiode behandeln kann, wird die Vernehmlassungsfrist auf zwei Monate verkürzt und das Projekt vom 22. Juni bis zum 23. August 2021 zur Vernehmlassung unterbreitet.

## 2.3. Neuerungen und Weiterführungen

Umfassender und präziser als ihre Vorgängerin, optimiert die IVöB 2019 die aktuelle Gesetzeslage und macht sie transparenter. Sie klärt bestimmte Begriffe durch gesetzliche Bestimmungen, erarbeitet die Rechtsprechung und liefert letztlich ein lang ersehntes gemeinsames Regelwerk für das öffentliche Beschaffungswesen auf Ebene der Kantone und, mit wenigen Ausnahmen, des Bundes. Diese Harmonisierung wird es den Anbietern ermöglichen, ihre Ausschreibungsprozesse weiter zu standardisieren und damit ihren administrativen Aufwand zu reduzieren.

Als Gegenleistung für den Zugang zu diesem neuen Regelwerk erklärt sich der Kanton Freiburg (wie auch andere Kantone) bereit, seine gesetzgeberische Autonomie weitgehend aufzugeben, vorbehaltlich der in Art. 63 Abs. 4 IVöB festgelegten Restkompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen in bestimmten begrenzten Bereichen.

Für den Kanton Freiburg entspricht der Beitritt zur IVöB 2019 der geltenden Rechtslage. Auftraggeber, Anbieter und Vertreter behalten somit bis zu einem gewissen Grad ihre Automatismen.

Dieser Beitritt erfordert die Umsetzung und Implementierung bestimmter Bestimmungen auf kantonaler Ebene. So sind beispielsweise die verschiedenen zuständigen Behörden zu benennen, insbesondere die für die Verhängung von Sanktionen im Sinne von Art. 45 IVöB zuständige Behörde; es ist aber auch festzulegen, ob das Vorhandensein von Prüfungsverfahren (Art. 52, Abs. 1 IVöB) für kleine Aufträge von einem Schwellenwert oder einer bestimmten Verfahrensart abhängt bzw. die Regeln zu bestimmen, die in einem Vergabeverfahren angewendet werden sollen.

In Bezug auf die Unterstellung schlägt der Kanton Freiburg vor, dem Standpunkt zu folgen, den die Schweizerische Konferenz der kantonalen Bau-, Raumplanungs- und Umweltdirektoren (GDK) in Art. 10 Abs. 1 Bst. g IVöB 2019 verabschiedet hat, um die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden von der öffentlichen Beschaffung auszunehmen. Es schlägt ausserdem vor, dass Aufträge, die an Organisationen der Arbeitsintegration – und anderen – vergeben werden, vom Geltungsbereich der öffentlichen Aufträge gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB 2010 ausgenommen sind. Schliesslich wurde die Ausnahme der Freiburger Kantonalbank, die bisher in den kantonalen Vorschriften enthalten war (vgl. Art. 2 Abs. 2 ÖBR), in das Gesetz aufgenommen.

Der Kanton Freiburg möchte ausserdem die Gelegenheit dieses Beitritts nutzen, um zusätzlich zu den bereits in der IVöB 2019 vorgesehenen Sanktionen und Massnahmen neue Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen bei der kaskadierenden Untervergabe (Schwarzarbeit, Verletzung von Arbeitsbedingungen und Löhnen) einzuführen, indem die Untervergabe grundsätzlich verboten wird. Dieses Verbot, das bereits in anderen kantonalen Gesetzen besteht, ist jedoch mit Ausnahmen versehen. Zu diesem Verbot wird auch die Verpflichtung für den Auftraggeber eingeführt, in den mit dem erfolgreichen Anbieter abgeschlossenen Vertrag eine Vertragsstrafe aufzunehmen, um während der gesamten Ausführungsphase des Vertrages sicherzustellen, dass die Anforderungen von Art. 12 IVöB (z.B. Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen, Verbot der Schwarzarbeit oder Lohngleichheit), die bereits im geltenden Gesetz vorgesehen sind, eingehalten werden.

Anlässlich der vollständigen Überarbeitung seiner Gesetzgebung schlägt auch der Kanton Freiburg vor, verschiedene Grundsätze in Bezug auf die Nachhaltigkeit in sein eigenes Gesetz aufzunehmen und damit seine derzeitige Gesetzgebung im Einklang mit dem von der IVöB 2019 angestrebten Paradigmenwechsel (qualitätsorientierte Verträge) zu stärken.

Weiter schlägt der Kanton Freiburg vor, das Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen im Gesetz zu verankern, wobei der Vorstand des Gemeindeverbands, die Sozialpartner und die Berufsverbände vertreten sein sollen. Ziel ist es, Antworten zu finden, Schulungen zu entwickeln und Musterdokumente zu erstellen, indem Synergien der Mitglieder eines interdisziplinären Teams genutzt werden.

Zu beachten ist auch, dass die Harmonisierung der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht mit der parallel laufenden Revision des Beschaffungsrechts endet, sondern eine enge Zusammenarbeit und Koordination in Ausführungsfragen erfordert, sowohl zwischen den Kantonen als auch zwischen den Kantonen und dem Bund. An der ausserordentlichen Plenarversammlung des InöB vom 15. November 2019 haben sich Bundesrat Ueli Maurer und Vertreter der Kantonsregie-

rungen für eine harmonisierte Umsetzung des neuen Gesetzes ausgesprochen. Diese Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Ausführung ist für alle Akteure des öffentlichen Beschaffungswesens von Vorteil.

## 2.4. Parlamentarische Vorstösse

### 2.4.1. Kontext

In einer am 5. Februar 2020 eingereichten und ausgearbeiteten Motion (2020-GC-14) haben die Abgeordneten Nicolas Kolly und Claude Brodard eine Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen gefordert, damit die öffentliche Hand nicht mehr systematisch verpflichtet ist, einen Architektenwettbewerb für Bau- und Renovationsprojekte in öffentlichen Gebäuden durchzuführen.

Die Motionäre schlugen vor, einen neuen Artikel in das Beschaffungsgesetz aufzunehmen, der die Durchführung eines Architektenwettbewerbs für öffentliche Gebäude fakultativ macht und dieses Verfahren nur für Bauvorhaben vorschreibt, die deutlich mehr als die in Art. 48 Abs. 2 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen festgelegten 5 Millionen Franken kosten. Für den Fall, dass ein Wettbewerb zwingend vorgeschrieben ist, sollten die neuen gesetzlichen Bestimmungen auch die Art des Wettbewerbs festlegen und neben dem gewöhnlichen Architektenwettbewerb auch einen Architektenwettbewerb als Generalunternehmen zulassen.

In seiner Antwort vom 14. Dezember 2020 wies der Staatsrat darauf hin, dass sich die derzeitige Rechtslage im Grossen und Ganzen bewährt und zur Realisierung hochwertiger öffentlicher Bauten und Infrastrukturen sowohl in baulicher als auch in architektonischer und städtebaulicher Hinsicht beigetragen hat, dass aber eine Anpassung des Mindestbetrags und eine Klarstellung der verschiedenen Wettbewerbsarten zu mehr Klarheit, insbesondere für die Gemeinden, beitragen könnte.

Die Vervielfachung der Projekte, sowohl auf kommunaler als auch auf kantonaler Ebene, hat den Staatsrat jedoch zu der Ansicht veranlasst, dass die Anwendung eines Wettbewerbsverfahrens vom Typ SIA 142 in bestimmten Situationen möglicherweise nicht angemessen ist. Es gibt andere Verfahren, die sich bewährt haben, wie die parallelen Studienaufträge. Für den Staatsrat bleibt das Hauptziel die Suche nach der besten Lösung durch ein Verfahren des Ideenwettbewerbs mit anschliessender Diskussion unter Fachleuten (Jury oder Kommission), was eine Interessenabwägung zwischen den verschiedenen funktionalen, qualitativen und quantitativen Parametern und Zwängen unter Zugrundlegung eines globalen und objektiven Ansatzes ermöglicht. Dies entspricht auch dem neuen Ansatz des Bundesamts für Kultur, der im Rahmen des Kulturgesetzes 2021–2024 von den eidgenössischen Räten weitgehend gutgeheissen wurde.

Unter bestimmten Umständen hat der Staat Freiburg bereits auf die Durchführung eines Wettbewerbs vom Typ SIA 142/143 zugunsten eines Ausschreibungsverfahrens verzichtet.

Weiterhin hat der Staatsrat festgehalten, dass die Einreichung der Motion Kolly/Brodard in einem besonderen Kontext steht, da das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) im November 2019 die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) verabschiedet hat. Im Rahmen des Beitritts zur revidierten IVöB hat der Kanton Freiburg auch eine allgemeine Revision seiner Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen eingeleitet.

Der Staatsrat hat deshalb dem Grossen Rat vorgeschlagen, die Motion zu prüfen und ihn (den Staatsrat) aber gleichzeitig zu ermächtigen, die Motion im Sinne der oben erwähnten Zielsetzung im Rahmen der allgemeinen Revision der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen zu behandeln, zu der die Arbeiten im September 2020 begonnen haben.

Am 15. Februar 2021 stimmte der Grosse Rat zu, die Motion aufzugreifen, und ermächtigte den Staatsrat, sie im Rahmen der Gesamtrevision des öffentlichen Beschaffungswesens zu behandeln.

#### 2.4.2. Entwicklung eines neuen Mechanismus

Die Arbeitsgruppe «Wettbewerbe und Studienaufträge», die sich aus Vertretern der RUBD, des HBA, des TBA, des Vorstands des Freiburger Gemeindeverbands und der SIA-Sektion Freiburg zusammensetzt, hat mit Unterstützung von Jean-Michel Brahier einen innovativen Mechanismus in diesem Bereich mit einem obligatorischen Vorstudienystem entwickelt, um die Motion der Abgeordneten Kolly und Brodard umzusetzen.

Bei Bau, Renovation oder Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich Raumplanung und Städtebau ermöglicht die obligatorische Vorstudie die Entscheidung, welches Verfahren gewählt werden soll (Wettbewerb, paralleler Studienauftrag, Ausschreibung), ohne dass die Verpflichtung besteht, ab einem bestimmten Schwellenwert systematisch auf das Wettbewerbsverfahren zurückzugreifen.

Dieser Kompromiss ermöglicht es, dem Anliegen der Motionäre, die Verfahren zu vereinfachen und gleichzeitig die Qualität der Objekte zu gewährleisten, nachzukommen, da Wettbewerbe/Studienaufträge eingerichtet werden, wenn die Ergebnisse der Vorstudie dies erfordern.

Das Grundprinzip des vorgeschlagenen neuen Systems ist in Art. 11 ÖBG verankert und wird im kommenden Reglement spezifiziert.

Ein Diagramm, das den vorgeschlagenen neuen Mechanismus veranschaulicht, ist diesem Bericht beigelegt.

## 2.5. Vernehmlassung

### 2.5.1. Verfahren und Beteiligung

Die Gesetzesentwürfe über den Beitritt zur IVöB 2019 und über das öffentliche Beschaffungswesen sowie der erläuternde Bericht und die Musterbotschaft zur IVöB 2019 wurden vom 22. Juni bis zum 23. August 2021 einer breiten öffentlichen Vernehmlassung unterzogen. Der Entwurf einer Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mit der die beiden oben genannten Gesetze umgesetzt werden, wurde zusammen mit einem erläuternden Bericht in die Anhörung gegeben. Das Konsultationsdossier, das einen Fragebogen enthielt, in dem zu jedem Artikel der drei Gesetze sowie zu den vorgeschlagenen Varianten Stellung genommen werden sollte, wurde an die Staatsdirektionen, an die zentralen Dienststellen, an alle Gemeinden, an die politischen Parteien und an 30 weitere Akteure, insbesondere in den wichtigsten betroffenen Bereichen (Bau, Wirtschaft, Sozialpartnerschaft), versandt. Bei der RUBD gingen 55 Positionspapiere ein, davon 24 von Gemeinden, 14 von der kantonalen Verwaltung, 4 von politischen Parteien, die im Grossen Rat vertreten sind, und von vielen weiteren Akteuren.

### 2.5.2. Befunde

#### 2.5.2.1. Bewertung

Die Adressaten unterstützten die Idee, der IVöB 2019 beizutreten, und stellen fest, dass sie den damit verbundenen Paradigmenwechsel schätzen, insbesondere die Berücksichtigung von Qualitätskriterien, Nachhaltigkeit, Bekämpfung von Korruption, Schwarzarbeit und Missbrauch von Unteraufträgen. Die Tatsache, dass das neue Abkommen durch klarere Regeln, die Zusammenstellung der Rechtsprechung und die Integration der Ausführungsrichtlinien (VRöB) die Rechtssicherheit erhöht, wurde begrüsst.

Einige bedauern, dass der Beitritt zur IVöB 2019 nur gebündelt erfolgen kann, was den Kantonen relativ wenig Handlungsspielraum lässt. Dasselbe gilt für die Arbeitsbedingungen, die nach dem Arbeitsmarktgesetz des Herkunftsortes der Anbieter gelten und nicht nach denen des Kantons Freiburg (Erfüllungsort).

Die Mehrheit der Befragten stellte jedoch fest, dass diese Aspekte durch den Paradigmenwechsel, der durch die IVöB 2019 und den Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen herbeigeführt wird, weitgehend ausgeglichen werden.

Begrüsst wurden in diesem Zusammenhang die Stärkung qualitativer Kriterien, die nun dem Preis gleichgestellt sind, die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit durch die Schaffung von Beschaffungsstellen innerhalb der Verwaltung und insbesondere des Nachhaltigkeitsmonitorings, die verstärkte

Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsbedingungen (insbesondere die Einführung eines kartenbasierten Kontrollsystems, das von gemeinsamen Stellen auf den Baustellen der Auftraggeber ausgeht, und das Verbot der doppelten Vergabe von Unteraufträgen).

Die Schaffung einer Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen, die der Direktion für das öffentliche Beschaffungswesen angegliedert ist, wird ebenso begrüsst wie die Erweiterung des derzeitigen Kompetenzzentrums um Vertreter des Vorstands des Gemeindeverbands.

Mehrere Stellen haben den Wunsch geäussert, dass der kantonale Verwaltung zusätzliche Ressourcen zugewiesen werden, damit sie die neuen Aufgaben, die sich aus der IVöB 2019 und dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ergeben werden, optimal umsetzen kann.

Die verbleibende kontroverse Frage bezieht sich auf Wettbewerbe und parallele Studienaufträge (STA) und die als Reaktion auf die Motion Kolly/Brodard vorgeschlagene Lösung «Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs». Während die kantonale Verwaltung, die Wirtschaft, die Sozialpartner und die Vertreter der SIA-Sektion Freiburg den neuen Mechanismus der obligatorischen Vorstudie zur Abklärung der Notwendigkeit eines Wettbewerbs oder eines STA begrüssen, lehnen die Gemeinden, insbesondere über den FGV, dieses System ab, ebenso die Motionäre. Die Gegner halten das System für zu schwerfällig, zu kompliziert in der Umsetzung und unvereinbar mit dem Grundsatz der Gemeindeautonomie. Sie fordern die Wiedereinführung eines Schwellenwerts (meist bis zu 20 Millionen Franken), bei dessen Überschreitung Wettbewerbe und STA erforderlich wären.

#### 2.5.2.2. Wichtigste Änderungen am Vorentwurf

Im Anschluss an die Vernehmlassung wurden einige Änderungen am Gesetzesvorentwurf vorgenommen:

- > Labels und Umweltlabels wurden als Anforderung für alle Arten von öffentlichen Aufträgen (nicht nur für Holzbauaufträge) und für Aufträge, an denen die Regierung finanziell beteiligt ist, festgelegt. Die Labels SNBS und Schweizer Holz werden in diesem Bereich ausdrücklich als gleichwertig mit internationalen Labels anerkannt.
- > Die Koordination zwischen den Auftraggebern und den gemeinsamen Einrichtungen wurde weiter verstärkt, um die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die potenziellen Anbieter so genau wie möglich zu überwachen.
- > Für Wettbewerbe und STA wurde ein Schwellenwert von 1 Mio. Franken eingeführt, ab dem eine Vorstudie obligatorisch ist (bisher 1 Franken).
- > Die Schaffung von Beschaffungseinheiten innerhalb der kantonalen Verwaltung ist nicht mehr systematisch, sondern eine Kann-Bedingung. Der Staatsrat ist befugt, solche Einheiten einzurichten, wenn er es für notwendig hält.

- > Einige Themen wurden im Gesetz (Verkürzung der Fristen für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) und nicht mehr in der Verordnung behandelt und umgekehrt (detaillierte Zusammensetzung des Kompetenzzentrums für das öffentliche Beschaffungswesen, Funktionsweise der Beschaffungsstellen und Ausnahmen vom Anwendungsbereich).

Schliesslich wurde beschlossen, die Antworten aus der Vernehmlassung der Verordnung nicht zu behandeln und den Entscheid des Grossen Rates zu den beiden Vorlagen abzuwarten. Die gleichzeitige Vernehmlassung der Verordnung sollte den konsultierten Gremien eine Orientierungshilfe für die praktische Umsetzung der IVöB 2019 und des ÖBG geben, doch müssen nun die Beschlüsse des Grossen Rates abgewartet werden, bevor die Verordnungsebene in Angriff genommen werden kann.

### 3. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs zum Beitritt des Kantons Freiburg zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019

#### Art. 1

##### Abs. 1

Wie bereits erwähnt, kann der Beitritt zur IVöB 2019 nur gebündelt erfolgen. Mit anderen Worten: Die Bestimmungen der IVöB können weder geändert oder gestrichen werden, noch ist ein bedingter Beitritt möglich. Allerdings hat der Staat den Spielraum, der ihm im Entwurf des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) in einigen Punkten eingeräumt wurde, genutzt, um den kantonspezifischen Interessen und Denkströmungen so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

##### Abs. 2

Die IVöB 2019 kann in Kraft treten, sobald mindestens zwei Kantone sie ratifiziert haben, was nun der Fall ist. In den nächsten Monaten und Jahren werden die alte IVöB und die IVöB 2019 nebeneinander bestehen. Für Kantone, welche die IVöB 2019 nicht ratifiziert haben, gilt weiterhin die alte IVöB, was sie unter Umständen in eine rechtlich schwierige Situation bringen kann, da fast alle Kantone den Beitrittsprozess eingeleitet haben.

Im Kanton Freiburg werden die nach altem Recht eingeleiteten Verfahren weiterhin diesem Recht unterstellt. Das neue Gesetz wird auf Verfahren anwendbar sein, die unmittelbar nach seinem Inkrafttreten eingeleitet werden.

## 4. Kommentare zu den Artikeln des Gesetzesentwurfs über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)

### 1. Gegenstand und Geltungsbereich

#### Art. 1 Gegenstand

Dieser Artikel definiert den Gegenstand des Gesetzes. Er steht im Einklang mit dem per Dekret erfolgten Beitritt des Kantons Freiburg zur IVöB 2019.

#### Art. 2 Geltungsbereich (Art. 10 IVöB)

Art. 2 entspricht Art. 2 Abs. 2 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR). Er hält eine Ausnahme von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Freiburger Kantonalbank gemäss Art. 63 Abs. 4 und 10 IVöB 2019 aufrecht. Eine solche Ausnahme von der öffentlichen Auftragsvergabe für Kantonalbanken existiert auch in anderen kantonalen Gesetzen, was insofern gerechtfertigt ist, als diese Institutionen einen kommerziellen Charakter haben. Die subjektive vergaberechtliche Unterstellung ist ein zentraler Punkt im Gesetz, weshalb sie im Gesetz und nicht in der Ausführungsverordnung geregelt werden sollte.

### 2. Allgemeine Grundsätze

#### Art. 3 Sprache der Ausschreibung (Art. 48 IVöB)

Dieser Artikel legt fest, in welcher(n) Sprache(n) die Veröffentlichung öffentlicher Ausschreibungen zu erfolgen hat. Sie betrifft nur die Bekanntmachung der Ausschreibung und nicht den gesamten Inhalt der Ausschreibungsunterlagen.

#### Abs. 1

Abs. 1 schreibt vor, dass öffentliche Ausschreibungen für Aufträge im Staatsvertragsbereich in französischer und deutscher Sprache veröffentlicht werden müssen, wobei zu berücksichtigen ist, dass nur Französisch eine offizielle Sprache der Welt Handelsorganisation ist. Bei Verträgen im Staatsvertragsbereich würde eine Veröffentlichung nur in deutscher Sprache daher nicht den Regeln der betreffenden Verträge entsprechen.

#### Abs. 2

Abs. 2 sieht vor, dass öffentliche Ausschreibungen für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zumindest in der Amtssprache des Erfüllungsortes des Auftrags abgefasst sein müssen.

#### Abs. 3

Abs. 3 betrifft nur Regierungsaufträge. Unabhängig davon, ob öffentliche Aufträge im oder ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, liegen müssen die Ausschreibungen in französischer und deutscher Sprache verfasst werden.

#### Art. 4 Subunternehmer (Art. 12 IVöB)

Die neue IVöB enthält mehrere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen und soll in diesem Bereich strenger sein als die IVöB 1994/2001 oder deren Ausführungsrichtlinien (VRöB). Die durch Art. 44 und 45 IVöB 2019 eingeführte Regelung ist in dieser Hinsicht besonders aufschlussreich, da diese beiden Bestimmungen im ersten Fall die Weitergabe eines Ausschluss- oder Widerrufsgrundes, der einem seiner Subunternehmer zuzurechnen ist, an einen Anbieter und im zweiten Fall die direkte Sanktionierung eines Subunternehmers ermöglichen.

Dieser Artikel regelt den Einsatz von Unteraufträgen gemäss den Artikeln 12, 26 und 63 Abs. 4 IVöB 2019. Er folgt der Praxis der Auftraggeber, die sich nicht nur im Bausektor entwickelt hat, um Verstösse gegen die sozialen Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe zu verhindern und zu sanktionieren.

#### Abs. 1 und 2

Die Abs. 1 und 2 greifen die Verpflichtungen zur Registrierung und Überwachung von Subunternehmern auf, die den Anbietern bereits in den Artikeln 6, 6a und 1 aÖBR auferlegt wurden. Sie ergänzen insoweit Art. 12 Abs. 4 IVöB 2019 (der daran erinnert, dass auch Subunternehmer verpflichtet sind, die Bedingungen für die Teilnahme am Auftrag sowohl während des Vergabeverfahrens als auch während der anschließenden Phase der Auftragsausführung einzuhalten) sowie Art. 26 IVöB 2019. Denn damit der Auftraggeber sicherstellen kann, dass die Subunternehmer die Teilnahmevoraussetzungen (vgl. Art. 12 IVöB 2019) erfüllen, ihre fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge fristgerecht entrichten und keine unzulässigen wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprachen im Sinne von Art. 26 IVöB 2019 treffen, müssen die Anbieter zwangsläufig der Pflicht unterliegen, ihre – auch potenziellen – Subunternehmer vorher bekanntzugeben. Der Kommentar zu Art. 31 Abs. 1 IVöB 2019 geht in die gleiche Richtung. Diese Bekanntmachungspflicht wird zunächst in der Phase der Angebotsabgabe erfüllt, da der Anbieter im Angebot die – manchmal potenziellen – Subunternehmer angibt, denen er bestimmte Leistungen für die Ausführung des Auftrags zu übertragen beabsichtigt.

Während der Ausführungsphase des Vertrages muss diese Bekanntmachungspflicht jedes Mal erfüllt werden, wenn der Anbieter, der den Zuschlag erhalten hat, einen oder mehrere andere als die in seinem Angebot angekündigten Subunternehmer mit seinen Leistungen beauftragen will. Der «Gegenstand» der untervergebenen Leistungen bezieht sich auf die Art der von den Subunternehmern auszuführenden Arbeiten oder Dienstleistungen, z.B. ein Maurerunternehmen, das die Armierungs- und Gerüstarbeiten untervergeben hat, oder ein Schlosserunternehmen, das das Streichen von Geländern untervergeben hat.

Im IT-Bereich können wir das Beispiel des Anbieters einer IT-Lösung (Anbieter) anführen, der die Entwicklung der Drittanbieterwartung (TPM) als Unterauftrag vergibt, oder das eines Anbieters, der die Konfiguration und das Management einer Cloud oder das Management einer Datenbank und die damit verbundene Verschlüsselung als Unterauftrag vergibt. Der Softwarelieferant (Anbieter) kann den Teil der Leistungen, der für die Implementierung eines Rechenzentrums erforderlich ist, auch an Subunternehmer vergeben. Unter «Anteil» der untervergebenen Leistungen verstehen wir den quantitativen Aspekt dieser Leistungen, d.h. ihr Volumen im Verhältnis zu allen Leistungen, die den Vertrag ausmachen.

### Abs. 3

Seit einigen Jahren sind sich die Auftraggeber der Notwendigkeit bewusst, den Einsatz von Unteraufträgen in ihren Ausschreibungsunterlagen zu regeln. Ausserdem ist die Vergabe von Unteraufträgen in der Regel nicht mehr für alle Arten von Leistungen, die in einem Vertrag enthalten sind, erlaubt, sondern ist meist auf die Ausführung bestimmter Leistungen beschränkt. Darüber hinaus ergreifen die Auftraggeber jetzt Massnahmen, um die Bildung von Unterauftragsketten einzuschränken oder sogar ganz auszuschliessen. Während die Vergabe von Unteraufträgen in der Regel unter guten Bedingungen erfolgt und, sofern sie nicht eine Notwendigkeit für die Ausführung des Auftrags darstellt, normalerweise von Vorteil ist, ist die kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen eine Quelle vieler Probleme. Die kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen üben in erster Linie Druck auf die Preise aus, zu denen Leistungen erbracht werden. Mit jeder weiteren Stufe der Untervergabe erhöht sich dieser Druck auf die Preise aufgrund der Marge, die jeder Subunternehmer für sich selbst schafft. In den Bereichen, die durch Tarifverträge geregelt sind, erhöht dieser Preisdruck vor allem das Risiko der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen und der Mindestlöhne der beschäftigten Arbeiter, insbesondere für die Arbeiter am untersten Ende der Zuliefererkette. Zweitens macht es die Identität der Instanzen, die tatsächlich an der Bereitstellung der Leistungen arbeiten, völlig undurchsichtig. Drittens verwässert diese kaskadenartige Vergabe von Unteraufträgen die Verantwortung und Beteiligung der verschiedenen Unternehmen an der Ausführung der geforderten Leistungen und erschwert es, die Verantwortlichen zu finden, wenn die Leistungen nicht oder nicht innerhalb der vereinbarten Fristen erbracht werden, nicht den geltenden Normen entsprechen, Mängel aufweisen usw.

Aus diesen Gründen legt Abs. 3 ein generelles Verbot der Vergabe von Unteraufträgen fest, wie dies bereits jetzt in anderen kantonalen Gesetzen der Fall ist. Dieses Verbot der Vergabe von Unteraufträgen läuft letztlich darauf hinaus, dass der Auftraggeber für seinen Auftrag nur eine Stufe der Unterauftragsvergabe für Anbieter zulässt. Diese Massnahme schränkt die Anbieter nicht notwendigerweise in der Wahl ihrer Subun-

ternehmer ein, da sie in der Lage sein werden, gegebenenfalls die Dienstleister [Subunternehmer der zweiten Stufe], die sie für die Ausführung des Auftrags benötigen, in der Unterauftragskette nach oben zu verschieben. Anstatt also einen Subunternehmer anzukündigen, von dem der Anbieter weiss, dass er einen Teil der Leistungen an einen Subunternehmer der zweiten Stufe weitervergeben wird, muss der Anbieter beide Subunternehmer (den Subunternehmer der ersten Stufe und den Subunternehmer der zweiten Stufe) in seinem Angebot bekannt geben. Dies erfordert von den Anbietern eine bessere Vorausplanung des Bedarfs und der Mittel, die für die Ausführung der Aufträge eingesetzt werden müssen. Insbesondere sollte der Auswahl der Leistungen, die der Anbieter selbst auszuführen beabsichtigt, und derjenigen, die er an Subunternehmer zu vergeben gedenkt, grössere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Dieses Verbot der Untervertragsvergabe soll diese berüchtigten Untervergabeketten und die verschiedenen Probleme, die sie in der Praxis verursachen (Verletzung sozialer Aspekte, Schwarzarbeit, unlauterer Wettbewerb usw.), eindämmen. Dadurch werden Situationen verhindert, in denen ein vom Anbieter angekündigter Subunternehmer (erste Stufe der Untervergabe) seinerseits alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen zweiten Subunternehmer (zweite Stufe der Untervergabe) vergibt, der wiederum alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen dritten Subunternehmer (dritte Stufe der Untervergabe) vergibt und so weiter.

### Abs. 4

In Anbetracht der besonderen Situation bestimmter Aufträge sollte dieses allgemeine Verbot der Vergabe von Unteraufträgen jedoch von Ausnahmen begleitet werden, wobei diese Ausnahmen in jedem Fall auf die zweite Stufe der Untervergabe beschränkt sind. Diese besonderen Situationen, wie z.B. General- oder Totalunternehmer, sind in Abs. 4 niedergelegt und müssen in der Praxis restriktiv ausgelegt werden, auch wenn Abs. 4 dem öffentlichen Auftraggeber einen Ermessensspielraum gibt.

Nach Rechtsprechung und Lehre handelt es sich bei einem Generalunternehmervertrag in der Praxis um einen Vertrag, durch den sich eine Partei (der Generalunternehmer) verpflichtet, die Gesamtheit eines Bauwerks oder einen Teil eines Bauwerks auszuführen, unabhängig von der Art der zu erbringenden Arbeiten. Bei einem Totalunternehmervertrag handelt es sich um einen Auftrag, bei dem der Auftragnehmer nicht nur für die Ausführung des Bauwerks, sondern auch für den Entwurf und die Planung verantwortlich ist. Bei Aufträgen für General- oder Totalunternehmer gilt das generelle Verbot der Vergabe von Unteraufträgen insoweit, als dass der Auftraggeber dem erfolgreichen Anbieter die Möglichkeit der Vergabe von Unteraufträgen anbieten kann, jedoch nur bis zur zweiten Stufe der Vergabe von Unteraufträgen. Mit anderen Worten: Der General- oder Totalunternehmer, der für die Ausführung des Auftrags ausgewählt wurde, kann Leis-

tungen an einen Subunternehmer weitervergeben (erste Stufe der Untervergabe), der seinerseits alle oder einen Teil dieser Leistungen an einen neuen Subunternehmer weitervergeben kann (zweite Stufe der Untervergabe), aber letzterer darf weder alle noch einen Teil der ihm anvertrauten Leistungen weitervergeben. Die Nichteinhaltung dieser Bestimmung führt zum Ausschluss des Anbieters und zum Widerruf des zuvor erteilten Zuschlags.

## **Abs. 5**

Der Verstoss gegen die Pflicht der Bekanntgabe von Subunternehmern und der zu vergebenden Leistungen sowie gegen das Verbot der Untervergabe bzw. der ausnahmsweise zulässigen Untervergabe gemäss Abs. 4 (Verwendung von Unteraufträgen der dritten Ebene) sind Gründe für den Ausschluss des Anbieters und den Widerruf des Zuschlags.

Dieser Ausschlussgrund wird in die nicht abschliessende Liste der Ausschlussgründe in Art. 44 IVöB aufgenommen. Er stützt sich auf den verbleibenden Handlungsspielraum der Kantone aus Art. 63 Abs. 4 IVöB in Verbindung mit Art. 12 IVöB. Stellt sich ausserdem heraus, dass der betreffende Subunternehmer die Anforderungen von Art. 12 IVöB nicht eingehalten hat, d.h. insbesondere die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer, die Melde- und Bewilligungspflichten, die im Gesetz vom 17. Juni 2005 über die Schwarzarbeit (BGSA, SR 822.41) erwähnt werden, kann der Auftraggeber die im Vertrag mit dem erfolgreichen Anbieter vorgesehene Vertragsstrafe (vgl. Art. 5 ÖBG) anwenden. Die anderen in Art. 44 Abs. 2 Bst. f und g und Art. 45 IVöB vorgesehenen Sanktionen bleiben bestehen.

## **Art. 5 Vertragsstrafen (Art. 12 IVöB)**

### **Abs. 1**

Dieser Artikel verdeutlicht den Willen der Auftraggeber, in dieser Angelegenheit mit gutem Beispiel voranzugehen und sich an den Massnahmen des Staatsrates zu beteiligen, der die Bekämpfung der Schwarzarbeit zu einer der Prioritäten seiner Politik zur Verbrechensbekämpfung gemacht hat.

Die zur Erreichung dieses Ziels eingeführte Massnahme hat zwei Komponenten.

Zum einen müssen Auftraggeber und Vergabestelle in der Ausschreibung darauf hinweisen, dass der erfolgreiche Anbieter und seine Subunternehmer mit einem Kontrollsystem auf der Basis eines Berufsausweises (z.B. «Cerbère»- oder «Pro»-Karte) bzw. eines gleichwertigen Beweismittels ausgestattet sein müssen, das es ermöglicht, das auf den Baustellen tätige Betriebspersonal nach bestimmten Kriterien zu kontrollieren (Art. 7 ÖBG).

Andererseits werden Vertragsstrafen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt und – im Prinzip – in den nach der Vergabe unterzeichneten Vertrag aufgenommen. Dies ist der Zweck dieses Artikels.

Der Kommentar zu Art. 12 Abs. 5 IVöB 2019 legt fest, dass die Nichteinhaltung der Anforderungen von Art. 12 durch entsprechende Klauseln in öffentlichen Beschaffungsverträgen sanktioniert werden kann, auch durch Vertragsstrafen.

Die Vertragsstrafe ist eine Geldleistung, zu der sich der erfolgreiche Anbieter gegenüber dem Auftraggeber für den Fall verpflichtet, dass er oder seine Subunternehmer die Verpflichtungen aus Art. 12 IVöB 2019, d.h. die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer, der geltenden Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit für Frau und Mann, der Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Gesetz vom 17. Juni 2005 über die nicht angemeldete Erwerbstätigkeit (BGSA) sowie der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen, nicht erfüllen. Die Einführung von Vertragsstrafen in den Verträgen zwischen dem Auftraggeber und dem erfolgreichen Anbieter ist eine vorbeugende Massnahme, deren Hauptzweck nicht darin besteht, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, Geld zu verdienen, sondern Verstösse gegen die oben genannten Verpflichtungen zu verhindern und zu vermeiden. Im Falle eines Verstosses gegen die in Art. 12 IVöB 2019 genannten Verpflichtungen durch den Anbieter oder einen seiner Subunternehmer kann der Auftraggeber die Vertragsstrafe aktivieren und den Anbieter direkt sanktionieren. Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe kann dann mit dem Anspruch des Anbieters auf Vergütung seiner Leistungen unter den Voraussetzungen von Art. 120 OR verrechnet werden.

Die Nichtzahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (sofern dies keinen Verstoss gegen einen GAV darstellt) und der Abschluss rechtswidriger Vereinbarungen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, sollten nicht zur Anwendung einer Vertragsstrafe führen. Solche Verstösse können ggf. vom Auftraggeber gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g und Abs. 2 Bst. b IVöB 2019 bzw. durch die kantonale Aufsichtsbehörde gemäss Art. 45 Abs. 1, der auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b IVöB 2019 verweist, sanktioniert werden.

## **Art. 6 Einhaltung der Arbeitsbedingungen (Art. 12 IVöB)**

### **Abs. 1**

Abs. 1 regelt die Arbeitsbedingungen in Anwendung von Art. 12 IVöB 2019 und in Übereinstimmung mit der Restkompetenz der Kantone gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019. Die Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen ist ebenso wie die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer oder der Lohngleichheit für Frau und Mann eine Voraussetzung für die Teilnahme am Auftrag, die für das

Funktionieren eines fairen und wirksamen Wettbewerbs zwischen den Anbietern unerlässlich ist.

Die Nichteinhaltung dieser Vorschrift zieht verschiedene Sanktionen nach sich (Ausschluss vom Verfahren, Widerruf des Zuschlags, Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen, Busse, Vertragsstrafe usw.)

Als Arbeitsbedingungen gelten nach Art. 3 Bst. d IVöB die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts zum Arbeitsvertrag, die normativen Bestimmungen in Kollektivverträgen und Standardarbeitsverträgen oder in Ermangelung dessen die regional und branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

## Abs. 2

Dieser Absatz verdeutlicht die Anwendung der Arbeitsbedingungen im Lichte der in den Kommentaren zu Art. 12 IVöB 2019 dargestellten Elementen und der schliesslich vom Bundesparlament in Art. 12 Abs. 1 ÖBG beibehaltenen Regelung. Zur Erinnerung: Im parlamentarischen Verfahren vor der Verabschiedung der revidierten ÖBG auf Bundesebene wurde Art. 12 Abs. 1 ÖBG mit dem Ziel geändert, von den Anbietern die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zu verlangen, die am Ort der Leistungserbringung gelten (Prinzip des Erfüllungsortes) anstatt derjenigen, die am Ort ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung in der Schweiz gelten (Prinzip des Herkunftsortes). Damit hat das Bundesparlament die mit den Kantonen harmonisierte Lösung zugunsten des im gemeinsamen Projekt Aurora vorgestellten Prinzips des Herkunftsortes aufgegeben (revidierte ÖBG/IVöB). Gemäss Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) sind die Kantone verpflichtet, auf ihren Märkten mit Ausnahme von seltenen Fällen das Prinzip des Herkunftsortes anzuwenden. Da die eidgenössischen Parlamentarier in den Beratungen davon abgesehen haben, das Bundesgesetz über den Binnenmarkt in diesem Punkt anzupassen, gilt für die Kantone weiterhin das Prinzip des Herkunftsortes. Bei der im Sommer 2019 von der Freiburger Delegation IPS mit den Kantonsregierungen und der Interparlamentarischen Koordinationsstelle (BIC) durchgeführten Kurzkonsultation im Rahmen der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) im Anschluss an die Verabschiedung des ÖBG durch das eidgenössische Parlament beantragten mehrere französischsprachige Kantone (Waadt und Freiburg) und die BIC, das Prinzip des Erfüllungsortes auch in Art. 12 Abs. 1 IVöB zu verankern. Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) hat daraufhin die Wettbewerbskommission um ein Gutachten ersucht, um in der Eigenschaft als Vollzugsbehörde zu erfahren, welchen Handlungsspielraum die Kantone hinsichtlich der Einführung des Prinzips des Erfüllungsortes in Art. 12 IVöB 2019 bzw. im kantonalen Recht haben.

Die Schlussfolgerungen dieses Berichts, die auf der BPUK-Website verfügbar sind, lauten wie folgt:

- a) Die Kantone dürfen aufgrund der Vorgaben des BGBM und des darin enthaltenen Prinzips des Herkunftsortes kein allgemeines Prinzip des Erfüllungsortes in kantonalen Regelungen einführen. Die Kantone können also weder in Art. 12 Abs. 1 IVöB 2019 noch in ihrer kantonalen Gesetzgebung die Anwendung von Arbeitsbedingungen «am Erfüllungsort» wie im revidierten ÖBG vorsehen.
- b) Die Kantone können jedoch unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 BGBM ausnahmsweise das am Erfüllungsort geltende Arbeitsreglement für anwendbar erklären.

Gemäss WEKO ist die Anwendung der am Erfüllungsort geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften mit dem BGBM vereinbar, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten und ein überwiegendes öffentliches Interesse (z.B. Schutz vor Sozialdumping) die Anwendung der Vorschriften des Erfüllungsortes rechtfertigt. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn es verschiedene Tarifverträge mit erheblichen Unterschieden im Lohnniveau gibt. Abs. 2 deckt sich damit mit den Schlussfolgerungen des Rechtsgutachtens der WEKO im Kommentar zu Art. 12 und Art. 64 Abs. 3 IVöB 2019 mit der besonderen Situation des Kantons Freiburg, der eine grosse Anzahl von für verbindlich erklärten Tarifverträgen auf seinem Gebiet hat.

Art. 2 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (RS 823.20) bleibt Anbietern und Subunternehmern mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland vorbehalten.

## Abs. 3

In diesem Absatz wird die notwendige und obligatorische Koordination zwischen den Auftraggebern und den gemeinsamen Einrichtungen gesetzlich verankert, um spätestens vor der Auftragsvergabe zu überprüfen, ob der potenzielle Anbieter die Tarifverträge einhält.

## Abs. 4

Dieser Absatz spezifiziert die Rolle der paritätischen Berufskommissionen im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit über Tarifverträge. Er ergänzt Art. 12 Abs. 5 und 6 IVöB 2019, indem die paritätischen Organe den Auftraggeber spontan über die Eröffnung eines Verfahrens informieren können und nicht auf eine entsprechende Aufforderung des Auftraggebers warten müssen. Nach derzeitigem Stand der Dinge legt die überwiegende Mehrheit der Auftraggeber die Namen der Anbieter und die Liste der potenziellen Subunternehmer den verschiedenen paritätischen Berufskommissionen zur

Prüfung vor, nachdem die Angebote eröffnet wurden. Auf diese Weise stellen die Auftraggeber sicher, dass die Teilnehmer am Verfahren die tarifvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen einhalten.

Diese Prüfung ist nicht zu verwechseln mit einer anderen Prüfung, die die Auftraggeber anhand der beiden vom SECO geführten und auf seiner Website veröffentlichten schwarzen Listen durchführen. Auf seiner Website hat das SECO eine Liste von Arbeitgebern, die nach schweren oder wiederholten Verstößen gegen die Melde- und Bewilligungspflichten des Bundesgesetzes über die Schwarzarbeit (vgl. Art. 13 BGSA) für eine bestimmte Zeit von künftigen öffentlichen Aufträgen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene ausgeschlossen werden, veröffentlicht. Ebenso hat das SECO auf seiner Website auch eine Liste von ausländischen Arbeitgebern oder Selbstständigen, die in Anwendung von Art. 9 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitskräfte (EntsG) für eine bestimmte Zeit daran gehindert werden, ihre Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten, veröffentlicht. Die Vergabestelle kann diese beiden SECO-Listen an verschiedenen Stellen des Verfahrens prüfen.

## **Art. 7**      Kontrollsystem (Art. 12 IVöB)

### **Abs. 1**

Um die Schwarzarbeit wirksam zu bekämpfen, wird in diesem Artikel die Verpflichtung des Auftraggebers und der Vergabestelle gesetzlich verankert, dass in der Ausschreibung darauf hinzuweisen ist, dass der erfolgreiche Anbieter und seine Subunternehmer mit einem Kontrollsystem auf der Basis eines Berufsausweises (z.B. «Cerbère»- oder «Pro»-Karte) bzw. eines gleichwertigen Beweismittels ausgestattet sein muss, das die Kontrolle des auf den Baustellen tätigen Betriebspersonals nach bestimmten Kriterien ermöglicht.

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

### **Abs. 1**

Dieser Artikel basiert auf Art. 3b aÖBG, der aus der Motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Exigence du certificat d'origine bois suisse» (Forderung einer Herkunftsbezeichnung für Schweizer Holz) abgeleitet wurde. Es wird vorgeschlagen, den Anwendungsbereich auf alle Arten staatlicher Aufträge (Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge) auszuweiten – nicht nur Holzbauaufträge – und auch auf solche, bei denen der Staat einen finanziellen Beitrag leistet. Angesichts des Paradigmenwechsels in der IVöB 2019 in Bezug auf die qualitativen Kriterien wird auch vorgeschlagen, von einer Kann-Formulierung (vgl. Art. 3b aÖBG) zu einer allgemeinen Verpflichtung überzugehen.

### **Abs. 2**

Für Bauverträge erkennt Art. 8 das SNBS-Label an, obwohl es kein internationales Label ist. Gleiches gilt für das Label Schweizer Holz. Diese Anerkennung ist darauf zurückzuführen, dass beide Labels hohen Qualitätsanforderungen unterliegen, die sie inhaltlich mindestens gleichwertig mit internationalen Labels machen.

### **Abs. 3**

In Anlehnung an den Lösungsvorschlag der Motion Hunziker/Grivet M 2013-GC-74 «Forderung einer Herkunftsbezeichnung für Schweizer Holz» wird im neuen Artikel das Herkunftszeichen Schweizer Holz (HSH) wieder als anerkanntes Label erwähnt, aber durch die neue Bezeichnung «Schweizer Holz» ersetzt.

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

Dieser Artikel steht im Einklang mit dem Paradigmenwechsel des neuen IVöB hin zur Nachhaltigkeit. Die Überwachung der Nachhaltigkeit von Beschaffungen und ihres innovativen Charakters zielt darauf ab, die Beschaffung auf ökonomische, ökologische und soziale Erfordernisse auszurichten, gemäss dem in Art. 2 IVöB festgelegten Grundsatz, der durch die Bestimmungen der Artikel 12, 26, 27, 29 und 30 konkretisiert wird. Die Empfehlungen zur Nachhaltigkeit des Kompetenzzentrums für das öffentliche Beschaffungswesen werden für die Definition von Indikatoren für ein solches Monitoring entscheidend sein. Das Referat für Nachhaltigkeit, das dem Generalsekretariat für Wirtschaft und Finanzen angegliedert und für die Überwachung der Nachhaltigkeit zuständig ist, sollte idealerweise über die dafür erforderlichen Ressourcen verfügen.

## **Art. 10**     Beschaffungsstellen

Die Konsolidierung des Beschaffungswesens innerhalb der Regierung steht im Einklang mit dem Paradigmenwechsel der neuen IVöB zur qualitätsorientierten Beschaffung. Die Beschaffungsstellen bündeln die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen in ihrem Zuständigkeitsbereich, über die sie fundierte Kenntnisse haben. Sie sind mit der Komplexität ihres jeweiligen Beschaffungsgegenstands vertraut. Ausserdem ermöglicht die Gruppierung von Einkäufen bessere finanzielle Konditionen. Die Schaffung spezialisierter Beschaffungsstellen ist daher ein Garant für wirtschaftliche Effizienz.

Der Staatsrat ist befugt, solche Beschaffungseinheiten von Fall zu Fall in Bereichen einzurichten, in denen es sinnvoll ist und für jede dieser Einheiten ad-hoc-Umfänge festzulegen, um den spezifischen Bedürfnissen Dritter wie der Universität Rechnung zu tragen..

## Art. 11 Wettbewerbe und Studienaufträge

Ein Diagramm, das den vorgeschlagenen neuen Mechanismus veranschaulicht, ist diesem Bericht beigelegt.

Das Thema Wettbewerbe und Studienaufträge wird im interkantonalen öffentlichen Beschaffungsrecht nur sehr kurz behandelt. Neben der direkten Vergabe an den Gewinner (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. i des revidierten IVöB) ist die einzige Vorgabe des revidierten Art. 22 IVöB, dass «[der] Auftraggeber, der einen Studienwettbewerb oder einen Gesamtleistungswettbewerb oder -auftrag durchführt oder parallele Studienaufträge vergibt, das Verfahren von Fall zu Fall nach den in dieser Vereinbarung festgelegten Grundsätzen festlegt wird» und dass er dabei «in diesem Zusammenhang auf die von den Berufsverbänden aufgestellten Regeln Bezug nehmen kann». Im Übrigen kann der Kanton unter Beachtung der interkantonalen Verpflichtungen der Schweiz aus dem revidierten Art. 63 Abs. 4 IVöB Ausführungsbestimmungen zu Wettbewerben und Studienaufträgen erlassen.

Im Interesse der Klarheit und Transparenz regelt die neue Verordnung nun im Detail die wesentlichen Fragen des Wettbewerbs- und des Studienauftragsverfahrens (im Folgenden: STA). Es werden einerseits neue Bestimmungen eingeführt, die die verschiedenen Aspekte der Organisation dieser Verfahren klären sollen. Um die Kohärenz und Einheitlichkeit der Rechtssysteme von Bund und Kantonen zu gewährleisten, orientieren sie sich so weit wie möglich an den Bestimmungen der geltenden Bundesverordnung (VöB). Andererseits hat das neue Gesetz den Mechanismus der Schwellenwerte, oberhalb derer ein Wettbewerb organisiert werden muss, nur teilweise übernommen, wie er in Art. 48 Abs. 2 aÖBR erschien, sondern sieht die Anwendung eines neuen Instruments vor, das als geeigneter und sachdienlicher angesehen wird und in Art. 10 ÖBG-DE und Art. 11 VöB-DE verankert ist.

Mit der Vorgabe, dass für die Errichtung eines Bauwerks oder eines Kunstbaus grundsätzlich ein Wettbewerb durchgeführt werden muss, hat Art. 48 Abs. 1 aÖBR eine Verhaltensregel für öffentliche Auftraggeber festgelegt, die für die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus ein Wettbewerbsverfahren durchführen mussten, sofern sie sich nicht auf eine der Ausnahmen in den Abs. 2 und 3 berufen konnten. Die erste Ausnahme hing vom Wert des Projekts ab. So konnte der Auftraggeber den Wettbewerb abbrechen, wenn der Wert des Gebäudes unter «5 Mio. Franken (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. 5 500 000 Franken im Februar 2021) oder der Wert des Kunstbaus unter «10 Mio. Franken (Preisindex von Januar 1998)» (d.h. 11 000 000 Franken im Februar 2021) lag (Art. 48 Abs. 2 ÖBR). Die zweite Ausnahme von der Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs hing von der Art der geplanten Baumaßnahme ab. Somit konnte gemäss Art. 48 Abs. 3 ÖBR der Auftraggeber auf einen Wettbewerb verzichten, sofern es sich um einen Umbau handelte, das Objekt besonders komplex war oder wenn es sich nicht für einen Wettbewerb eignete.

In einer Entscheidung vom 19. April 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 und 4) hat das Kantonsgericht das geltende Rechtssystem bestätigt sowie die Massgabe validiert, nach der die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus grundsätzlich – vorbehaltlich der Ausnahmen in Abs. 2 und 3 – einem Wettbewerb unterzogen werden muss. Es wurde festgestellt, dass «wenn die wesentliche Leistung in einer originellen Idee oder einem originellen Konzept besteht, es nicht möglich ist, die verschiedenen Anbieter im üblichen Sinne des Wortes in Wettbewerb zu setzen und den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben wird. Da in erster Linie Ideen und Konzepte beurteilt werden und nicht direkt vergleichbare Leistungen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ist es wichtig, ein anderes Werkzeug als Ausschreibungen zu haben, um die richtigen Lösungen für den Auftraggeber zu finden und den daraus resultierenden Auftrag zu vergeben. Das (...) Wettbewerbssystem ermöglicht einen aussagekräftigen Vergleich unter fairen Bedingungen.» Diese rechtlichen Überlegungen sind auch heute noch gültig.

Der in Art. 48 aÖBR beibehaltene Mechanismus, der sich dennoch bewährt hatte, war in letzter Zeit Gegenstand verschiedener Kritiken, die sich in der Motion 2020-GC-14 Kolly/Brodard «Änderung des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen: Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs» herauskristallisiert haben. Die Gegner argumentierten, dass der Wortlaut von Art. 48 aÖBR unklar sei, wenn er in seinem ersten Absatz feststelle, dass die Errichtung eines Gebäudes oder eines Kunstbaus «grundsätzlich» Gegenstand eines Wettbewerbs sein müsse; dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Architekturwettbewerbs bei der Errichtung oder Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstbaus die kommunale Autonomie verletze, die insbesondere die Gemeinden bei der Wahl des zu wählenden Verfahrens haben, da diese Verpflichtung nicht in einem Gesetz im formalen Sinne zu finden ist; dass der Betrag von 5 Millionen Franken heute viel zu niedrig erscheine. Sie lehnen die derzeitige Regelung zwar als Verstoß gegen die kommunale Autonomie ab, schlagen aber vor, den obligatorischen Wettbewerb beizubehalten, allerdings nur für Bauvorhaben mit Baukosten von bis zu 40 Millionen Franken.

Bei den Diskussionen in der Arbeitsgruppe «Wettbewerbe» und in der COPIL wurde zunächst angedacht, die derzeit in Art. 48 aÖBR enthaltene Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA in zwei Punkten zu ändern. Zum einen würden nur die in Art. 4 Abs. 1 IVöB genannten öffentlichen Auftraggeber dieser Verordnung unterliegen (und nicht mehr die in den Sektoren tätigen öffentlichen Auftraggeber). Andererseits soll der Schwellenwert, ab dem die Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA verpflichtend ist, auf den Wert von Aufträgen im Staatsvertragsbereich festgelegt werden (und nicht mehr 5 oder 10 Millionen Franken).

Ersteres war Anlass zahlreicher Diskussionen innerhalb der Arbeitsgruppe «Wettbewerbe» und der COPIL. Hintergrund ist, dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA beim Bau oder bei der Renovation eines Gebäudes oder eines Kunstbaus durch den Auftraggeber von dem zu realisierenden Objekt und seiner Bestimmung abhängen soll und nicht (allein) von der Überschreitung einer finanziellen Schwelle.

Die nach einer sehr konstruktiven Debatte letztendlich verabschiedete Lösung stellt eine Neuerung dar. Sie beinhaltet die Verwendung eines neuen Instruments, der so genannten «Vorstudie», und sieht vor, dass deren Schlussfolgerungen unter den in Art. 10 Abs. 3 festgelegten Bedingungen rechtsverbindlich sind.

### Abs. 1

Abs. 1 definiert den Geltungsbereich der Vorstudie.

Diese muss unabhängig vom Wert des Projekts erstellt werden, sobald ein Auftraggeber im Sinne des revidierten Art. 4 Abs. 1 IVöB ein Projekt entwickelt, das den Bau, die Renovation oder den Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus und die Raumplanung oder den Städtebau betrifft.

Daraus folgt, dass nur Behörden und zentrale oder dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich öffentlich-rechtliche Körperschaften, des Kantons, des Bezirks und der Gemeinde im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen oder industriellen Tätigkeiten, zur Durchführung einer Vorstudie verpflichtet sind (vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöB). Art. 3 Bst. g IVöB definiert den Begriff «Behörden» und Art. 3 Bst. f definiert den Begriff «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die auch als «Körperschaften des öffentlichen Rechts» bezeichnet werden.

Von der Verpflichtung zur Durchführung einer Vorstudie sind daher ausgenommen: (1) Behörden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts, wenn sie eine gewerbliche Tätigkeit ausüben (Art. 4 Abs. 1 in fine a contrario); Unternehmen, die in den Sektoren tätig sind (kantonale Sektorauftraggeber; Art. 4 Abs. 2 IVöB); andere Behörden gemäss Abs. 4 Bst. a und geförderte Projekte nach Abs. 4 Bst. b.

Der objektive Umfang der Vorstudie ist an den Bau, die Renovation oder den Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus gebunden. Ein Gebäude ist ein Bau im Sinne von Art. 2 der Verordnung über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister (VGWR; SR 431.841). Ein Kunstbau ist eine grosse und wichtige Konstruktion, die es ermöglicht, ein Hindernis wie Strasse, Eisenbahnlinie oder Fluss zu überqueren (Brücken, Tunnel) oder eine Schutzvorrichtung gegen die Einwirkung von Erde oder Wasser (Mauern, abgedeckter Graben, Deich, Dämme).

Ausserdem muss eine Vorstudie erstellt werden, wenn der Auftraggeber plant, sein Territorium und seine städtischen Räume zu entwickeln und zu organisieren.

Die Vernehmlassungsvorlage sah vor, dass die Vorstudie ab dem erste Franken obligatorisch ist, eine Lösung, die in der Vernehmlassung als zu restriktiv beurteilt wurde. Aus diesem Grund hebt der Gesetzesentwurf diesen Schwellenwert an und verlangt eine Vorstudie nur noch, wenn die Gesamtkosten des Projekts 1 Million Franken übersteigen. Mit einer solchen Lösung können die öffentlichen Auftraggeber ihr Vergabeverfahren ohne Vorstudie frei gestalten, wenn die Projekte relativ geringe finanzielle Auswirkungen haben.

### Abs. 2

Der Zweck der Vorstudie ist in Abs. 2 definiert und dient dazu, festzustellen, ob in einem bestimmten Fall ein Wettbewerb oder ein STA erforderlich ist.

Ein öffentlicher Auftraggeber, der die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags (Architektur, Ingenieurwesen oder andere verwandte Berufsfelder) im Zusammenhang mit dem Bau, der Renovation oder dem Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich der Raumplanung und des Städtebaus in Erwägung zieht, ist immer und von Natur aus mit der Frage konfrontiert, ob er den Auftrag nach einer Ausschreibung an das günstigste Angebot vergeben kann oder ob er einen Wettbewerb (oder STA) veranstalten soll, um Lösungsvorschläge für sein Projekt zu erhalten (vgl. dazu den unten stehenden Kommentar zu Abs. 3 und zu Art. 7 Abs. 1 ÖBR-DE). Er muss sich zwischen einer Ausschreibung oder einem Wettbewerb (STA) entscheiden.

Diese Wahl zwischen einem Wettbewerb oder einem STA einerseits und einer Ausschreibung andererseits trifft der Auftraggeber in einer Phase vor jeder Form der Ausschreibung, an deren Ende er in der Lage ist, das für den jeweiligen Fall geeignete Verfahren zu wählen. Abs. 2 formalisiert diese Vorphase, indem er in das Freiburger Reglement die Notwendigkeit der Erstellung einer Vorstudie aufnimmt, deren Zweck gerade darin besteht, die Eignung der Durchführung eines Wettbewerbs oder paralleler Studienaufträge zu bestimmen, wenn der Auftraggeber ein Projekt entwickelt, das in den Anwendungsbereich von Abs. 1 fällt.

Mit anderen Worten: Die Vorstudie ist ein Prozess vorausgehender Reflexionen, der zahlreiche Überlegungen zulässt, die zu einer verfahrensmässigen Schlussfolgerung führen (siehe dazu Abs. 3).

Diese Vorstudie kann entweder von einem externen Büro oder direkt von den technischen Diensten des Auftraggebers durchgeführt werden. Entscheidet sich der Auftraggeber dafür, einen externen Auftragnehmer mit der Durchführung der Vorstudie zu beauftragen, muss er den Auftragnehmer

darauf hinweisen, dass es in der Regel nicht möglich sein wird, anschliessend ein Angebot einzureichen.

Die Bedeutung der Vorstudie hängt von der jeweiligen Situation ab. Mit der Vorstudie soll frühzeitig geklärt werden, welches Vergabeverfahren am besten geeignet ist, wenn der Auftraggeber ein Gebäude oder einen Kunstbau errichten, renovieren oder umbauen will oder wenn er Leistungen im Bereich der Raumplanung und des Städtebaus beschaffen will.

Die Erstellung einer solchen Studie ist nicht nur bei wichtigen und teuren Bauwerken gerechtfertigt, sondern auch bei Bauwerken, die auf den ersten Blick bescheidener erscheinen, sich aber in Wirklichkeit als symbolträchtig für die öffentliche Hand erweisen. Deshalb wurde der Schwellenwert auf 1 Million Franken festgelegt. Die Vorstudie muss dem Bauherrn die notwendige Grundlage für den Start eines neuen Verfahrens bieten.

Der spezifische Inhalt der Vorstudie wird gemäss der im Gesetz vorgesehenen Kompetenzübertragung näher erläutert.

### **Abs. 3**

Dieser Absatz ist entscheidend, denn er legt die beiden Bedingungen fest, unter denen ein Wettbewerb oder ein STA durchgeführt werden muss. Dies ist sinnvoll, wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt einholt und der Gesamtwert des Projekts über den internationalen Schwellenwerten liegt.

Andererseits sollte ein Wettbewerb oder ein STA nicht durchgeführt werden, wenn der Auftraggeber keine Lösungsvorschläge für das Projekt einholen will.

Auch wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt einholen will (und ein Wettbewerb oder ein STA die geeignete Verfahrensform ist), kann er auf einen Wettbewerb oder ein STA verzichten, wenn der Gesamtwert des Projekts unter den internationalen Schwellenwerten liegt.

Das Freiburger Recht verlangt daher nicht mehr die Durchführung eines Wettbewerbs für Beträge von 5 oder 10 Millionen Franken (vgl. Art. 48 Abs. 1 und 2 aÖBR), sondern verlangt nun, dass die Organisation eines Wettbewerbs oder eines STA die in diesem Absatz genannte doppelte Bedingung erfüllt. Diese Lösung ermöglicht es, den Besonderheiten des geplanten Projekts Rechnung zu tragen und gleichzeitig flexibel und anpassungsfähig zu bleiben.

#### **a. Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt sucht.**

Die erste Bedingung bezieht sich auf die Art der Leistung, die der Auftraggeber erhalten möchte.

Ein Wettbewerb oder ein STA ist ein wichtiges Verfahren, wenn der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das von ihm gewünschte Projekt einholen möchte. Dies ist nicht der Fall, wenn er nach Leistungen sucht, die er objektiv detailliert

beschreiben kann und die keine konkreten Gestaltungsaufgaben beinhalten.

Das Wettbewerbs- oder STA-Verfahren muss obligatorisch sein, wenn der Auftraggeber nicht nach einem Angebot für die Ausführung von Leistungen sucht, die er zuvor beschrieben hat, sondern nach einer Lösung, die er auswählen muss, d.h. nach einer geeigneten Antwort auf das vorgesehene Projekt. Die Notwendigkeit, mit einem Wettbewerb oder einem STA vorzugehen, ergibt sich aus der Tatsache, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Leistungen, die er zu erwerben beabsichtigt, hinreichend genau zu beschreiben, und dass er verschiedene Lösungen für das Problem, mit dem er konfrontiert ist, prüfen und bewerten muss.

Die Teilnehmer an einem Wettbewerb oder einem STA erbringen spezifische Leistungen (Pläne, Projekte, Entwürfe), die aus Lösungsvorschlägen bestehen. Sie liefern dem Auftraggeber zahlreiche Antworten, darunter konzeptionelle, strukturelle, ökologische, wirtschaftliche oder technische Antworten auf das Projekt, die nur im Prinzip Gültigkeit haben. Es obliegt ihnen, die zukünftigen Tätigkeiten des Auftraggebers (Ausführung von Arbeiten, Ausführung von Dienstleistungen) zu beschreiben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Auftraggeber eine Ausschreibung durchführen sollte, wenn er das vorteilhafteste Angebot eines Bewerbers sucht, der für die Ausführung eines klar definierten Auftrags mit klar definierten Aufgaben und Zielen geeignet ist, für Leistungen, die der Auftraggeber klar und präzise beschreiben kann und die keine spezifischen Planungsaufgaben umfassen. Der Wettbewerb oder das STA-Verfahren hingegen ist die geeignete Lösung, wenn der Auftraggeber die beste Lösung oder die beste Idee für ein bestimmtes Problem sucht. In diesem Fall kenne der Auftraggeber seine Bedürfnisse, aber nicht die Mittel, um sie am besten zu erfüllen.

#### **b. Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über den internationalen Beschaffungsschwellenwerten.**

Die zweite Bedingung betrifft die Schwelle, ab der die «prozessuale» Schlussfolgerung der Vorstudie für den Auftraggeber verbindlich ist. Art. 10 Abs. 2 begrenzt das Ergebnis der Vorstudie auf Projekte, deren Kosten über der internationalen Beschaffungsschwellenwerte liegt.

Die Beibehaltung eines Schwellenwerts ist ein Kompromiss, der den Auftraggebern, insbesondere auf kommunaler Ebene, eine gewisse Freiheit bei der Gestaltung des Verfahrens bei Unterschreitung der Schwellenwerte lässt.

Unterhalb der internationalen Schwellenwerte und unter der Voraussetzung, dass die Gesamtkosten des Projekts 1 Million Franken übersteigen, bleibt die Erstellung einer Vorstudie obligatorisch (Abs. 1), nicht aber deren Schlussfolgerungen.

Selbst wenn die Vorstudie zu dem Ergebnis kommt, dass der Auftraggeber Lösungsvorschläge sucht, steht es dem Auftraggeber daher frei, auf die Durchführung eines Wettbewerbs oder eines STA zu verzichten. Entscheidet er sich für diese Lösung, obwohl er Lösungsvorschläge für sein Projekt einholt, wird er in der Regel einen kostenpflichtigen Architekten oder Ingenieur mit einer eingehenden Untersuchung des Projekts beauftragen, um ein genaues Lastenheft zu erstellen; diese Arbeit wird gegebenenfalls direkt von den technischen Diensten des Auftraggebers ausgeführt. Diese organisieren dann die Ausschreibungen auf der Grundlage dieser Spezifikationen.

Ein solches Vergabeverfahren ist jedoch nicht zulässig, wenn der Gesamtwert des Projekts die Schwellenwerte für internationale Aufträge übersteigt (Abs. 2 Bst. b) und wenn die Vorstudie zum Schluss kommt, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die von ihm erwarteten Leistungen zu beschreiben, weil er nach einfachen Vorschlägen (Ideenwettbewerb oder STA) oder einer echten Problemlösung (Gesamtleistungswettbewerb oder STA) sucht (Abs. 3 Bst. a). In Anbetracht der Höhe der Beträge, der Bedeutung der durchzuführenden Projekte, insbesondere im Hinblick auf ihre Integration in die städtische und/oder natürliche Landschaft, und des Wunsches, optimale und qualitativ hochwertige Projekte zu erhalten, ist es in den Augen des Gesetzgebers wichtig, dass die Verordnungen unter diesen beiden Bedingungen die Anwendung von Wettbewerbs- oder STA-Verfahren vorschreiben.

### **Rechtmässigkeit und Verfassungsmässigkeit der Regelungen**

Das vorgeschlagene System respektiert die Gemeindeautonomie, die in Art. 50 Abs. 1 der Bundesverfassung wie folgt definiert ist: «Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet.» Eine Gemeinde geniesst somit den Schutz ihrer Autonomie in jenen Bereichen, die das kantonale Recht nicht abschliessend regelt, sondern ihr ganz oder teilweise einen Entscheidungsspielraum zugesteht. Das Vorhandensein und der Umfang der Gemeindeautonomie in einer Angelegenheit wird durch den Inhalt der Vorschriften des kantonalen Rechts bestimmt, die diese Angelegenheit regeln.

Mit der Ratifizierung der revidierten IVöB erklärt sich der Kanton Freiburg bereit, ein gewisses Mass an gesetzgeberischer Autonomie aufzugeben, da die interkantonale Vereinbarung viele Bereiche des öffentlichen Beschaffungsrechts regelt. Es verbleibt jedoch eine Restkompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen gem. Art. 63 Abs. 4 IVöB, zusätzliche Ausführungsbestimmungen zu erlassen, die über die im Modellgesetz enthaltenen hinausgehen. Mit der Verabschiedung des vorliegenden Reglements über Wettbewerbe und parallele Studienaufträge, insbesondere des vorliegenden Art. 10, hat der kantonale Gesetzgeber beschlossen, von dieser Kompetenz Gebrauch zu machen und diese Materie detaillierter und präziser zu regeln, damit sie im ganzen Kanton einheitlich angewendet wird.

Das vorgeschlagene System ist einfach und kann ohne besondere Schwierigkeiten umgesetzt werden. Als Entscheidungshilfe ist die Vorstudie ein kohärentes und nützliches Instrument, das die Wahl des geeigneten Verfahrens unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Projekts ermöglicht und gleichzeitig volle Transparenz gewährleistet.

Die Regelung schränkt den Anwendungsbereich von Wettbewerben oder STA nicht ein, da diese Verfahren uneingeschränkt genutzt werden können, solange sie den Bedürfnissen des Käufers entsprechen, d.h. wenn er eine Lösung für sein Projekt sucht. Schliesslich sieht es eine identische Regelung für die Kantone und Gemeinden vor.

## **3. Zuständige Behörden**

### **Art. 12 Staatsrat**

Dieser Artikel orientiert sich an Art. 6 des vom BPUK am 15. November 2019 verabschiedeten Mustergesetzes für den Beitritt zum IVöB 2019 und steht im Einklang mit den Befugnissen, die dem Staatsrat durch Art. 100 der Freiburger Verfassung übertragen wurden.

Insbesondere wird in diesem Artikel die Übertragung der Zuständigkeit für den Erlass der zusätzlichen Ausführungsbestimmungen zum IVöB sowie der Ausführungsbestimmungen zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen an den Staatsrat gesetzlich verankert.

### **Art. 13 Aufsichtsbehörde (Art. 45 und 62 IVöB)**

#### **Abs. 1**

Um die ordnungsgemässe Anwendung des Beschaffungsrechts zu fördern, ist eine Aufsichtsbehörde auf kantonaler Ebene erforderlich. Bis dahin gab es eine solche nicht. Es wird nun vorgeschlagen, dass die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige Direktion die Aufsichtsbehörde ist.

Art. 12 ÖBG-DE zielt darauf ab, die Verpflichtung der Kantone zur Einhaltung des IVöB 2019 (Art. 62 IVöB) zu konkretisieren und ihre Anwendung auf die im kantonalen Recht enthaltenen Regelungen (ÖBG-DE und VöB-DE) auszudehnen. Diese Aufsichtsaufgabe ist von der im Rahmen von Beschwerdeverfahren vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung zu unterscheiden. Die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Entscheidung, die ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines öffentlichen Auftrags getroffen hat, fällt in die ausschliessliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Die Aufsichtsbehörde darf sich nicht an dessen Stelle setzen.

In ihrer Antwort auf die Vernehmlassung hat die Oberämterkonferenz – in ihrem Bedauern darüber, dass die IVöB 2019 das Recht auf Einsprache bei den Oberämtern gegen Gemeindeentscheidungen über öffentliche Aufträge abschafft – erklärt, dass die RUBD nicht die Aufsichtsbehörde für die

Gemeinden sein kann und dass dies einen ungerechtfertigten Präzedenzfall darstellen würde. Die vorgenannte Konferenz hat daher beantragt, Art. 12 folgende Klausel hinzuzufügen: «Die Aufsicht über Gemeinden, Gemeindeverbände und andere Gemeindevertreter wird gemäss den Bestimmungen des Gesetzes über die Gemeinden vom 25. September 1980 ausgeübt», d.h. dass die Aufsicht in Gemeindeangelegenheiten von den Oberamtspersonen ausgeübt wird.

Der Staatsrat vertritt eine andere Auffassung. Er weist darauf hin, dass es nicht darum gehe, die Gemeinden als Körperschaften zu überwachen, sondern vielmehr darum, die Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe und die damit verbundenen Fragen zu überwachen, unabhängig von der Vergabestelle. Eine einzige Aufsichtsbehörde in diesem Bereich gewährleiste eine einheitliche Kontrolle und Überwachung. Eine solche Kontrolle sei vergleichbar mit der Kontrolle, die das Arbeitsamt bei der Bekämpfung der nicht angemeldeten Erwerbstätigkeit ausübt und die auch die Gemeinden betreffen kann.

In Anbetracht der obigen Ausführungen und der Tatsache, dass sich keine andere Stelle zu der in Art. 12 vorgeschlagenen Lösung geäußert hat, hält der Staatsrat an der in die Vernehmlassung gegebenen Lösung fest, d.h. er sieht vor, dass die RUBD die kantonale Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen ist, unabhängig von der Vergabestelle.

## **Abs. 2**

Die in Bst. a vorgesehene Überwachung betrifft die Anbieter und ihre Subunternehmer, aber auch die Auftraggeber. Es ist in der Tat notwendig, alle Akteure des öffentlichen Beschaffungswesens in den Bereich der Überwachung einzubeziehen, unabhängig davon, ob es sich um Auftraggeber handelt, die öffentliche Aufträge vergeben, oder um Anbieter, die Angebote einreichen, oder auch um Anbieter, die als Subunternehmer einen Teil des Auftrags ausführen. Weiter wird die kantonale Aufsichtsbehörde in Art. 12 Abs. 2 Bst. b ÖBG-DE als die für die Verhängung der Sanktionen und die Erteilung der in Art. 45 IVöB 2019 vorgesehenen Anweisungen zuständige Behörde designiert. Diese Sanktionen sind der Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen für bis zu fünf Jahren und Geldstrafen von bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises. Entsprechend dem Spielraum, den die Kantone nach Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019 haben, wird die Kompetenz zur Verhängung dieser Sanktionen ausschliesslich der kantonalen Aufsichtsbehörde zugeschrieben. Sie können daher nicht von den Auftraggebern ausgestellt werden. Diese Zentralisierung der Kompetenzen hat mehrere Vorteile: Sie ermöglicht es, den Umfang der Ausschlüsse von zukünftigen öffentlichen Aufträgen auf das gesamte Kantonsgebiet auszuweiten und nicht nur auf die Aufträge eines einzigen Auftraggebers zu beschränken. Das bedeutet, dass zukünftige Ausschlüsse von öffentlichen Aufträgen durch die kantonale Aufsichtsbehörde

auf kantonaler und kommunaler Ebene gelten und damit die Wirksamkeit dieser Sanktionen erhöht wird. Die Zentralisierung der Kompetenzen in Ausschlussfragen sorgt auch für eine gewisse Einheitlichkeit bei der Anwendung von Sanktionen gegen Anbieter und Subunternehmer auf kantonaler Ebene und für die Entwicklung einer Praxis, die die Gleichbehandlung der sanktionierten Unternehmen respektiert.

Die Auftraggeber sind jedoch nicht mittellos und behalten die Befugnis, die in Art. 44 IVöB 2019 vorgesehenen Sanktionen zu verhängen, nämlich den Ausschluss vom Verfahren und den Widerruf des Zuschlags. Sowohl die strafbaren Handlungen als auch die Art der Sanktionen, die Anbieter und ihre Subunternehmer bei Verstössen gegen die Regeln des IVöB treffen, sind in den Artikeln 44 und 45 IVöB 2019 festgelegt. Das in Art. 45 IVöB 2019 vorgesehene Sanktionssystem ermöglicht nun die direkte Bestrafung eines Subunternehmers, und nicht nur die Bestrafung des Anbieters für die Handlungen seines Subunternehmers, wie es bisher der Fall war.

Die kantonale Aufsichtsbehörde ist befugt, Verwaltungsuntersuchungen gegen Auftraggeber nach Art. 45 Abs. 4 IVöB 2019 Abs. einzuleiten, d.h. administrative Verfahren durchzuführen und verbindliche Anweisungen zu erteilen.

## **Abs. 3**

Dieser Absatz legt fest, welche Mittel der kantonalen Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen. In der Regel wird die kantonale Aufsichtsbehörde aufgrund einer Meldung tätig. Sie kann aber auch Fälle aufgreifen, die ihr auf andere Weise zur Kenntnis gelangen.

Bst. a regelt den Informationsaustausch zwischen der kantonalen Aufsichtsbehörde einerseits und den einzelnen Unternehmen, die der Aufsicht unterstellt werden können, andererseits. Die Bst. b und c legen fest, dass die Behörde auch Anhörungen im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens durchführen kann und dass sie befugt ist, die Unterstützung externer Sachverständiger anzufordern, wenn sie dies für erforderlich hält. Damit die kantonale Aufsichtsbehörde ihren Auftrag erfolgreich erfüllen kann, ist es unabdingbar, dass sie Zugang zu allen relevanten Informationen hat und selbst oder mit Unterstützung von qualifizierten Personen alle für die Ausübung ihrer Tätigkeit notwendigen Untersuchungen durchführen kann.

## **Abs. 4**

Dieser Absatz begründet eine Mitwirkungspflicht für Anbieter, Subunternehmer und Auftraggeber, wie auch für andere Organe, die für die Überwachung bestimmter Bereiche zuständig sind (Datenschutzbeauftragter, kantonales Rechnungsprüfungsamt, Rechnungshof usw.). Die kantonale Aufsichtsbehörde muss auch nach Abschluss des Verfahrens und der Auftragsvergabe auf die Mitarbeit der Hauptakteure des

öffentlichen Beschaffungswesens zählen können und insbesondere Zugang zu Informationen und Unterlagen haben, die für die Erfüllung ihrer Aufgabe nützlich sind. Diese Mitwirkungspflicht gilt für alle öffentlichen Aufträge, die der kantonalen Gesetzgebung unterliegen, unabhängig davon, welches Verfahren der Auftraggeber anwendet. Ausserdem sollte die Aufsichtsbehörde nicht an das Amts- oder Geschäftsgeheimnis gebunden werden können, wenn sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben Informationen von einem Auftraggeber, Anbieter oder Subunternehmer benötigt.

## **Art. 14** Schwarzarbeit

### **Abs. 1**

Gemäss Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA), das am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen ist, schliesst die zuständige kantonale Behörde im Falle einer Verurteilung eines Arbeitgebers wegen erheblicher oder wiederholter Nichteinhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten nach Sozialversicherungs- und Ausländerrecht den betreffenden Arbeitgeber für maximal fünf Jahre von künftigen öffentlichen Aufträgen auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene aus. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen Ausschluss von zukünftigen öffentlichen Aufträgen (und nicht nur um einen Ausschluss, der sich auf einen bestimmten Auftrag oder Auftraggeber bezieht). Er betrifft die Vergabe aller künftigen öffentlichen Aufträge, unabhängig von dem vom Auftraggeber angewandten Verfahren (freihändige Vergabe, Ausschreibung, offenes oder selektives Verfahren, Wettbewerb oder Studienauftrag) (in diesem Sinne vgl. GUERRIC RIEDI, *Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs*, in: Zufferey et al. [Hrsg.], *Marchés publics* 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz 95).

Wie der Bundesrat in seiner Botschaft zum BGSA ausführt, bezieht sich die Sanktion ausschliesslich auf künftige Angebote, ein zum Zeitpunkt der Verhängung der Sanktion bereits erteilter Auftrag verbleibt beim Anbieter (Botschaft des Bundesrates vom 16. Januar 2002, FF 2002, S. 3371 ff, S. 3420). Für bereits vergebene und noch in der Ausführung befindliche Aufträge stehen dem Auftraggeber jedoch weiterhin alle Sanktionsmittel zur Verfügung, die das Beschaffungsrecht für den Fall eines rechtswidrigen Verhaltens des Anbieters vorsieht (vgl. insbesondere die Sanktionen in Art. 44 IVöB 2019).

Gemäss Art. 77a BAMG (SGF 866.1.1) ist das Amt für den Arbeitsmarkt die zuständige Behörde, um Arbeitgeber im Sinne von Art. 13 BGSA von zukünftigen öffentlichen Aufträgen auszuschliessen. Art. 49 aÖBR sieht vor, dass schwerwiegende Verstösse gegen die Regeln des öffentlichen Auftragswesens mit einer Verwarnung, dem Widerruf des Zuschlags, einer Geldstrafe von bis zu 10% des endgültigen Angebotspreises oder dem Ausschluss von weiteren Aufträgen für fünf

Jahre geahndet werden, legt aber nicht fest, welche Behörde diese Sanktionen verhängen darf.

Diese Kompetenz des Amtes für den Arbeitsmarkt soll erhalten bleiben.

Es ist zu beachten, dass Entscheidungen zum Ausschluss von Unternehmen von zukünftigen öffentlichen Aufträgen, die von der zuständigen kantonalen Behörde getroffen werden, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mitgeteilt werden, das dann eine öffentliche Liste der Unternehmen veröffentlicht, die einer solchen Massnahme unterliegen. Alle interessierten Parteien haben somit Zugang zur Liste der Unternehmen, die von zukünftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen sind, ähnlich dem System, das für Arbeitgeber besteht, die nach dem Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG) abgestraft wurden.

Hauptkriterium für die Bemessung der zu verhängenden Strafe nach Art. 13 BGSA ist die Dauer des Verstosses gegen das Sozialversicherungs- und Ausländerrecht. Auch wenn derselbe Arbeitgeber wegen der illegalen Beschäftigung mehrerer Arbeitnehmer gleichzeitig oder nacheinander verurteilt wurde, wird die Dauer der Zuwiderhandlungen zusammengerechnet. Ebenso ist Rückfälligkeit als verschärfender Faktor für die Sanktion zu berücksichtigen, wenn der Verstoss gegen die Verpflichtungen aus Art. 13 Abs. 1 BGSA erheblich ist oder wenn der Täter mehrere aufeinanderfolgende, geringfügige Zuwiderhandlungen begangen hat. Die Tatsache, dass das zuwiderhandelnde Unternehmen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe tätig ist, ist ebenfalls als strafverschärfender Umstand zu berücksichtigen, da ein solches Unternehmen nicht geeignet ist, ein Angebot abzugeben und vielleicht bereits ein Angebot abgegeben hat, obwohl es dazu nicht geeignet war (CDAP-Urteil vom 24. Mai 2018, MPU.2018.0008, Erw. 2 und CDAP-Urteil vom 27. Januar 2016, MPU.2015.0054 Erw. 2b).

Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit macht keinen Unterschied zwischen den Begriffen Schwarzarbeit und Grauarbeit. Nach allgemeinem Verständnis beschreibt Grauarbeit die Situation, in der ein Unternehmer einen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung unter Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen anstellt. Im Rahmen der Anwendung des BGSA stellt Grauarbeit daher keine abgeschwächte Form der Schwarzarbeit dar, da die blosser Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers ohne Einhaltung der ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten ausreicht, um als Schwarzarbeit zu gelten (GUERRIC RIEDI, *op. cit.*, N 80). Nach der Rechtsprechung darf die Tatsache, dass der Arbeitgeber die Sozialbeiträge für die ohne Bewilligung beschäftigten Arbeitnehmer (Fall der Grauarbeit) abgerechnet hat, bei seiner Entlastung nicht berücksichtigt werden. Tatsächlich «erkennt Art. 13 Abs. 1 BGSA diese beiden Sanktionsgründe

an und sieht in dem häufig als ‹Grauarbeit› bezeichneten Szenario keine Milderungsgründe vor» (CDAP-Urteil vom 27. Januar 2016, MPU.2015.0054, Erw. 2b in fine und CDAP-Urteil vom 26. März 2014, MPU.2013.0025 Erw. 9b).

## **Art. 15** Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen

### **Abs. 1 bis 5**

Das Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Freiburg berät und informiert seit vielen Jahren die öffentlichen Auftraggeber des Kantons. Es wird derzeit durch die Verordnung des Staatsrats vom 11. Februar 2008 geregelt, die mehrmals aktualisiert wurde, zuletzt am 27. März 2018.

Das Kompetenzzentrum ist dem Generalsekretariat des RUBD angegliedert. In seiner derzeitigen Zusammensetzung wird es vom Generalsekretär geleitet und setzt sich zusammen aus der Delegierten für Nachhaltige Entwicklung, dem Kantonsingenieur, dem Kantonsarchitekten, dem Verantwortlichen für Rechtsfragen im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen, einem Vertreter der SAMi und einem Vertreter des SiTel. Seine Aufgaben bestehen darin, die Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen auf dem neuesten Stand zu halten, bei der Anwendung dieser Gesetzgebung zu beraten und [simap.ch](http://simap.ch) zu verwalten. Im Bereich der Überwachung des öffentlichen Beschaffungswesens kann sie Weisungen in Einzelfällen erteilen, allgemeine Richtlinien erlassen und die Bildung von Arbeitsgruppen zu verschiedenen Themen vorschlagen.

Im Laufe der Jahre haben wir mit dem Vorstand des Gemeindeverbands zusammengearbeitet (Kurse für neu gewählte Gemeindevertreter, Erarbeitung von Richtlinien für den Kanton und die Gemeinden zum Thema Mehrkosten auf öffentlichen Baustellen während der Covid-Pandemie, verschiedene Gespräche und Diskussionen) und mit Berufsverbänden und Tarifpartnern (Entwicklung von Vergabekriterien für Bauaufträge, Integration der Nachhaltigkeit in Ausschreibungen, Erarbeitung einer Richtlinie zur Anforderung eines kartenbasierten Kontrollsystems für Personal, das auf TBA- und HBA-Baustellen arbeitet).

Diese fruchtbare Zusammenarbeit hat gezeigt, dass der Austausch von Ideen und Erfahrungen zwischen Menschen, die Experten auf ihrem jeweiligen Gebiet sind, es nicht nur ermöglicht, ein Problem in seiner Gesamtheit zu behandeln, sondern auch innovative Lösungen zu finden, die für die kantonale Verwaltung, die Gemeinden und private Partner geeignet sind.

In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der zusätzlichen Aufgaben, die sich aus dem überarbeiteten IVöB in den Bereichen Ausbildung, nachhaltige Entwicklung, Prävention von Korruption und Bekämpfung der Schwarzarbeit

ergeben, sowie des Wunsches, die öffentlichen Beschaffungen mit den Fachdiensten in diesem Bereich zusammenzufassen, wird vorgeschlagen, die Zusammensetzung des Kompetenzzentrums einerseits beizubehalten, und sie andererseits auszuweiten auf eine Vertreterin oder einen Vertreter des Vorstands des Gemeindeverbandes und von Fall zu Fall, in beratender Funktion, auf Vertreterinnen und Vertreter der Sozialpartner und Berufsverbände t.

Der Vorschlag, Vertreter der FGV in das Kompetenzzentrum einzubeziehen, wurde während der Vernehmlassung sehr begrüsst, was den Wunsch der verschiedenen Gremien zeigt, gemeinsam an den Herausforderungen zu arbeiten, die sich aus dem überarbeiteten IVöB und dem neuen Gesetz ergeben.

Es wird vorgeschlagen, die Aufgaben und Zuständigkeiten dieses Zentrums sowie seine genaue Zusammensetzung durch eine Verordnung festzulegen, wobei zu berücksichtigen ist, dass viele Einrichtungen und Organisationen im Rahmen der Vernehmlassung den Wunsch geäußert haben, daran mitzuwirken. Der Grundgedanke ist jedoch nach wie vor, dass neben der Beibehaltung der derzeitigen Mitglieder, die aus der kantonalen Verwaltung stammen und aufgrund ihres Fachwissens ausgewählt wurden, die Zusammensetzung des Zentrums erweitert werden sollte, damit die wichtigsten Interessen vertreten sind, das Zentrum jedoch eine vernünftige Grösse beibehält, die es ihm ermöglicht, wie heute reaktiv zu sein.

## **Art. 16** Auftraggeber

Selbstkontrolle ist die Grundlage für die Kontrolle der öffentlichen Vergabeverfahren. In diesem System liegt die Hauptverantwortung für die Überwachung der Vergabeverfahren bei den Vergabestellen. Sie müssen sicherstellen, dass ihre Verfahren in jeder Hinsicht und in jeder Phase in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Rahmen durchgeführt werden.

### **4. Fristen und Rechtsmittel**

## **Art. 17** Verkürzung der Fristen (Art. 46 Abs. 4 IVöB)

Diese Bestimmung ist das Gegenstück zu Art. 47 Abs. 1 IVöB (seinerseits das Gegenstück zu Art. XI Abs. 4 Bst. c GPA 2012) für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, d.h. für Aufträge, die in einem offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden und deren Wert die internationalen Schwellenwerte gemäss Anhang 1 IVöB 2019 nicht erreicht, aber auch für Aufträge, die in einem Einladungsverfahren vergeben werden. Die Dringlichkeit in diesem Artikel ist geringer als die in Art. 21 Abs. 2 Bst. d IVöB 2019 vorgesehene. Sie muss nicht als extrem oder zwingend im Sinne des GPA 2012 eingestuft werden.

Diese Art der Dringlichkeit muss von Fall zu Fall beurteilt werden, und eine Interessenabwägung muss erfolgen: das Inte-

resse des Auftraggebers, den Auftrag aufgrund der besonderen Umstände schneller vergeben zu können, und das Interesse der Anbieter, die übliche Frist (20 Tage) für die Erstellung und Einreichung ihrer Angebote zu erhalten. Der Auftraggeber sollte sich nicht auf die Dringlichkeit berufen können, wenn diese das Ergebnis einer schlechten Planung seinerseits ist oder wenn die Berufung auf die Dringlichkeit anderweitig mit dem von ihm zu zeigenden guten Glauben unvereinbar ist. Um den Grundsatz der Transparenz zu wahren, sollte die Verkürzung der Frist für die Einreichung der Angebote und die Begründung dafür in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein.

## **Art. 18** Eröffnung von Verfügungen (Art. 51 IVöB)

Art. 51 Abs. 1 IVöB lässt den Kantonen die Freiheit, die Art der Eröffnung von Verfügungen zu wählen, d.h. ob Verfügungen durch individuelle Zustellung oder durch Veröffentlichung eröffnet werden sollen.

Derzeit sieht Art. 34 a aÖBR vor, dass die Auftraggeber Verfügungen entweder durch persönliche Zustellung eröffnet oder durch Veröffentlichung im Amtsblatt. Es wird vorgeschlagen, dass künftig mit Ausnahme von Ausschreibungen und Aufträgen im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB («ausserordentliches freihändiges Verfahren»), die durch Veröffentlichung eröffnet werden, der Auftraggeber seine sonstigen Verfügungen durch persönliche Zustellung eröffnet (vgl. Art. 53, Abs. 1 IVöB).

Normalerweise wird die persönliche Zustellung einer Verfügung per Einschreiben versandt, damit der Auftraggeber die Zustellung der Verfügung verfolgen kann und den genauen Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung kennt. Die Eröffnung der Verfügung ist der Beginn der Rechtsmittelfrist, sei es durch persönliche Zustellung oder durch Veröffentlichung. Wird ein Einschreiben vom Adressaten einer Verfügung nicht abgeholt und an den Absender (den Auftraggeber) als «nicht abgeholt» zurückgeschickt, gilt der 7. Tag der Aufbewahrungsfrist als Zustellung. Nach der Rechtsprechung gilt diese Zustellungsfiktion nur insofern, als der Adressat mit dem Erhalt einer solchen Verfügung rechnen kann. Diese Zustellungsfiktion gilt demnach für den Anbieter, der an einem öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt ist.

Die persönliche Zustellung einer Verfügung ist von der möglichen Verpflichtung zur Veröffentlichung der Verfügung zu unterscheiden (vgl. Art. 49 IVöB). So muss ein im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens getroffener Zuschlagsentscheid zunächst den verschiedenen Anbietern persönlich mitgeteilt werden, insbesondere um das Beschwerderecht zu eröffnen, und dann in einer zweiten Phase auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) veröffentlicht werden, um die Anforderungen der Veröffentlichung von Art. 48 IVöB zu erfüllen. Diese Veröffentlichung eröffnet keine neuen Rechtsmittel (die bereits durch individuelle Mitteilung eröffnet wurden), und ihr Inhalt muss den Anforderungen in Art. 48 Abs. 6 IVöB entsprechen.

Bei Abbruch des Verfahrens wird jeder am Verfahren beteiligte Anbieter persönlich benachrichtigt, und es erfolgt eine Eröffnung der Rechtsmittel und eine anschliessende Veröffentlichung (ohne Eröffnung neuer Rechtsmittel) auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) gemäss Art. 48 Abs. 1 IVöB.

Für den seltenen Fall, dass ein Auftraggeber ein Verfahren vor Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote abbricht, d.h. bevor die Anbieter bekannt sind, dient die Veröffentlichung des Abbruchs des Verfahrens auf der Plattform [simap.ch](https://simap.ch) ausnahmsweise als Eröffnung und eröffnet ein Rechtsmittel.

## **Art. 19** Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 IVöB)

### **Abs. 1**

Dieser Absatz erfordert keinen besonderen Kommentar. Es ist jedoch anzumerken, dass das Recht auf Berufung bei der Oberamtsperson gegen Verfügungen von Gemeinden und Gemeindeverbänden in Angelegenheiten des öffentlichen Beschaffungswesens abgeschafft wurde, da Art. 52 IVöB 2019 vorsieht, dass «gegen die Verfügungen des Auftraggebers beim kantonalen Verwaltungsgericht als einziger kantonaler Instanz Beschwerden eingereicht werden können, zumindest wenn der Auftragswert den für das Vergabeverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht».

Diese Bestimmung bietet den Kantonen keinen Handlungsspielraum. Einige Kantone, wie z.B. die Kantone Freiburg und Bern, haben immer noch die Möglichkeit, gegen kommunale Entscheidungen beim kantonalen Gericht, in diesem Fall bei der Oberamtsperson, Beschwerde einzulegen.

### **Abs. 2**

Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs muss die Beschwerde mindestens ab dem für die Ausschreibung massgebenden Vertragswert möglich sein, wobei die Kantone auch schon ab einem Franken oder je nach Verfahrensart Beschwerde einlegen können (Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019). Der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) sieht vor, dass alle Entscheidungen beim Kantonsgericht angefochten werden können, mit Ausnahme derjenigen, die im freihändigen Verfahrens getroffen werden und deren Wert unter den festgelegten Schwellenwerten liegt, d.h. der freihändigen Vergabe im Sinne von Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019, unabhängig vom Auftragswert. Sie macht damit die Verfügbarkeit von Rechtsmitteln nicht vom Wert des Auftrags, sondern von der Art des Verfahrens abhängig. Dies bedeutet, dass eine Vergabestelle, die eine Ausschreibung anstelle eines freihändigen Vergabeverfahrens im Sinne von Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019 wählt, die Regeln für die Durchführung der Ausschreibung einhalten muss und dass erfolglose Anbieter die Möglichkeit haben, ihre Vergabe anzufechten.

## **Art. 20** Übergangsbestimmungen

Dieser Artikel greift das in Art. 64 IVöB 2019 vorgesehene Regelung des Übergangsrechts auf, um eine volle Kohärenz zwischen der Interkantonalen Vereinbarung und dem neuen Gesetz zu gewährleisten.

**Zu den endgültigen Bestimmungen des ÖBG-Entwurfs sind keine besonderen Bemerkungen erforderlich.**

## **5. Konsequenzen**

### **5.1. Aufgabenteilung zwischen Kantonen und Gemeinden**

Die beiden Gesetzesentwürfe berühren die Aufgabenteilung zwischen den Kantonen und den Gemeinden nicht.

### **5.2. Auswirkungen auf das Staatspersonal**

Es wird erwartet, dass der Gesetzesentwurf einige Auswirkungen auf das Staatspersonal haben wird, insbesondere da sich aus der überarbeiteten IVöB neue Aufgaben ergeben werden, vor allem in den Bereichen Überwachung und Nachhaltigkeit. Es ist jedoch schwierig, diese Auswirkungen zum jetzigen Zeitpunkt abzuschätzen, da diese neuen Aufgaben in der künftigen Verordnung im Einzelnen geregelt werden. An diesem Punkt können die zusätzlich benötigten Ressourcen berücksichtigt werden.

### **5.3. Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit**

Die IVöB 2019 und der Gesetzesentwurf über das öffentliche Beschaffungswesen wurden auf ihre Nachhaltigkeit geprüft. Bei der Bewertung zahlreicher Kriterien kam man zum Schluss, dass die oben genannten Instrumente eine äusserst positive Wirkung auf die Nachhaltigkeit in wirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Hinsicht haben werden.

Die IVöB 2019 stellt einen bedeutenden Paradigmenwechsel dar, indem es Qualitätskriterien auf die gleiche Ebene stellt wie den Preis, aber auch, indem es die Nachhaltigkeit in die Ziele der Vereinbarung auf allen Ebenen des Prozesses einbezieht.

Die IVöB 2019 berücksichtigt qualitative Kriterien in gleicher Weise wie den Preis. Dazu gehören auch Umweltaspekte. Darüber hinaus können die gleichen Aspekte auch als Eingangskriterien und technische Spezifikationen berücksichtigt werden. Die Bestimmungen der IVöB 2019 sehen auch die Möglichkeit vor, international anerkannte Umweltlabels oder gleichwertige Labels zu verlangen. Sowohl die neue IVöB als auch der neue Gesetzesentwurf werden sich daher sehr positiv auf die Umweltbereiche auswirken.

Die Anerkennung des Labels Schweizer Holz und des SNBS als den internationalen Labels gleichwertige Labels stellt die

lokalen Produzenten auf die gleiche Stufe wie die internationalen Umweltlabel-Produzenten, was sich positiv auf die lokale Wirtschaft auswirkt.

Die Lebenszykluskosten werden im Rahmen der IVöB 2019 ein Vergabekriterium sein. Durch die Berücksichtigung der gesamten Lebenszykluskosten und somit insbesondere der Betriebskosten von Gebäuden werden ungeplante und unvorhergesehene Kosten vermieden, die bei der Nutzung der erworbenen Vermögenswerte entstehen. Letztlich führt dies zu Einsparungen.

Ausserdem werden mit dem neuen ÖBG innerhalb der kantonalen Verwaltung Beschaffungsstellen eingerichtet, um diese Einkäufe zu professionalisieren, zu rationalisieren und zu optimieren, was zu erheblichen Einsparungen und Qualitätsverbesserungen führt. Weiter schafft das Gesetz mit der Überwachung der Nachhaltigkeit und Innovation einen Mechanismus, der für Transparenz sorgt und die Grundlage für künftige Optimierungen bildet.

Die Aufnahme der Nachhaltigkeit als Beschaffungskriterium in die IVöB wird es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, Anforderungen zu stellen, die über die bereits verbindlichen Mindeststandards der Sozial- und Umweltvorschriften hinausgehen. Dazu gehören beispielsweise die Einhaltung höherer Standards für den Arbeits- und Gesundheitsschutz in der gesamten Lieferkette, Massnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie und der Beteiligung von Frauen in geschäftsführenden Organen, Massnahmen zur Gewährleistung des Zugangs zu einer hochwertigen Bildung für alle, einschliesslich der Förderung der beruflichen Grundbildung und der sozialen und beruflichen Eingliederung, sowie interne Massnahmen zur Bekämpfung von Korruption und illegalen Finanzströmen.

Die Gewichtung und Beurteilung der Qualität von Leistungen in gleichem Masse wie ihre Kosten oder sogar noch stärker verschafft lokalen Unternehmen einen Vorteil. Auch die Möglichkeit einer angemessenen Vergabe von Unteraufträgen ermöglicht es den regionalen KMU, mit den grossen Generalunternehmern wettbewerbsfähig zu bleiben.

Die Ausführungsbestimmungen der IVöB 2019 werden die Einhaltung der internationalen Arbeitsverträge sowie der geltenden Tarifverträge mit Sanktionen sicherstellen, unabhängig davon, ob dies den Anbieter oder seine Subunternehmer betrifft. Darüber hinaus ermöglicht die gesetzliche Vorschrift eines Berufsausweises oder eines gleichwertigen Ausweises auf öffentlichen Baustellen eine wirksamere Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Das Verbot der doppelten Vergabe von Unteraufträgen – ausser aus organisatorischen Gründen – stärkt den Kampf gegen die Schwarzarbeit und den Missbrauch bei der Vergabe von Unteraufträgen weiter.

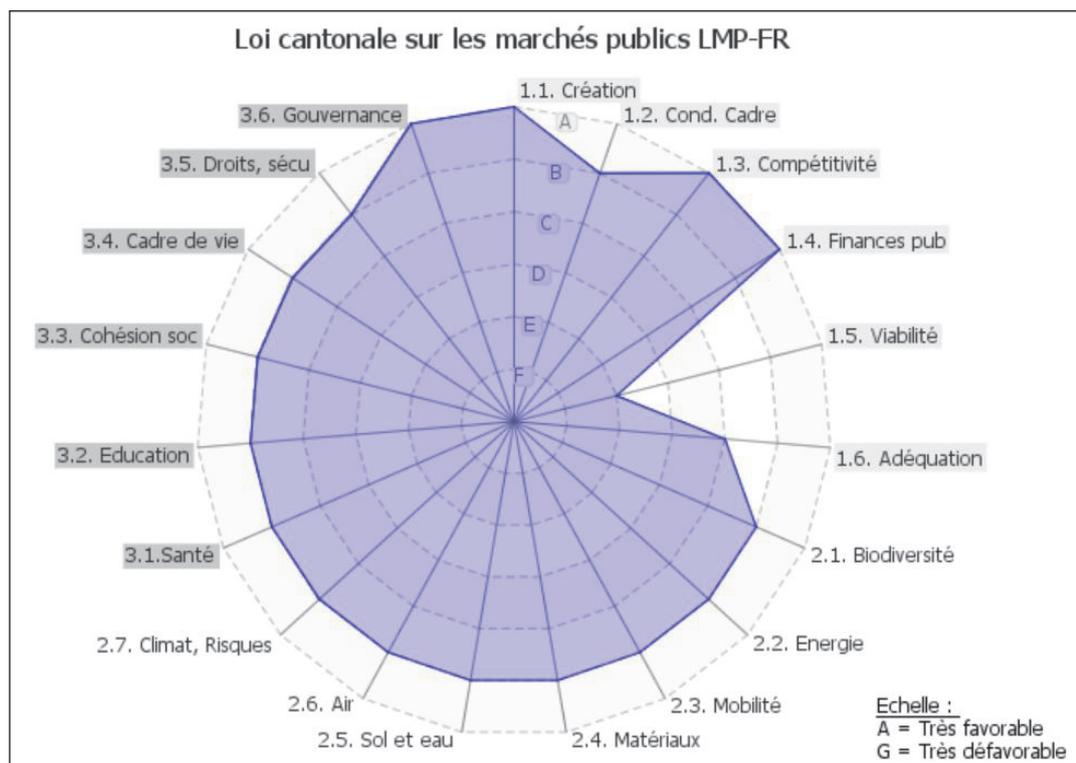
Die gesetzliche Vorschrift, dass auf den Baustellen der öffentlichen Auftraggeber ein von den gemeinsamen Einrichtungen ausgestellter Berufsausweis oder ein gleichwertiger Nachweis vorzulegen ist, gewährleistet, dass die Gesundheit und die Rechte der Arbeitnehmer gemäss den geltenden Normen geschützt werden.

Schliesslich werden in der IVöB 2019 klarere Regeln festgelegt und die Rechtsprechung integriert bzw. zusammengeführt, was die Rechtssicherheit erhöht. Die Verfahren werden

gestraft, und neue elektronische Mittel verringern den Verwaltungsaufwand sowohl für die Anbieter als auch für die Auftraggeber.

Das einzige Risiko, das auf Projektebene festgestellt wurde, besteht darin, dass nicht genügend Humanressourcen zur Verfügung stehen, um den durch die IVöB 2019 ausgelösten Paradigmenwechsel umzusetzen, insbesondere im Hinblick auf die Nachhaltigkeit (vgl. Punkt 1.5 unten, Durchführbarkeit des Projekts).

### Diagramm zur Veranschaulichung des Ergebnisses der Kompass21-Umfrage



#### Benotungsskala

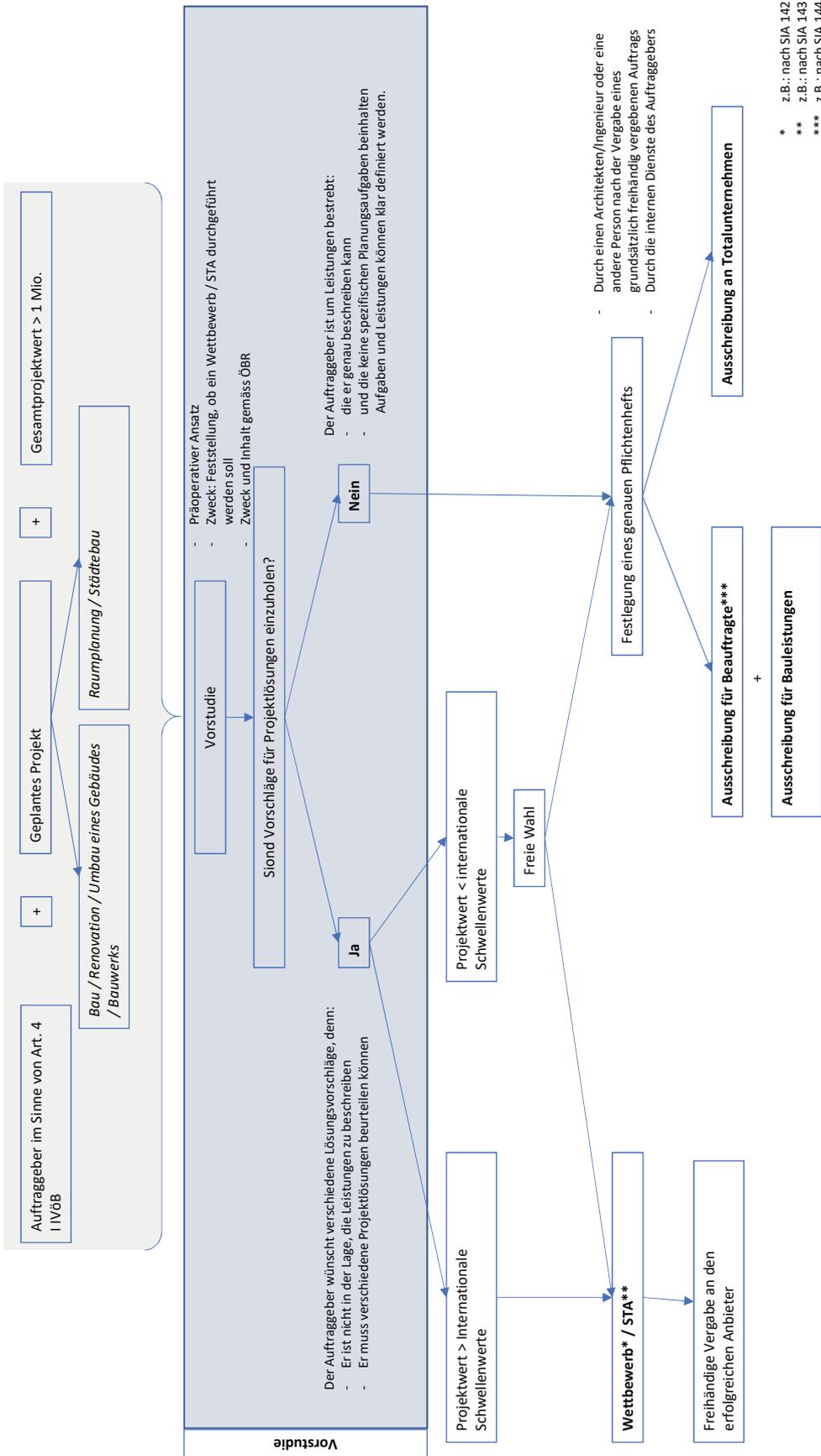
<b>A</b>	Sehr positiv
<b>B</b>	Positiv
<b>C</b>	Positiv mit Vorbehalten
<b>D</b>	Mittel
<b>E</b>	Negativ mit wenigen positiven Punkten
<b>F</b>	Negativ
<b>G</b>	Sehr negativ
<b>X</b>	Nicht betroffen

### 5.4. Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung sowie Eurokompatibilität

Beide Vorlagen stehen im Einklang mit dem Bundesrecht und der Kantonsverfassung und sind mit dem europäischen Recht vereinbar.

## 6. Anhänge

Diagramm zur Veranschaulichung des neuen Mechanismus für Wettbewerbe und parallele Studienaufträge (Art. 11).



**Loi portant adhésion à l'accord intercantonal du  
15 novembre 2019 sur les marchés publics**

du...

---

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: –  
Modifié(s): –  
Abrogé(s): –

---

*Le Grand Conseil du canton de Fribourg*

Vu le message 2021-DAEC-199/200 du Conseil d'Etat du 14 septembre 2021;  
Sur la proposition de cette autorité,

*Décrète:*

**I.**

**Art. 1**

<sup>1</sup> Le canton de Fribourg adhère à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP) dont le texte figure en annexe.

<sup>2</sup> L'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RSF 122.91.2) est dénoncé pour le jour où tous les cantons auront adhéré au nouvel AIMP. Le moment venu, le Conseil d'Etat communique cette dénonciation conformément aux dispositions de la loi sur les conventions intercantionales.

**Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen  
Vereinbarung vom 15. November 2019  
über das öffentliche Beschaffungswesen**

vom...

---

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: –  
Geändert: –  
Aufgehoben: –

---

*Der Grosse Rat des Kantons Freiburg*

nach Einsicht in die Botschaft 2021-DAEC-199/200 des Staatsrates vom  
14. September 2021;  
auf Antrag dieser Behörde,

*beschliesst:*

**I.**

**Art. 1**

<sup>1</sup> Der Kanton Freiburg tritt der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) bei; ihr Wortlaut wird im Anhang wiedergegeben.

<sup>2</sup> Die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.2) wird auf den Tag gekündigt, an dem alle Kantone der neuen IVöB beigetreten sind. Der Staatsrat teilt diese Kündigung gemäss den Bestimmungen des Gesetzes über die interkantonalen Verträge zu gegebener Zeit mit.

## **ANNEXES SOUS FORME DE DOCUMENTS SÉPARÉS**

Annexe 1: Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP)

### **II.**

*Aucune modification d'actes dans cette partie.*

### **III.**

*Aucune abrogation d'actes dans cette partie.*

### **IV.**

La présente loi est soumise au référendum législatif. Elle n'est pas soumise au référendum financier.

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

## **ANHÄNGE IN DER FORM SEPARATER DOKUMENTE**

Anhang 1: Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen

### **II.**

*Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

### **III.**

*Keine Aufhebung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

### **IV.**

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Der Staatsrat setzt das Inkrafttreten dieses Gesetzes fest.

## Loi sur les marchés publics (LCMP)

du...

---

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: **122.91.1**

Modifié(s): –

Abrogé(s): 122.91.1

---

### *Le Grand Conseil du canton de Fribourg*

Vu la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI);

Vu l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP);

Vu le message 2021-DAEC-199/200 du Conseil d'Etat du 14 septembre 2021,  
Sur la proposition de cette autorité

*Décète:*

### **I.**

#### **1 Objet et champ d'application**

**Art. 1** Objet

<sup>1</sup> La présente loi énonce:

- a) les dispositions d'application de l'AIMP;
- b) les dispositions complémentaires sur les marchés publics dans des domaines où l'AIMP n'est pas exhaustif.

## Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)

vom...

---

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: **122.91.1**

Geändert: –

Aufgehoben: 122.91.1

---

### *Der Grosse Rat des Kantons Freiburg*

gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM);

gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB);

nach Einsicht in die Botschaft 2021-DAEC-199/200 des Staatsrates vom 14. September 2021;

auf Antrag dieser Behörde,

*beschliesst:*

### **I.**

#### **1 Zweck und Geltungsbereich**

**Art. 1** Gegenstand

<sup>1</sup> Dieses Gesetz enthält:

- a) die Ausführungsbestimmungen zur IVöB;
- b) zusätzliche Beschaffungsvorschriften in Bereichen, in denen die IVöB nicht erschöpfend ist.

**Art. 2** Champ d'application (*art. 10 AIMP*)

<sup>1</sup> La Banque Cantonale de Fribourg n'est pas soumise à la législation sur les marchés publics.

**2 Principes généraux**

**Art. 3** Langue (*art. 48 AIMP*)

<sup>1</sup> Les avis d'appel d'offres des marchés publics soumis aux traités internationaux sont rédigés en français et en allemand.

<sup>2</sup> Les avis d'appel d'offres des autres marchés sont rédigés au moins dans la langue officielle du lieu d'exécution de la prestation.

<sup>3</sup> Les avis d'appel d'offres de l'Etat sont rédigés en français et en allemand.

**Art. 4** Sous-traitants (*art. 12 et 31 AIMP*)

<sup>1</sup> Le ou la soumissionnaire indique dans son offre:

- a) l'objet et la part des prestations qui seront sous-traitées;
- b) la raison sociale et le siège, respectivement le nom et le domicile, des sous-traitants et sous-traitantes.

<sup>2</sup> Tout changement de sous-traitant ou sous-traitante intervenant en cours d'exécution du marché doit être motivé et annoncé par écrit à l'adjudicateur avant l'exécution des prestations sous-traitées, pour contrôle et approbation.

<sup>3</sup> Le recours à la double sous-traitance est interdit. L'alinéa 4 est réservé.

<sup>4</sup> A titre exceptionnel, l'adjudicateur peut autoriser le recours à la double sous-traitance lorsqu'elle se justifie pour des raisons techniques, notamment dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale. Dans ces cas, seul le recours à un deuxième niveau de sous-traitance est admis.

<sup>5</sup> Le non-respect de l'une des exigences énoncées aux alinéas qui précèdent représente un motif d'exclusion du ou de la soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication.

**Art. 2** Geltungsbereich (*Art. 10 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Freiburger Kantonalbank unterliegt nicht der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen.

**2 Allgemeine Grundsätze**

**Art. 3** Sprache (*Art. 48 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Ausschreibung öffentlicher Aufträge im Staatsvertragsbereich erfolgt in französischer und deutscher Sprache.

<sup>2</sup> Die Ausschreibung sonstiger Aufträge erfolgt zumindest in der Amtssprache des Ortes, an dem die Leistung zu erbringen ist.

<sup>3</sup> Ausschreibungen des Staates erfolgen in deutscher und französischer Sprache.

**Art. 4** Subunternehmerinnen und Subunternehmer (*Art. 12 und 31 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Anbieterin oder der Anbieter muss in ihrem oder seinem Angebot angeben:

- a) den Gegenstand und den Anteil der Leistungen, die an Subunternehmerinnen und Subunternehmer vergeben werden sollen;
- b) die Firmenbezeichnung und den Sitz bzw. den Namen und den Wohnsitz der Subunternehmerinnen und Subunternehmer.

<sup>2</sup> Jeder Wechsel der Subunternehmerinnen und Subunternehmer während der Ausführung des Auftrags muss der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber vor der Ausführung der untervergebenen Leistungen schriftlich zur Prüfung und Genehmigung mitgeteilt werden.

<sup>3</sup> Die weitere Untervergabe ist nicht erlaubt. Absatz 4 bleibt vorbehalten.

<sup>4</sup> In Ausnahmefällen kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eine weitere Untervergabe genehmigen, wenn dies aus technischen Gründen gerechtfertigt ist, insbesondere bei Bauaufträgen mit einem General- oder Totalunternehmen. In diesen Fällen ist die weitere Untervergabe nur in zweiter Ebene erlaubt.

<sup>5</sup> Die Nichteinhaltung einer der in den vorstehenden Absätzen genannten Anforderungen ist Grund für den Ausschluss der Anbieterin oder des Anbieters oder für den Entzug des erteilten Auftrags.

**Art. 5** Peines conventionnelles (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour assurer le respect des obligations du ou de la soumissionnaire et de ses sous-traitants ou sous-traitantes au sens de l'article 12 AIMP, l'adjudicateur inclut en principe des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec le ou la soumissionnaire retenu-e.

**Art. 6** Respect des conditions de travail (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Les conditions de travail au sens de l'article 12 al. 1 AIMP sont celles fixées par le code suisse des obligations, les conventions collectives de travail et les contrats types de travail; à défaut, les conditions de travail usuelles de la branche professionnelle s'appliquent.

<sup>2</sup> Les conditions de travail en vigueur dans le canton sont applicables aux soumissionnaires ayant leur siège ou leur établissement en Suisse lorsque:

- a) les termes et conditions d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire sur le territoire cantonal n'ont pas d'équivalent au siège ou à l'établissement en Suisse du ou de la soumissionnaire; et que
- b) cela poursuit un intérêt public prépondérant tel que la protection contre le dumping salarial.

<sup>3</sup> L'adjudicateur consulte les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail au plus tard avant le prononcé de l'adjudication, afin de vérifier le respect desdites conventions par le ou la soumissionnaire present-i-e pour l'adjudication, ainsi que ses sous-traitants et sous-traitantes.

<sup>4</sup> Les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail et la commission tripartite cantonale contrôlent l'application des conditions de travail par le ou la soumissionnaire et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes. Ils informent l'adjudicateur, d'office ou sur demande, de l'ouverture de procédures de contrôle, de leur résultat et des éventuelles mesures prises.

**Art. 5** Konventionalstrafen (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Um die Einhaltung der Verpflichtungen der Anbieterin oder des Anbieters und ihrer oder seiner Subunternehmerinnen und Subunternehmer im Sinne von Artikel 12 IVöB zu gewährleisten, nimmt der Auftraggeber grundsätzlich Konventionalstrafen in den mit der erfolgreichen Anbieterin oder dem erfolgreichen Anbieter geschlossenen Vertrag auf.

**Art. 6** Einhaltung der Arbeitsbedingungen (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 IVöB sind diejenigen, die im Schweizerischen Obligationenrecht, in den Gesamtarbeitsverträgen und in den Normalarbeitsverträgen festgelegt sind; im Übrigen gelten die branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

<sup>2</sup> Für Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz sind die im Kanton geltenden Arbeitsbedingungen anwendbar, wenn:

- a) die Bedingungen eines im Kanton für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags am Sitz oder an der Niederlassung der Anbieterin oder des Anbieters in der Schweiz keine Entsprechung haben; und
- b) dies im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, z. B. zum Schutz vor Lohndumping.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber konsultiert spätestens vor der Vergabe die paritätischen Organe, die aufgrund von Gesamtarbeitsverträgen gebildet wurden, um sich zu vergewissern, dass die oder der für die Vergabe ausgewählte Anbieterin oder Anbieter und deren oder dessen Subunternehmerinnen und Subunternehmer diese Vereinbarungen einhalten.

<sup>4</sup> Die paritätischen Organe, die aufgrund der Gesamtarbeitsverträge gebildet wurden, und die kantonale tripartite Kommission überwachen die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die Anbieterin oder den Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer. Sie unterrichten die Auftraggeberin oder den Auftraggeber automatisch oder auf Anfrage hin über die Einleitung von Kontrollverfahren, deren Ergebnis und die getroffenen Massnahmen.

**Art. 7** Système de contrôle (*art. 12 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour les marchés de construction, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle émanant d'organes paritaires – ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système – permettant de contrôler, selon certains critères détaillés par voie d'ordonnance, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

**Art. 8** Labels et ecolabels

<sup>1</sup> L'Etat exige le respect des critères des labels environnementaux ou des ecolabels pour ses propres marchés et pour ceux auxquels il participe financièrement.

<sup>2</sup> Pour les marchés de construction en général, le Label SNBS ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

<sup>3</sup> Pour les marchés de construction en bois, le Label Bois Suisse ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

**Art. 9** Monitoring de la durabilité

<sup>1</sup> Un monitoring de la durabilité des achats des services de l'Etat et de leur caractère innovant est effectué par la Direction en charge du développement durable.

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat est informé tous les deux ans des résultats de ce monitoring et le rapport y relatif est publié.

**Art. 10** Cellules d'achat

<sup>1</sup> Dans une perspective de qualité, d'efficacité et de performance économique, le Conseil d'Etat est habilité à instaurer des cellules d'achat au cas par cas pour l'achat de biens et de services en faveur de l'Etat.

**Art. 11** Concours et mandats d'étude parallèles

<sup>1</sup> En matière de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, tout adjudicateur mentionné à l'article 4 al. 1 AIMP établit une étude préliminaire dès que la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure à 1 million de francs.

**Art. 7** Kontrollsystem (*Art. 12 IVöB*)

<sup>1</sup> Bei Bauaufträgen gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in der Ausschreibung an, dass die erfolgreiche Anbieterin oder der erfolgreiche Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer verpflichtet sind, sich mit einem Kartenkontrollsystem paritätischer Organe – oder einem gleichwertigen Nachweis – auszustatten, das es ermöglicht, das auf der Baustelle tätige Betriebspersonal nach bestimmten, in der Verordnung näher bezeichneten Kriterien zu prüfen.

**Art. 8** Labels und Umweltlabels

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

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

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

**Art. 9** Überwachung der Nachhaltigkeit

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

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

**Art. 10** Beschaffungsstellen

<sup>1</sup> Im Hinblick auf Qualität, Effizienz und Wirtschaftlichkeit ist der Staatsrat befugt, von Fall zu Fall Beschaffungsstellen für den Kauf von Waren und Dienstleistungen für den Staat einzurichten.

**Art. 11** Wettbewerbe und parallele Studienaufträge

<sup>1</sup> Bei der Errichtung, der Renovation oder dem Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich Raumplanung und Städtebau erstellt jede Auftraggeberin jeder Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 IVöB eine Vorstudie, sobald der Gesamtwert des von ihm zu übernehmenden Projekts 1 Million Franken übersteigt.

<sup>2</sup> Cette étude préliminaire, dont le contenu est détaillé par voie d'ordonnance, est destinée à déterminer si un concours ou des mandats d'étude parallèles doivent être organisés.

<sup>3</sup> L'adjudicateur est tenu d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles aux conditions cumulatives suivantes:

- a) l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;
- b) la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

### 3 Autorités compétentes

#### Art. 12 Conseil d'Etat

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est compétent pour:

- a) édicter les dispositions d'exécutions complémentaires de l'AIMP et les dispositions d'exécution de la présente loi;
- b) approuver l'adhésion du canton aux accords avec des régions frontalières et des Etats voisins prévus par l'article 6 al. 4 AIMP, lorsque ces accords sont d'importance mineure;
- c) approuver l'adhésion aux modifications de l'accord intercantonal sur les marchés publics, lorsque des modifications sont d'importance mineure.

#### Art. 13 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)

<sup>1</sup> La Direction en charge des marchés publics <sup>1)</sup> (ci-après: la Direction) est l'autorité cantonale de surveillance en matière de marchés publics. A ce titre, elle:

- a) veille au respect de l'AIMP et de la législation cantonale par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ou sous-traitantes;
- b) prononce les sanctions et édicte les instructions prévues par l'article 45 AIMP.

---

<sup>1)</sup> Actuellement: Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions.

<sup>2</sup> Diese Vorstudie, deren Inhalt auf dem Verordnungsweg festgelegt wird, soll Aufschluss darüber geben, ob ein Wettbewerb durchgeführt oder parallele Studienaufträge erteilt werden sollen.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.
- b) Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über den internationalen Beschaffungsschwellenwerten.

### 3 Zuständige Behörden

#### Art. 12 Staatsrat

<sup>1</sup> Der Staatsrat hat die folgenden Kompetenzen:

- a) Erlass der ergänzenden Durchführungsbestimmungen zum IVöB und der Durchführungsbestimmungen zu diesem Gesetz; B. Genehmigung des Beitritts des Kantons zu Vereinbarungen mit Grenzregionen und Nachbarstaaten nach Artikel 6 Absatz 4 IVöB, soweit diese Vereinbarungen von geringer Bedeutung sind;
- c) Genehmigung des Beitritts zu den Änderungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, soweit diese Änderungen von geringer Bedeutung sind.

#### Art. 13 Aufsichtsbehörde (Art. 45 und 62 IVöB)

<sup>1</sup> Die für das öffentliche Beschaffungswesen zuständige Direktion <sup>1)</sup> (die Direktion) ist die kantonale Aufsichtsbehörde für das öffentliche Beschaffungswesen. Als solche:

- a) stellt sie sicher, dass die IVöB und die kantonale Gesetzgebung von den Vertragsparteien, den Anbieterinnen und Anbietern und ihren Subunternehmerinnen und Subunternehmern eingehalten werden;
- b) spricht sie Sanktionen aus und erlässt sie die in Artikel 45 IVöB vorgesehenen Weisungen.

---

<sup>1)</sup> Heute: Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion.

<sup>2</sup> Elle agit d'office ou sur dénonciation. Elle peut notamment:

- a) accéder aux données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des adjudicateurs, des soumissionnaires et de leurs sous-traitants ou sous-traitantes toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches;
- b) procéder à des auditions;
- c) faire appel à des externes.

<sup>3</sup> Les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ou sous-traitantes sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent lui être opposés.

<sup>4</sup> La Direction exerce en outre toutes les tâches en matière de marchés publics qui ne sont pas attribuées expressément à une autre autorité.

#### **Art. 14** Travail au noir

<sup>1</sup> La Direction en charge de l'emploi <sup>2)</sup> est l'autorité compétence pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN).

#### **Art. 15** Centre de compétence en matière de marchés publics

<sup>1</sup> Il est institué un centre de compétence en matière de marchés publics, rattaché au Secrétariat général de la Direction.

<sup>2</sup> Ce centre comprend, outre des membres de l'administration cantonale choisis pour leur expertise, des personnes représentant le comité de l'Association des communes.

<sup>3</sup> Le président ou la présidente du centre de compétence peut inviter aux séances des personnes externes, notamment des personnes représentant les partenaires sociaux et/ou les associations professionnelles, si leur expertise est requise.

---

<sup>2)</sup> Actuellement: Direction de l'économie et de l'emploi.

<sup>2</sup> Sie wird von sich aus oder auf Anzeige hin tätig. Insbesondere kann sie:

- a) auf die Daten aller öffentlichen Vergabeverfahren zugreifen und von öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggebern, Anbieterinnen und Anbietern und deren Subunternehmerinnen und Subunternehmern alle Informationen anfordern, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt;
- b) Anhörungen durchführen;
- c) externe Spezialisten hinzuziehen.

<sup>3</sup> Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber, die Anbieterinnen und Anbieter und deren Subunternehmerinnen und Subunternehmer müssen mit der kantonalen Aufsichtsbehörde zusammenarbeiten. Gegenüber der kantonalen Aufsichtsbehörde können weder das Amtsgeheimnis noch Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht werden.

<sup>4</sup> Die Direktion nimmt ausserdem alle Aufgaben im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen wahr, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zugewiesen sind.

#### **Art. 14** Schwarzarbeit

<sup>1</sup> Die für die Beschäftigung zuständige Direktion <sup>2)</sup> ist die zuständige Behörde für die Erklärung des Ausschlusses von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne von Artikel 13 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (BGSA, SR 822.41).

#### **Art. 15** Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen

<sup>1</sup> Es wird ein Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen errichtet, das dem Generalsekretariat der Direktion angegliedert ist.

<sup>2</sup> Neben Mitgliedern der kantonalen Verwaltung, die aufgrund Ihres Fachwissens ausgewählt werden, gehören diesem Kompetenzzentrum insbesondere Vertreterinnen und Vertreter des Vorstandes des Gemeindeverbandes an.

<sup>3</sup> Der Vorsitz des Kompetenzzentrums kann externe Personen zu den Sitzungen einladen, insbesondere Personen, die die Sozialpartner und/oder Berufsverbände vertreten, deren Fachwissen erforderlich ist.

---

<sup>2)</sup> Heute: Volkswirtschaftsdirektion.

<sup>4</sup> Les personnes invitées ne disposent que d'une voix consultative.

<sup>5</sup> La composition détaillée du centre de compétence, de même que ses attributions sont arrêtées par voie d'ordonnance.

#### **Art. 16** Adjudicateurs

<sup>1</sup> Chaque adjudicateur procède à un autocontrôle de ses propres procédures de marchés publics.

### **4 Délais et voies de droit**

#### **Art. 17** Réduction des délais (*art. 46 al. 4 AIMP*)

<sup>1</sup> Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut, en cas d'urgence dûment établie, réduire le délai de remise des offres à 10 jours au minimum.

#### **Art. 18** Notification des décisions (*art. 51 AIMP*)

<sup>1</sup> L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires par notification individuelle, à l'exception des appels d'offres et des adjudications de gré à gré au sens de l'article 21 al. 2 AIMP, qu'il notifie par publication.

#### **Art. 19** Voies de droit (*art. 52 AIMP*)

<sup>1</sup> Les décisions prises en application de l'AIMP, de la présente loi et de sa réglementation d'exécution sont sujettes à recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative. Les dispositions dérogatoires de l'AIMP sont réservées.

<sup>2</sup> Aucune voie de recours n'est ouverte contre les décisions d'adjudication de gré à gré ordinaire (art. 21 al. 1 AIMP).

#### **Art. 20** Droit transitoire

<sup>1</sup> Les procédures lancées avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent soumises à l'ancien droit.

<sup>4</sup> Die eingeladenen Personen haben nur eine beratende Stimme.

<sup>5</sup> Die nähere Zusammensetzung des Kompetenzzentrums, seine detaillierte Ausgestaltung sowie auch seine Aufgaben werden in einer Verordnung festgelegt.

#### **Art. 16** Auftraggeberinnen und Auftraggeber

<sup>1</sup> Jede Auftraggeberin und jeder Auftraggeber führt eine Selbstkontrolle ihrer oder seiner eigenen Vergabeverfahren durch.

### **4 Fristen und Rechtsmittelbelehrung**

#### **Art. 17** Verkürzung der Fristen (*Art. 46 Abs. 4 IVöB*)

<sup>1</sup> Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in nachgewiesenen dringenden Fällen die Frist für die Einreichung der Angebote auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

#### **Art. 18** Eröffnung von Verfügungen (*Art. 51 IVöB*)

<sup>1</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch individuelle Zustellung an die Anbieterinnen und Anbieter. Davon ausgenommen sind Ausschreibungen und Aufträge im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB, die sie oder er durch Veröffentlichung bekannt gibt.

#### **Art. 19** Rechtsmittelbelehrung (*Art. 52 IVöB*)

<sup>1</sup> Gegen Verfügungen in Anwendung der IVöB, dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen kann gemäss Zivilprozessordnung und Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege Beschwerde erhoben werden. Abweichende Bestimmungen des IVöB bleiben vorbehalten.

<sup>2</sup> Entscheidungen zur ordentlichen freihändigen Vergabe sind nicht anfechtbar (Art. 21 Abs. 1 IVöB).

#### **Art. 20** Übergangsbestimmungen

<sup>1</sup> Verfahren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, unterliegen weiterhin bisherigem Recht.

## **II.**

*Aucune modification d'actes dans cette partie.*

## **III.**

L'acte RSF 122.91.1 (Loi sur les marchés publics, du 11.02.1998) est abrogé.

## **IV.**

La présente loi est soumise au référendum législatif. Elle n'est pas soumise au référendum financier.

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

## **II.**

*Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

## **III.**

Der Erlass SGF 122.91.1 (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, vom 11.02.1998) wird aufgehoben.

## **IV.**

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Der Staatsrat setzt das Inkrafttreten dieses Gesetzes fest.

## Annexe

GRAND CONSEIL

2021-DAEC-200

Projet de Loi :

Révision générale de la législation fribourgeoise en matière de marchés publics (LCMP)

*Proposition de la commission ordinaire CO-2021-025*

---

*Présidence* : Wicht Jean-Daniel

*Membres* : Bürdel Daniel, Bürgisser Nicolas, Hayoz Madeleine, Jaquier Armand, Kolly Nicolas, Mauron Pierre, Pasquier Nicolas, Piller Benoît, Schär Gilberte, Schoenenweid André.

### Entrée en matière

La commission propose au Grand Conseil tacitement d'entrer en matière sur ce projet de loi.

### Propositions acceptées (projet bis)

La commission propose au Grand Conseil de modifier ce projet de loi comme suit :

#### **Art. 6 al. 4**

<sup>4</sup> Les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail et la commission tripartite cantonale contrôlent l'application des conditions de travail par le ou la soumissionnaire et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes. Ils ~~informent~~ peuvent informer l'adjudicateur, ~~d'office ou sur demande,~~ de l'ouverture de procédures de contrôle, de leur résultat et des éventuelles mesures prises. En outre, ils renseignent l'adjudicateur sur ces éléments lorsque celui-ci le demande.

**A10**

## Anhang

GROSSER RAT

2021-DAEC-200

Gesetzesentwurf:

Totalrevision der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen

*Antrag der ordentlichen Kommission OK-2021-025*

---

*Präsidium*: Wicht Jean-Daniel

*Mitglieder*: Bürdel Daniel, Bürgisser Nicolas, Hayoz Madeleine, Jaquier Armand, Kolly Nicolas, Mauron Pierre, Pasquier Nicolas, Piller Benoît, Schär Gilberte, Schoenenweid André.

### Eintreten

Die Kommission beantragt dem Grossen Rat stillschweigend, auf diesen Gesetzesentwurf einzutreten.

### Angenommene Anträge (projet bis)

Die Kommission beantragt dem Grossen Rat, diesen Gesetzesentwurf wie folgt zu ändern:

#### **Art. 6 Abs. 4**

<sup>4</sup> Die paritätischen Organe, die aufgrund der Gesamtarbeitsverträge gebildet wurden, und die kantonale tripartite Kommission überwachen die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch die Anbieterin oder den Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer. Sie ~~können unterrichten~~ die Auftraggeberin oder den Auftraggeber ~~automatisch oder auf Anfrage hin~~ über die Einleitung von Kontrollverfahren, deren Ergebnis und die getroffenen Massnahmen ~~unterrichten~~. Ausserdem informieren sie die Auftraggeberin oder den Auftraggeber über diese Sachverhalte, wenn sie oder er darum ersucht.

#### **Art. 8 al. 4 (nouveau)**

<sup>4</sup> Pour les marchés des équipements et produits informatiques, le Label Ange bleu ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

#### **Art. 11 al. 2**

<sup>2</sup> Cette étude préliminaire, dont le contenu est détaillé par voie d'ordonnance, est destinée à déterminer si un concours ou des mandats d'étude parallèles doivent être organisés. L'organisation de l'étude préliminaire relève de la seule compétence de l'adjudicateur. L'appréciation de l'adjudicateur suite à l'étude préliminaire n'est pas une décision sujette à recours. Pour le surplus, le contenu de l'étude préliminaire est détaillé par voie d'ordonnance.

#### **Art. 11 al. 3**

<sup>3</sup> L'adjudicateur est tenu d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles ~~aux conditions cumulatives suivantes~~ si l'une des conditions suivantes est remplie:

- a) l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;
- b) la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

#### **Vote final**

Par 9 voix contre 1 et 0 abstention (1 membre excusé), la commission propose au Grand Conseil d'accepter ce projet de loi tel qu'il sort de ses délibérations (projet bis).

#### **Catégorisation du débat**

La Commission propose au Bureau que l'objet soit traité par le Grand Conseil selon la catégorie I (débat libre).

#### **Art. 8 Abs. 4 (neu)**

**A4** <sup>4</sup> Für Aufträge für Informatikausrüstungen und -produkte werden dabei der Blaue Engel oder ein gleichwertiges Label anerkannt.

#### **Art. 11 Abs. 2**

**A6** <sup>2</sup> Diese Vorstudie, deren Inhalt auf dem Verordnungsweg festgelegt wird, soll Aufschluss darüber geben, ob ein Wettbewerb durchgeführt oder parallele Studienaufträge erteilt werden sollen. Für die Organisation der Vorstudie ist allein die Auftraggeberin oder der Auftraggeber zuständig. Gegen die Beurteilung dieser Frage nach der Vorstudie durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber kann keine Beschwerde geführt werden. Ausserdem wird der Inhalt der Vorstudie auf dem Verordnungsweg festgelegt.

#### **Art. 11 Abs. 3**

**A7** <sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern ~~die beiden~~ eine der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.
- b) Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über den internationalen Beschaffungsschwellenwerten.

#### **Schlussabstimmung**

Mit 9 zu 1 Stimmen bei 0 Enthaltung (1 Mitglied ist entschuldigt) beantragt die Kommission dem Grossen Rat, diesen Gesetzesentwurf in der Fassung, die aus ihren Beratungen hervorgegangen ist (Projet bis), anzunehmen.

#### **Kategorie der Behandlung**

Die Kommission beantragt dem Büro, dass dieser Gegenstand vom Grossen Rat nach der Kategorie I (freie Debatte) behandelt wird.

## Propositions refusées

Les propositions suivantes ont été rejetées par la commission :

### Amendements

#### **Art. 6 al. 2**

<sup>2</sup> Les conditions de travail ~~en vigueur applicables~~ dans le canton sont applicables aux soumissionnaires ayant leur siège ou leur établissement en Suisse lorsque celles du lieu d'exécution.

- a) ~~les termes et conditions d'une convention collective de travail déclarée de force obligatoire sur le territoire cantonal n'ont pas d'équivalent au siège ou à l'établissement en Suisse du ou de la soumissionnaire; et que~~  
b) ~~cela poursuit un intérêt public prépondérant tel que la protection contre le dumping salarial.~~

#### **Art. 7 al. 1**

<sup>1</sup> Pour les marchés de construction, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants et/ou sous-traitantes de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle émanant ~~d'organes paritaires de partenaires sociaux~~ - ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système - permettant de contrôler, selon certains critères détaillés par voie d'ordonnance, le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

#### **Art. 8 al. 1, al. 2, al. 3**

<sup>1</sup> L'Etat exige le respect des critères des labels environnementaux ou des écolabels pour ses propres marchés dans les domaines de la construction en général, des constructions en bois et des équipements informatiques, et pour ceux auxquels il participe financièrement.

<sup>2</sup> ~~Pour les marchés de construction en général, le Label SNBS ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.~~

<sup>3</sup> ~~Pour les marchés de construction en bois, le Label Bois Suisse ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.~~

## Abgelehnte Anträge

Folgende Anträge wurden von der Kommission verworfen :

### Änderungsanträge

#### **Art. 6 Abs. 2**

**A1** <sup>2</sup> ~~Für Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz sind die~~ Die im Kanton geltenden anwendbaren Arbeitsbedingungen anwendbar, wenn: entsprechen denjenigen des Ausführungsorts.

- a) ~~die Bedingungen eines im Kanton für allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags am Sitz oder an der Niederlassung der Anbieterin oder des Anbieters in der Schweiz keine Entsprechung haben; und~~  
b) ~~dies im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, z. B. zum Schutz vor Lohndumping.~~

#### **Art. 7 Abs. 1**

**A2** <sup>1</sup> Bei Bauaufträgen gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in der Ausschreibung an, dass die erfolgreiche Anbieterin oder der erfolgreiche Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer verpflichtet sind, sich mit einem Kartenkontrollsystem ~~paritätischer Organe von Sozialpartnerinnen und -partnern~~ - oder einem gleichwertigen Nachweis - auszustatten, das es ermöglicht, das auf der Baustelle tätige Betriebspersonal nach bestimmten, in der Verordnung näher bezeichneten Kriterien zu prüfen.

#### **Art. 8 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3**

**A3** <sup>1</sup> Der Staat verlangt bei seinen eigenen Aufträgen und bei Aufträgen, an denen er sich finanziell beteiligt, die Einhaltung der Kriterien von Umwelt- oder Ökolabel in den Bereichen allgemeiner Bau, Holzbau und Informatikausrüstungen.

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

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

#### Art. 11 al. 1

<sup>1</sup> En matière de construction, de rénovation ou de transformation d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art ainsi que dans le domaine de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme, tout adjudicateur mentionné à l'article 4 al. 1 AIMP établit une étude préliminaire dès que la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure à ~~1 million~~ 2 millions de francs.

#### Art. 11 al. 3, let. b

<sup>3</sup> L'adjudicateur est tenu d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles aux conditions cumulatives suivantes:

- a) l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;
- b) la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure ~~aux~~ seuils des marchés internationaux à 30 millions de francs.

#### Art. 11 al. 3, let. b

<sup>3</sup> L'adjudicateur est tenu d'organiser un concours ou des mandats d'étude parallèles aux conditions cumulatives suivantes:

- a) l'étude préliminaire aboutit à la conclusion que l'adjudicateur cherche à obtenir des propositions de solutions au projet;
- b) la valeur totale du projet qu'il est envisagé d'acquérir est supérieure ~~aux~~ seuils des marchés internationaux à 20 millions de francs.

#### Résultats des votes

Les propositions suivantes ont été mises aux voix :

#### Première lecture

La proposition initiale du Conseil d'Etat, opposée à la proposition A1, est acceptée par 4 voix contre 2 et 3 abstentions (2 membres absents).

#### Art. 11 Abs. 1

**A5** <sup>1</sup> Bei der Errichtung, der Renovation oder dem Umbau eines Gebäudes oder eines Kunstbaus sowie im Bereich Raumplanung und Städtebau erstellt jede Auftraggeberin jeder Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 IVöB eine Vorstudie, sobald der Gesamtwert des von ihm zu übernehmenden Projekts ~~1 Million~~ 2 Millionen Franken übersteigt.

#### Art. 11 Abs. 3, Bst. b

**A8** <sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.
- b) Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über ~~den internationalen Beschaffungsschwellenwerten~~ 30 Millionen Franken.

#### Art. 11 Abs. 3, Bst. b

**A9** <sup>3</sup> Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber ist zur Durchführung eines Wettbewerbs oder zur Erteilung paralleler Studienaufträge verpflichtet, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die Vorstudie kommt zum Schluss, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Lösungsvorschläge für das Projekt erhalten will.
- b) Der Gesamtwert des Projekts, das für die Beschaffung in Betracht gezogen wird, liegt über ~~den internationalen Beschaffungsschwellenwerten~~ 20 Millionen Franken.

#### Abstimmungsergebnisse

Die Kommission hat über folgende Anträge abgestimmt:

#### Erste Lesung

**CE** Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats obsiegt gegen Antrag A1 mit 4 zu  
**A1** 2 Stimmen bei 3 Enthaltungen (2 Mitglieder sind abwesend).

La proposition initiale du Conseil d'Etat, opposée à la proposition A2, est acceptée par 4 voix contre 3 et 2 abstentions (2 membres absents).	<b>CE A2</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats obsiegt gegen Antrag A2 mit 4 zu 3 Stimmen bei 2 Enthaltungen (2 Mitglieder sind abwesend).
La proposition initiale du Conseil d'Etat, opposée à la proposition A3, est acceptée par 5 voix contre 3 et 1 abstention (2 membres absents).	<b>CE A3</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats obsiegt gegen Antrag A3 mit 5 zu 3 Stimmen bei 1 Enthaltung (2 Mitglieder sind abwesend).
La proposition initiale du Conseil d'Etat et la proposition A4 obtiennent chacune 4 voix ; il y a 1 abstention (2 membres absents). Le Président tranche en faveur de la proposition initiale du Conseil d'Etat.	<b>CE A4</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats und Antrag A4 erhalten je 4 Stimmen; es gibt 1 Enthaltung (2 Mitglieder sind abwesend). Der Präsident entscheidet zugunsten des ursprünglichen Antrages des Staatsrats.
La proposition initiale du Conseil d'Etat et la proposition A5 obtiennent chacune 5 voix ; il n'y a aucune abstention (1 membre absent). Le Président tranche en faveur de la proposition initiale du Conseil d'Etat.	<b>CE A5</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats und Antrag A5 erhalten je 5 Stimmen; es gibt keine Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend). Der Präsident entscheidet zugunsten des ursprünglichen Antrages des Staatsrats.
La proposition A6, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 5 voix contre 4 et 1 abstention (1 membre absent).	<b>A6 CE</b>	Antrag A6 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 5 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).
La proposition A7, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 9 voix contre 1 et 0 abstention (1 membre absent).	<b>A7 CE</b>	Antrag A7 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 9 zu 1 Stimmen bei 0 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).
La proposition initiale du Conseil d'Etat, opposée à la proposition A8, est acceptée par 7 voix contre 2 et 1 abstention (1 membre absent).	<b>CE A8</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats obsiegt gegen Antrag A8 mit 7 zu 2 Stimmen bei 1 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).
<u>Deuxième lecture</u>		<u>Zweite Lesung</u>
La proposition initiale du Conseil d'Etat, opposée à la proposition A9, est acceptée par 6 voix contre 4 et 0 abstention (1 membre absent).	<b>CE A9</b>	Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats obsiegt gegen Antrag A9 mit 6 zu 4 Stimmen bei 0 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).
La proposition A10, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 10 voix contre 0 et 0 abstention (unanimité, 1 membre absent).	<b>A10 CE</b>	Antrag A10 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 10 zu 0 Stimmen bei 0 Enthaltung (Einstimmigkeit, 1 Mitglied ist abwesend).

La proposition initiale du Conseil d'Etat et la proposition A2 obtiennent chacune 5 voix ; il n'y a aucune abstention (1 membre absent). Le Président tranche en faveur de la proposition initiale du Conseil d'Etat.

**CE**  
**A2**

Der ursprüngliche Antrag des Staatsrats und Antrag A2 erhalten je 5 Stimmen; es gibt keine Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend). Der Präsident entscheidet zugunsten des ursprünglichen Antrages des Staatsrats.

La proposition A4, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 5 voix contre 4 et 1 abstention (1 membre absent).

**A4**  
**CE**

Antrag A4 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 5 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).

### Troisième lecture

### Dritte Lesung

La proposition A10, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 10 voix contre 0 et 0 abstention (unanimité, 1 membre absent).

**A10**  
**CE**

Antrag A10 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 10 zu 0 Stimmen bei 0 Enthaltung (Einstimmigkeit, 1 Mitglied ist abwesend).

La proposition A4, opposée à la proposition initiale du Conseil d'Etat, est acceptée par 5 voix contre 4 et 1 abstention (1 membre absent).

**A4**  
**CE**

Antrag A4 obsiegt gegen den ursprünglichen Antrag des Staatsrats mit 5 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung (1 Mitglied ist abwesend).

---

Le 23 novembre 2021

Den 23. November 2021



## Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

**Mandat** Wicht Jean-Daniel / Schneuwly André / Aebischer Susanne /  
Gobet Nadine / de Weck Antoinette / Bonny David / Grandgirard Pierre-  
André / Collaud Romain / Boschung Bruno / Wüthrich Peter

**2021-GC-97**

### **Soutien cantonal concret et déterminé au projet de couverture autoroutière dans le secteur Chamblieux–Bertigny**

#### **I. Résumé du mandat**

Par mandat déposé et développé le 25 juin 2021, les signataires demandent au Conseil d'Etat de :

- > s'engager à soutenir financièrement le projet à la hauteur de son importance pour le développement économique, urbanistique et qualitatif du centre cantonal, mais au minimum à 50 % de son coût ;
- > de veiller à ce que les intérêts de la population de tout le canton soient défendus dans toutes leurs dimensions, économiques, environnementales et sociales pour que le secteur Chamblieux–Bertigny devienne un pôle d'attractivité pour tout le canton.

Les mandats d'études parallèles menés en 2019 et 2020 montrent que la couverture autoroutière permettrait le développement d'une zone d'activités mixte, le développement d'un pôle de santé pour le canton ainsi que la densification et la requalification de zones très conséquentes sur le territoire des communes de Givisiez, Granges-Paccot, Villars-sur-Glâne et Fribourg. Ces projets contribueraient au développement économique du centre cantonal et par conséquent du canton dans son ensemble.

Les signataires craignent néanmoins que, sans un soutien concret de l'Etat en faveur de la couverture autoroutière, le canton et les communes ne réussissent pas à réaliser ce projet d'avenir pour le centre cantonal. Or, il importe, selon eux, que le canton reconnaisse le potentiel de ce projet de couverture autoroutière à sa juste valeur et pas seulement au titre d'avance sur le financement des études tel que formulé dans le message accompagnant le Décret 2018-DAEC-187.

Les signataires proposent au Conseil d'Etat de prévoir le financement de la moitié des coûts de construction de la couverture autoroutière mais au maximum 75 millions de francs afin que ce nouveau secteur fasse office de vitrine du dynamisme du canton en matière d'urbanisation durable.

#### **II. Réponse du Conseil d'Etat**

##### **1. Contexte général du projet Chamblieux–Bertigny**

Le Conseil d'Etat partage l'appréciation des signataires quant à l'avancée du projet Chamblieux–Bertigny dont le plein potentiel urbanistique pourra se déployer grâce à la réalisation d'une couverture autoroutière.

En 2019 et 2020, sept équipes pluridisciplinaires, de Suisse et d'Europe, ont participé aux mandats d'études parallèles (MEP). Les propositions finales, d'une grande richesse, présentées par les équipes participantes, ont été évaluées par un Collège qui réunissait, en plus d'expert-e-s des différentes disciplines concernées (urbanisme, paysage, mobilité mais aussi économie, développement durable), tous les partenaires du projet, à savoir les communes concernées (Givisiez, Granges-Paccot, Ville de Fribourg, Villars-sur-Glâne) et les propriétaires institutionnels (Bourgeoisie de la Ville de Fribourg et TPF). Les orientations retenues par le Collège d'expert-e-s s'articulent en quatre grands axes thématiques (paysage, urbanisation, mobilité et mise en œuvre) déclinés ensuite en objectifs-clés et principes.

En termes d'urbanisation, le Collège d'expert-e-s a identifié l'émergence de deux pôles majeurs de développement urbain voués à se singulariser par leur rattachement à des contextes urbains distincts. Au nord, l'accent est mis sur le renforcement de quartiers mixtes en lien avec les polarités de la Chassotte et de la gare de Givisiez. Compte tenu des opportunités d'aménagement et de la surface gagnée sur l'autoroute, le rapport invite à la création d'un nouveau pôle urbain à même de reconnecter et dynamiser les quartiers de Fribourg-Jura, Givisiez et Granges-Paccot.

Au sud-ouest, il est proposé de s'appuyer sur le projet de reconstruction de l'hôpital cantonal comme moteur de la création d'un pôle santé et activités en synergie avec la zone d'activités de Moncor. Le rapport confirme en outre le bien-fondé d'une relocalisation du nouvel hôpital à proximité de l'ancien et reconnaît une implantation privilégiée à mi-pente des terrains de Bertigny dans le souci d'une juste insertion paysagère et de la nécessaire préservation du chemin de crête arboré.

En matière paysagère, la proposition de créer un grand espace vert préservant la biodiversité et liant les formations naturelles fribourgeoises typiques de la ville qui prend place entre collines et méandres de la rivière est une des propositions majeures commune à la plupart des équipes. Le rapport formule comme objectifs-clés de planification la pérennisation d'une continuité paysagère et la constitution d'un parc d'agglomération dont la vision n'a pas encore été étudiée de manière plus approfondie.

Quant à la mobilité, il conviendra de désenclaver le secteur et de l'intégrer à la planification du réseau de transports de l'agglomération.

Les MEP ont par ailleurs confirmé le bien-fondé de la couverture d'autoroute sur une longueur à affiner au travers des études à suivre intégrant les enjeux techniques de couverture mais également les enjeux paysagers, urbanistiques et environnementaux.

Dans ce sens, la décision du Conseil d'Etat du 28 juin 2021 d'adjuger les études d'avant-projet et de projet de couverture de l'autoroute au groupement multidisciplinaire d'ingénieurs SIBI constitue une nouvelle étape majeure et le véritable lancement de la planification concrète d'un des plus importants ouvrages de génie civil menés dans le canton depuis plusieurs années.

Premier jalon du développement urbain et de l'aménagement de ce territoire trans-communal, la planification de la couverture d'autoroute N12 dans le secteur Chamblieux–Bertigny peut maintenant commencer, en parallèle à l'établissement d'un accord financier entre les principaux partenaires concernés pour la deuxième phase des travaux. Selon le calendrier prévisionnel du projet, une mise à l'enquête publique pourrait avoir lieu au second semestre 2023. En l'absence de

difficultés majeures, les travaux pourraient débuter à l'hiver 2026/2027 et, dès lors, une mise en service de l'ouvrage à l'horizon 2029 est envisageable.

## **2. Intérêt cantonal**

Par sa nature même, le projet de couverture d'autoroute constitue une mesure d'amélioration de la qualité de vie des quartiers environnants, et indirectement aussi de l'ensemble de l'espace urbain du centre du canton. L'enfouissement de l'ouvrage routier va permettre de supprimer les nuisances sonores et visuelles et de réduire la pollution de l'air, inscrivant ainsi pleinement cette réalisation dans la stratégie de développement durable de l'Etat de Fribourg (ODD 3 – Bonne santé et bien-être). Il faut aussi relever que le comblement de cette césure territoriale offrira des conditions d'aménagement totalement renouvelées, en ligne avec l'ODD 11 – Villes et communautés durables de la stratégie cantonale. La réunion de zones d'affectation communales disparates est l'occasion de reconsidérer le système de mobilité globale de cette portion d'agglomération par la promotion d'une mobilité durable (cible 11.2) et de mettre en œuvre les objectifs de renforcement d'une urbanisation durable (cible 11.3), dans ses dimensions tant écologique et économique que sociale.

En outre, le volume et la durée inhabituels des travaux doivent donner lieu à des collaborations et des partenariats avec les hautes écoles portant sur des thèmes de recherche et développement tels que l'utilisation de matériaux recyclés, l'emploi de ciments performants, la promotion de procédés de construction innovants ou la gestion durable des sols et terres de chantier. Tant en phase de planification et de construction qu'au vu du potentiel de développement qu'il générera, le projet de couverture pourra révéler la vocation de ce secteur situé au cœur de l'agglomération à émerger comme pôle urbain majeur, possible moteur d'économie durable à l'échelle du Canton pour les prochaines décennies. Les retombées de ce projet en termes de dynamisme économique, scientifique et écologique bénéficieront à l'ensemble du Canton.

## **3. Financement de la couverture autoroutière**

Conformément au Décret relatif à l'ouverture d'un crédit d'engagement pour le financement des études concernant la couverture de la N12 et le développement urbain dans le secteur Chamblieux–Bertigny (ROF 2019\_034) et à la clé de répartition, les partenaires publics et institutionnels, dont le canton, ont accepté de prendre le risque d'avancer les montants pour les études. L'Etat de Fribourg s'est engagé à hauteur de 50 % si ses partenaires, à savoir les quatre communes concernées, la Bourgeoisie de la Ville de Fribourg et les TPF, en faisaient de même. Par convention du 3 mai 2019, le financement des frais d'études a été entériné.

Le Bureau exécutif du COPIL du secteur Chamblieux–Bertigny (BEX) a institué un groupe de travail (GT) qui a été chargé de se pencher sur les aspects économiques et financiers du projet et de lui faire des propositions.

### **3.1. Détermination des coûts approximatifs de la couverture**

Tout d'abord, il a été procédé à une comparaison d'autres projets de couvertures autoroutières en Suisse, à savoir les projets d'Altendorf (SZ), de l'Olma Messen (SG) et de Westside-Brünnen (BE). Le coût des travaux dans ces projets se situe aux alentours de 100 000 francs le mètre linéaire, pour les parts de projets dans lesquels aucune construction n'est réalisée sur la couverture elle-même. L'exemple de Westside-Brünnen fait ressortir un coût de construction nettement plus élevé pour la portion d'autoroute sur laquelle a été construite le centre commercial et de loisirs. Ces chiffres sont également en rapport avec les montants indiqués dans le rapport technique de l'étude préliminaire

de faisabilité réalisée en 2017 par le bureau IUB Engineering SA à Givisiez qui indique un coût de l'ordre de 144 millions de francs pour une couverture d'une longueur de 1250 m. Comme ce rapport se limite à une étude préliminaire/étude de faisabilité et le degré de précision doit être considéré à une valeur de  $\pm 30\%$  à  $\pm 50\%$ , selon les postes du budget.

L'analyse du coût de la couverture menée par le groupe de travail tient uniquement compte des principaux investissements et aménagements qui sont directement en lien ou la conséquence directe de la réalisation de la couverture autoroutière.

A la suite des MEP, le BEX a également validé que les études de la couverture devaient tenir compte d'une longueur d'environ 1100 m (soit entre 1000 m et 1250 m), mais tout en s'approchant le plus possible de la longueur maximale techniquement possible sans ventilateurs d'extraction des fumées (à savoir : 1250 m) afin de contenir les coûts. Les positions exactes d'entrée et de sortie de l'ouvrage devront encore être précisées dans le cadre des études en cours.

En regard des éléments relevés précédemment, lors de sa séance du 26 novembre 2020, le BEX a admis un montant d'investissement de l'ordre de 150 millions de francs comme base de calcul acceptée par les partenaires, soit un coût de l'ordre d'environ 120 000 francs le mètre linéaire.

Conformément à la convention passée le 22 décembre 2017 entre l'Office fédéral des routes (OFROU) et le canton, l'OFROU participera, au titre de l'assainissement contre le bruit, à hauteur de 33,07 millions de francs TTC, versé à l'achèvement des travaux.

Il en résulte les investissements suivants (en millions de francs) :

	1100 m	1250 m
Investissements bruts	132	150
Participation de l'OFROU	(33)	(33)
<b>Investissements nets à financer</b>	<b>99</b>	<b>117</b>

*Il a été tenu compte d'un coût de 120 000 francs par mètre linéaire.*

### 3.2. Analyses financières

Les premières analyses financières réalisées en juillet 2018, sur la base des informations alors disponibles, considéraient une exemption totale de la taxe cantonale sur la plus-value concernant le projet Chamblieux–Bertigny. Cette approche permettait d'envisager que le solde du financement pourrait être apporté par des fonds privés par l'augmentation de la valeur des parcelles jouxtant la couverture.

Toutefois, les derniers développements du projet et les analyses plus fines menées depuis, notamment l'utilisation de la méthode de calcul « par incidence foncière<sup>1</sup> » aboutissent à des résultats moins favorables qu'en 2018. Cela s'explique d'une part en raison du resserrement du périmètre considéré, d'autre part en raison des valeurs retenues plus défensives (indice d'utilisation du sol moins élevé, pondération plus importante des portions de terrain non-valorisables, aménagements, équipements, etc.). Par ailleurs, dans l'intervalle, un assujettissement à la taxe

---

<sup>1</sup> Prix du terrain rapporté à la surface brute de plancher

cantonale sur la plus-value est devenu au moins pour une grande partie incontournable, en particulier il semble acquis que certaines réalisations prévues dans le projet ne pourront pas bénéficier des exemptions prévues par la loi, ce qui ne permettra plus de financer la couverture autoroutière par les seuls fonds privés.

En l'état et en l'absence de disposition légale permettant de réaffecter le produit de la taxe directement à des projets d'intérêt public liés à sa perception, il semble donc impossible d'éviter un assujettissement à la taxe sur la plus-value en cas de changement d'affectation des zones et elle diminuera d'autant le montant que l'on pourrait exiger ou négocier avec les propriétaires des parcelles.

Premier constat : même en retenant les valeurs les plus hautes (indice d'utilisation du sol de 1.5 et contribution des propriétaires des parcelles bénéficiant des mesures d'aménagement de 500 fr./m<sup>2</sup> SBP), les montants obtenus par valorisation foncière ne permettent pas de financer 100 % de l'investissement, retranchée aussi la participation de l'OFROU.

Deuxième constat : si l'on cherchait à faire porter l'investissement exclusivement par les propriétaires des parcelles bénéficiant des mesures d'aménagement, il faudrait prélever environ 600 fr./m<sup>2</sup> SBP, ce qui paraît peu réaliste et difficile à attendre de leur part.

Si cette valorisation foncière des parcelles bénéficiant des mesures d'aménagement devait pouvoir être mise en place, elle permettrait théoriquement de couvrir entre 25 % et 75 % de l'investissement, selon les valeurs d'aménagement qui seront effectivement retenues.

### **3.3. Possibilités de financement**

#### **3.3.1. « Taxe Chamblieux » et assujettissement volontaire**

Sur cette base, il a été réfléchi s'il ne pouvait pas être introduit une taxe spécifique au projet, dite « taxe Chamblieux », qui assujettirait les propriétaires sis dans le périmètre du projet. Plus particulièrement de savoir si elle pouvait être imposée ou si elle devait être négociée avec les propriétaires des parcelles.

Pour que cette taxe spécifique puisse être perçue, elle devrait entrer dans un cadre juridique formel et énoncer les conditions d'assujettissement, être validée par le Grand Conseil et respecter les principes fiscaux. Le chemin paraît long et son approbation difficile à réaliser, même à moyen terme. Néanmoins, le Conseil d'Etat propose de poursuivre les réflexions sur cette piste, quand bien même cette solution pourrait reporter la mise en œuvre du mandat 2014-GC-145 « Couverture d'une portion d'autoroute pour le secteur Chamblieux–Bertigny » que lui a confié le Grand Conseil en mars 2015.

Quant à la solution d'un assujettissement volontaire et négocié regroupant tout ou partie des propriétaires des parcelles sises dans le périmètre, cette démarche semble également longue, complexe et son issue demeurera aléatoire et conditionnée aux perspectives de profit ou de rendement de ces derniers. Il sera également difficile de respecter une égalité de traitement entre les propriétaires fonciers institutionnels (communes partenaires, Bourgeoisie, TPF, etc.) et ceux qui possèdent un bien unique pas forcément dévolu à du rendement. Enfin, cette démarche devrait impérativement se faire en accord avec les autorités communales concernées, car ce sont ces dernières qui devraient modifier leur PAL pour atteindre l'objectif visé dans les conventions

négociées. Ces procédures d'aménagement seront également longues et sujettes à de complexes procédures de recours.

### 3.3.2. Plus-values foncières et participations communales

Le canton estime que les communes concernées, qui profiteront des nouvelles possibilités d'affectation et dont les habitant-e-s bénéficieront fortement de l'amélioration de leur qualité de vie, doivent prendre leurs responsabilités dans une part importante de ce financement. Il en va de même pour les autres collectivités et institutions publiques ou semi-publiques qui participent au projet d'ensemble, notamment en tant que propriétaires fonciers (privés) et qui, contrairement aux propriétaires privés, peuvent s'engager financièrement sur des temporalités dépassant les conditions usuelles pour des investissements immobiliers.

Il conviendra donc de s'assurer d'une participation appropriée des bénéficiaires de la couverture que sont les communes sur lesquelles les terrains sont situés puisque leur potentiel bâti s'en trouvera largement étendu, avec à la clé des avantages directs, en termes d'aménagement mais également financiers. Les communes concernées devront dès lors logiquement intervenir financièrement pour appuyer le financement du projet, sous une forme et dans une densité qui reste à définir.

Le Conseil d'Etat est donc d'avis que ce n'est que de manière subsidiaire que l'Etat, respectivement le canton, y trouvera aussi son compte, par un renforcement, certes relatif, du centre cantonal, avec d'éventuelles possibilités favorables en lien avec la politique sanitaire. Par conséquent, le Conseil d'Etat estime que l'engagement des deniers publics du contribuable fribourgeois ne peut pas précéder celui des autres contributeurs mentionnés plus haut.

### 3.4. Mécanismes de financement

L'analyse des autres couvertures autoroutières a permis de faire ressortir une autre piste qui pourrait s'avérer intéressante pour le projet Chamblieux–Bertigny, à savoir l'utilisation de droits de superficie (DDP) que pourraient accorder des propriétaires de parcelles à des investisseurs voulant développer des projets sur le site, mais aussi à une éventuelle structure commune pour la gestion du projet et dans laquelle tous les propriétaires pourraient être intégrés.

Ce mécanisme a par exemple été exploité à Altendorf (SZ) où un promoteur privé (la SUVA) a obtenu un DDP pour développer son projet d'habitations. Dans ce cas précis, le montant encaissé a permis de financer les coûts d'entretien et frais d'exploitation de l'ouvrage couvert, mais pas les coûts de construction, assumés quant à eux par l'OFROU, le Canton et la commune.

Dans le cadre de ses travaux, le BEX a formellement abordé les partenaires au projet concernés au titre de propriétaires fonciers pour déterminer si une entrée en matière était possible quant à la création d'une structure juridique regroupant l'ensemble des parcelles concernées (à l'exemple du CIG). Si certains se sont montrés favorables à cette option, d'autres ont répondu ne pas être opposés, mais que de plus amples informations et détails quant à la mise en œuvre d'une telle entité devaient être précisés au préalable (notamment les conditions de gouvernance, de réattribution des droits à bâtir, du maintien de l'exploitation des surfaces construites ou encore de rétractation). Les travaux du BEX se poursuivront ces prochains mois dans cette optique.

En l'état, et en l'absence d'une solution solide quant à la manière de structurer l'opération, tant la forme que l'intensité d'une potentielle intervention de l'Etat ne peuvent être définies.

#### **4. Conclusion**

Au vu de ces éléments, le Conseil d'Etat estime que son engagement doit rester subsidiaire et complémentaire aux sources de financement évoquées plus haut, à savoir les propriétaires et les communes. Le Conseil d'Etat répète sa volonté de favoriser la réalisation de cet important ouvrage. Il estime toutefois qu'à l'heure actuelle, fixer un engagement quantifié de la part de l'Etat est prématuré et serait quelque peu arbitraire. S'il est déterminant pour le projet que l'Etat appuie le financement de ce projet, il existe pour l'heure beaucoup trop d'incertitudes pour en figer d'ores et déjà les contours. Les études en cours et à venir devront permettre de mieux cerner les enjeux financiers et définir les besoins de soutien potentiels que l'Etat pourrait fournir, en coordination avec l'ensemble des acteurs concernés. En conséquence, le Conseil d'Etat recommande au Grand Conseil de rejeter ce mandat.

*12 octobre 2021*



## **Antwort des Staatsrats auf einen parlamentarischen Vorstoss**

**Auftrag** Wicht Jean-Daniel / Schneuwly André / Aebischer Susanne /  
Gobet Nadine / de Weck Antoinette / Bonny David / Grandgirard Pierre-  
André / Collaud Romain / Boschung Bruno / Wüthrich Peter

**2021-GC-97**

### **Konkrete und entschlossene kantonale Unterstützung für das Projekt der Autobahnüberdeckung im Sektor Chamblioux–Bertigny**

#### **I. Zusammenfassung des Auftrags**

Mit dem am 25. Juni 2021 eingereichten und begründeten Auftrag ersuchen die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner des Auftrags den Staatsrat:

- > sich zu verpflichten, das Projekt entsprechend seiner Bedeutung für die wirtschaftliche, städtebauliche und qualitative Entwicklung des Kantonszentrums finanziell zu unterstützen und mindestens 50 % der Kosten zu übernehmen;
- > die Berücksichtigung der Interessen der Bevölkerung des ganzen Kantons in all ihren wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Dimensionen sicherzustellen, damit der Sektor Chamblioux–Bertigny ein Anziehungspunkt für den ganzen Kanton wird.

Der Studienauftrag von 2019 und 2020 zeige, so die Begründung für das Anliegen, dass die Überdeckung der Autobahn die Entwicklung einer gemischten Arbeitszone, die Entwicklung eines kantonalen Gesundheitspols sowie die Verdichtung und Revitalisierung sehr grosser Gebiete in den Gemeinden Givisiez, Granges-Paccot, Villars-sur-Glâne und Freiburg ermöglichen würde. Diese Projekte würden zur wirtschaftlichen Entwicklung des Kantonszentrums und damit des gesamten Kantons beitragen.

Die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner befürchten jedoch, dass es dem Kanton und den Gemeinden ohne konkrete Unterstützung des Staats für die Autobahnüberdeckung nicht gelingen wird, dieses zukunftsreiche Projekt für das Kantonszentrum zu realisieren. So ist es ihrer Meinung nach entscheidend, dass der Kanton das Potenzial dieses Autobahnüberdeckungsprojekts in seinem ganzen Umfang erkennt und sich entgegen den Ausführungen in der Botschaft zum Dekret 2018-DAEC-187 nicht auf die Vorfinanzierung von Studien beschränkt.

Die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner schlagen dem Staatsrat vor, die Hälfte der Baukosten der Überdeckung bis zu einem Maximalbetrag von 75 Millionen Franken zu finanzieren, damit der neue Sektor als Schaufenster für die Dynamik des Kantons in Bezug auf eine nachhaltige Siedlungsentwicklung dienen kann.

## II. Antwort des Staatsrats

### 1. Allgemeiner Kontext des Projekts Chamblieux–Bertigny

Der Staatsrat teilt die Einschätzung der Unterzeichnerinnen und Unterzeichner über den Fortschritt und die Fortschrittlichkeit des Projekts Chamblieux–Bertigny, das mit der Schaffung einer Autobahnüberdeckung sein volles Besiedlungspotenzial wird entfalten können.

In den Jahren 2019 und 2020 nahmen sieben multidisziplinäre Teams aus der Schweiz und Europa an einem parallelen Studienauftrag teil. Die von den teilnehmenden Teams vorgelegten endgültigen Vorschläge, die sich durch eine grosse Vielfalt auszeichneten, wurden von einem Beurteilungsgremium bewertet, dem neben Fachleuten der verschiedenen betroffenen Disziplinen (Stadtplanung, Landschaft, Mobilität, aber auch Wirtschaft und nachhaltige Entwicklung) alle Projektpartner angehörten, d. h. die betroffenen Gemeinden (Givisiez, Granges-Paccot, Stadt Freiburg, Villars-sur-Glâne) und die institutionellen Eigentümer (Burgergemeinde der Stadt Freiburg und TPF). Die vom Beurteilungsgremium festgelegte Kursvorgabe ist in vier Hauptthemen (Landschaft, Siedlungsentwicklung, Mobilität und Umsetzung) unterteilt, die in Schlüsselziele und Grundsätze untergliedert wurden.

In Bezug auf die Siedlungsentwicklung hat das Beurteilungskollegium das Entstehen von zwei Hauptpolen der Stadtentwicklung bestätigt, die sich durch ihre Lage unterscheiden und mit unterschiedlichen urbanen Kontexten verbunden sind: Im Norden liegt der Schwerpunkt auf der Stärkung der gemischten Quartiere, die mit den Polen La Chassotte und Bahnhof Givisiez verbunden sind; angesichts der Entwicklungsmöglichkeiten und der durch die Autobahnüberdeckung gewonnenen Fläche fordert der Bericht die Schaffung eines neuen urbanen Pols, um die Viertel Freiburg-Jura, Givisiez und Granges-Paccot wieder miteinander zu verbinden und zu beleben.

Im Südwesten wird vorgeschlagen, das Projekt für den Ausbau des Kantonsspitals als treibende Kraft für die Schaffung eines Gesundheits- und Arbeitspols in Synergie mit der Arbeitszone von Moncor zu nutzen. Der Bericht bestätigt auch die Zweckmässigkeit einer Verlegung des neuen Spitals in die Nähe des alten Standorts und anerkennt die bevorzugte Lage auf halber Höhe des Bertigny-Geländes, dank der eine gute Integration in die Landschaft und die notwendige Erhaltung des baumbestandenen Höhenweges möglich sind.

Die thematische Achse «Landschaft» umfasst als bedeutender Vorschlag, der den meisten Teams gemeinsam ist, die Schaffung einer grossen Grünanlage, welche die biologische Vielfalt bewahrt, die für die Stadt Freiburg typischen Landschaften verbindet und zwischen den Hügeln und Flusswindungen liegt. Der Bericht formuliert als zentrale Planungsziele die Aufrechterhaltung einer landschaftlichen Kontinuität und die Schaffung eines Agglomerationsparks als Herzstück der Komposition, für den allerdings noch eingehendere Studien nötig sind.

Im Hinblick auf die Mobilität soll das Gebiet erschlossen, in die Umgebung eingebunden und in die Planung des Verkehrsnetzes der Agglomeration integriert werden.

Der Studienauftrag bestätigte zudem, dass der Bau der Autobahnüberdeckung auf einer noch näher zu bestimmenden Länge sinnvoll ist. In diesen ergänzenden Studien werden die technischen Aspekte der Überdeckung, aber auch landschaftliche, städtebauliche und ökologische Aspekte berücksichtigt werden müssen.

In diesem Sinne stellt der Entscheid des Staatsrats vom 28. Juni 2021, die Vorprojekt- und Projektstudien für die Autobahnüberdeckung an die multidisziplinäre Ingenieurgruppe SIBI zu vergeben, einen neuen wichtigen Schritt und den eigentlichen Startschuss für die konkrete Planung eines der wichtigsten Tiefbauvorhaben seit mehreren Jahren dar.

Als erster Meilenstein der Siedlungsentwicklung und Raumplanung dieses gemeindeübergreifenden Gebiets kann nun die Planung für die Überdeckung der Autobahn N12 im Sektor Chamblioux–Bertigny beginnen, parallel zur Ausarbeitung einer finanziellen Vereinbarung zwischen den wichtigsten beteiligten Partnern für die zweite Phase der Arbeiten. Laut vorläufigem Zeitplan des Projekts könnte eine öffentliche Auflage in der zweiten Hälfte des Jahres 2023 stattfinden. Wenn keine grösseren Schwierigkeiten auftreten, könnten die Arbeiten im Winter 2026/2027 beginnen, sodass das Bauwerk bis 2029 in Betrieb genommen werden könnte.

## **2. Bedeutung für den Kanton**

Das Projekt der Autobahnüberdeckung ist seinem Wesen nach eine Massnahme zur Verbesserung der Lebensqualität der umliegenden Quartiere und indirekt auch des gesamten Siedlungsgebiets des Kantonszentrums. Die Überdeckung der Nationalstrasse wird es ermöglichen, die akustischen und visuellen Belastungen zu beseitigen und die Luftverschmutzung zu verringern, wodurch sich dieses Projekt vollständig in die Strategie Nachhaltige Entwicklung des Staats Freiburg einfügt (SDG 3 – Gesundheit und Wohlergehen). Zu beachten ist auch, dass die Schliessung der Autobahnschneise, die das Gebiet zweiteilt, im Einklang mit dem SDG 11 der kantonalen Strategie (Nachhaltige Städte und Gemeinden) völlig neue Planungsbedingungen bietet. So bietet das Zusammenführen disparater kommunaler Nutzungszonen die Möglichkeit, das gesamte Mobilitätssystem dieses Teils der Agglomeration durch die Entwicklung einer nachhaltigen Mobilität (Ziel 11.2) zu überdenken und das Ziel der Stärkung der nachhaltigen Siedlungsentwicklung (Ziel 11.3) in ihrer ökologischen, wirtschaftlichen und sozialen Dimension umzusetzen.

Darüber hinaus dürften Umfang und Dauer der Arbeiten, die beide ungewöhnlich sind, Kooperationen und Partnerschaften mit Hochschulen zu Forschungs- und Entwicklungsthemen wie dem Einsatz von recycelten Materialien, der Verwendung von Hochleistungszementen, der Förderung innovativer Bauverfahren oder der nachhaltigen Bewirtschaftung von Baustellenböden und -aushub ergeben. In der Planungs- und der Bauphase wie auch in Anbetracht des Entwicklungspotenzials, welches das Überdeckungsprojekt schaffen wird, wird das Projekt die Berufung dieses Sektors im Herzen der Agglomeration, sich zu einem bedeutenden urbanen Zentrum zu entwickeln, das in den kommenden Jahrzehnten ein möglicher Motor für eine nachhaltige Wirtschaft auf Kantonsebene sein wird, offenbaren. Die wirtschaftliche, wissenschaftliche und ökologische Dynamik, die von diesem Projekt ausgehen wird, wird dem ganzen Kanton zugutekommen.

## **3. Finanzierung der Autobahnüberdeckung**

Gestützt auf das Dekret über einen Verpflichtungskredit für Studien für die Überdeckung des Autobahnabschnitts der N12 und die städtebauliche Entwicklung im Sektor Chamblioux–Bertigny (ASF 2019\_034) und den vereinbarten Verteilschlüssel haben sich die öffentlichen und institutionellen Partner, darunter auch der Kanton, bereit erklärt, das Risiko einer Bevorschussung der Studienkosten zu tragen. Der Staat Freiburg hat sich zu einer Beteiligung von 50 % verpflichtet, wenn seine Partner, d. h. die vier betroffenen Gemeinden, die Bürgergemeinde der Stadt Freiburg und die TPF, dasselbe tun. Mit der Vereinbarung vom 3. Mai 2019 wurde die Finanzierung der Studienkosten gebilligt.

Das Exekutivbüro der Projektoberleitung Chamblioux–Bertigny (BEX) hat eine Arbeitsgruppe eingesetzt, welche die wirtschaftlichen und finanziellen Aspekte des Projekts prüfen und ihm Vorschläge unterbreiten soll.

### 3.1. Ermittlung der ungefähren Kosten der Autobahnüberdeckung

Zunächst wurde ein Vergleich mit anderen Autobahnüberdeckungsprojekten in der Schweiz angestellt, nämlich Altendorf (SZ), Olma Messen (SG) und Westside-Brünnen (BE). Die Baukosten bei diesen Projekten belaufen sich auf rund 100 000 Franken pro Laufmeter, für die Teile der Projekte, bei denen keine Bauarbeiten auf dem Dach selbst durchgeführt werden. Das Beispiel Westside-Brünnen zeigt, dass die Baukosten für den Autobahnabschnitt, auf dem das Einkaufs- und Freizeitzentrum errichtet wurde, erheblich höher sind. Diese Zahlen stimmen auch mit den Beträgen überein, die im technischen Bericht der 2017 von IUB Engineering SA in Givisiez durchgeführten vorläufigen Machbarkeitsstudie angegeben sind: Der Bericht gibt Kosten in Höhe von rund 144 Millionen Franken für eine 1250 m lange Überdeckung an. Da sich dieser Bericht auf eine Vorstudie/Machbarkeitsstudie beschränkt, dürfte die Genauigkeit je nach Posten zwischen  $\pm 30\%$  und  $\pm 50\%$  betragen.

Die von der Arbeitsgruppe durchgeführte Analyse der Kosten für die Abdeckung berücksichtigt nur die wichtigsten Investitionen und Ausbauarbeiten, die in direktem Zusammenhang mit der Verwirklichung der Autobahnüberdeckung stehen bzw. die direkte Folge davon sind.

Im Anschluss an den Studienauftrag bestätigte das BEX auch, dass die Studien für die Überdeckung von einer Länge von etwa 1100 m (d. h. zwischen 1000 m und 1250 m) ausgehen sollte, jedoch so nah wie möglich an der technisch maximal möglichen Länge ohne Ventilatoren für die Absaugung von Brandgasen (d. h. 1250 m), um die Kosten zu begrenzen. Die genaue Position des Bauwerkein- und -ausgangs muss im Rahmen der laufenden Studien noch festgelegt werden.

In Anbetracht dessen hat das BEX an seiner Sitzung vom 26. November 2020 einen Investitionsbeitrag von rund 150 Millionen Franken (120 000 Franken pro Laufmeter) als Grundlage für die von den Partnern akzeptierte Berechnung festgelegt.

Gemäss der am 22. Dezember 2017 unterzeichneten Vereinbarung zwischen dem Bundesamt für Strassen (ASTRA) und dem Kanton beteiligt sich das ASTRA nach Abschluss der Arbeiten mit 33,07 Millionen Franken (inkl. MWST) an der Strassenlärmsanierung.

Daraus ergeben sich die folgenden Investitionen (in Mio. Franken):

	1100 m	1250 m
Bruttoinvestitionen	132	150
Beteiligung des ASTRA	(33)	(33)
<b>Zu finanzierende Nettoinvestitionen</b>	<b>99</b>	<b>117</b>

*Annahme: 120 000 Franken pro Laufmeter*

### 3.2. Finanzielle Analysen

Die ersten Finanzanalysen, die im Juli 2018 auf der Grundlage der damals verfügbaren Informationen durchgeführt wurden, sahen für das Projekt Chamblieux–Bertigny eine vollständige Befreiung von der kantonalen Mehrwertabgabe vor. Auf dieser Grundlage war es möglich, den Rest der Finanzierung aus privaten Mitteln durch den Wertzuwachs der an die Überdeckung angrenzenden Grundstücke vorzusehen.

Die jüngsten Entwicklungen des Projekts und die seither durchgeführten verfeinerten Analysen, wozu namentlich die Anwendung der Lageklassenmethode<sup>1</sup> gehört, führen jedoch zu weniger günstigen Ergebnissen als 2018. Dies ist zum einen auf die Verkleinerung des betrachteten Gebiets und zum anderen auf die vorsichtiger angesetzten Werte zurückzuführen (niedrigere Ausnutzungsziffer, stärkere Gewichtung der Flächen ohne Wertzuwachs, Einrichtungen, Erschliessungen usw.). Zudem ist inzwischen klar, dass ein grosser Teil des Projekts der kantonalen Mehrwertabgabe unterstellt werden muss. Insbesondere scheint Einigkeit darüber zu herrschen, dass gewisse im Projekt vorgesehene Verwirklichungen nicht unter die im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen zur Abgabepflicht fallen werden, was eine Finanzierung der Autobahnüberdeckung allein mit privaten Mitteln unmöglich macht.

In Ermangelung einer Rechtsvorschrift, die es ermöglichen würde, den Ertrag der Mehrwertabgabe direkt Projekten von öffentlichem Interesse zuzuweisen, die im Zusammenhang mit der Erhebung der Abgabe stehen, scheint es unmöglich, die Mehrwertabgabepflicht bei einer Nutzungsänderung der Flächen zu vermeiden. Der Betrag, der von den Grundstückseigentümern gefordert oder mit ihnen ausgehandelt werden kann, wird dadurch kleiner.

Erste Feststellung: Selbst wenn die optimistischsten Werte eingesetzt werden (Ausnutzungsziffer von 1.5 und ein Beitrag von 500 Fr./m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche (BGF) von den Eigentümerinnen und Eigentümern der von den Planungsmassnahmen begünstigten Grundstücke), erlauben die durch die Aufwertung der Grundstücke erhaltenen Beträge nicht die Finanzierung von 100 % der Investition nach Abzug des Beitrags des ASTRA.

Zweite Feststellung: Wenn versucht würde, die Investitionen ausschliesslich von den Eigentümerinnen und Eigentümern der von den Planungsmassnahmen begünstigten Grundstücke tragen zu lassen, wäre eine Abgabe von zirka 600 Fr./m<sup>2</sup> BGF nötig, was unrealistisch erscheint.

Das heisst, soweit der Mehrwert bei den von den Planungsmassnahmen betroffenen Grundstücken verwirklicht werden kann, könnten theoretisch zwischen 25 % und 75 % der Investitionen gedeckt werden, je nachdem, auf welche Werte man sich schliesslich stützt.

### 3.3. Finanzierungsmöglichkeiten

#### 3.3.1. «Chamblieux-Abgabe» und freiwillige Unterstellung

Aufgrund dieser Feststellungen wurde die Einführung einer projektspezifischen Abgabe, eine Chamblieux-Abgabe, diskutiert, der die Eigentümerinnen und Eigentümer im Projektperimeter unterstellt würden. Dabei wurde insbesondere abgeklärt, inwieweit sie von den Behörden verhängt

---

<sup>1</sup> Preis des Grundstücks im Verhältnis zur Bruttogeschossfläche

werden könnte oder ob sie mit den Grundstückseigentümerinnen und -eigentümern ausgehandelt werden müsste.

Für eine Erhebung dieser spezifischen Abgabe müsste sie vorgängig einschliesslich der Bedingungen für ihre Erhebung in einen formellen Rechtsrahmen aufgenommen werden und vom Grossen Rat bestätigt werden. Weiter müsste sie die fiskalrechtlichen und -technischen Grundsätze einhalten. Der Weg scheint lang und die Annahme auch mittelfristig nur schwer erreichbar. Dessen ungeachtet schlägt der Staatsrat vor, die Überlegungen in diese Richtung fortzusetzen, auch wenn diese Lösung die Umsetzung des Auftrags 2014-GC-145 «Autobahnüberdeckung im Sektor Chamblieux–Bertigny», welcher der Grosse Rat im März 2015 angenommen hat, verzögern könnte.

Was die Lösung einer freiwilligen und ausgehandelten Unterstellung für alle oder einen Teil der Eigentümerinnen und Eigentümer der innerhalb des Perimeters gelegenen Grundstücke anbelangt, so scheint auch dieser Ansatz langwierig und komplex zu sein; sein Ergebnis wird ungewiss bleiben und von den Gewinn- oder Renditeaussichten abhängen. Es wäre auch schwierig, die Gleichbehandlung zwischen institutionellen Grundbesitzern (Partnergemeinden, Bürgergemeinde, TPF usw.) und denjenigen, die ein einzelnes Grundstück besitzen, mit dem nicht unbedingt eine Rendite gesucht wird, zu gewährleisten. Schliesslich müsste dies zwingend im Einvernehmen mit den betroffenen Gemeindebehörden geschehen, da diese ihre Ortspläne ändern müssten, um das in den ausgehandelten Vereinbarungen festgelegte Ziel zu erreichen. Diese Planungsverfahren sind ebenso langwierig und unterliegen komplexen Einspruchs- und Beschwerdeverfahren.

### 3.3.2. Wertsteigerung der Grundstücke und kommunale Beiträge

Der Kanton ist der Ansicht, dass die betroffenen Gemeinden, welche die neuen Nutzungsmöglichkeiten werden ausschöpfen können und deren Einwohnerinnen und Einwohner von der verbesserten Lebensqualität stark profitieren werden, einen wesentlichen Teil der Finanzierung übernehmen müssen. Das Gleiche gilt für die anderen am Gesamtprojekt beteiligten öffentlichen oder halböffentlichen Körperschaften und Institutionen, insbesondere als (private) Grundeigentümer, die sich im Gegensatz zu Privaten finanziell auf Zeiträume festlegen können, die über die üblichen Bedingungen für Immobilieninvestitionen hinausgehen.

Es muss daher sichergestellt werden, dass die sich Begünstigten der Überdeckung, d. h. die Gemeinden, auf deren Gebiete sich die Grundstücke befinden, angemessen beteiligen; denn ihr Baupotenzial wird erheblich erweitert, was direkte Vorteile in Bezug auf die Entwicklung und die Finanzen mit sich bringt. Es ist somit nur logisch, dass die betroffenen Gemeinden die Finanzierung des Projekts in einer noch zu bestimmenden Form und Höhe unterstützen.

Nach Einschätzung des Staatsrats wird der Staat bzw. Kanton nur subsidiär profitieren, nämlich durch eine – wenn auch relative – Stärkung des Kantonszentrums, mit möglicherweise günstigen Möglichkeiten im Zusammenhang mit der Gesundheitspolitik. Der Staatsrat ist daher der Ansicht, dass der Einsatz öffentlicher Mittel auf Kosten der Freiburger Steuerzahlerinnen und -zahler nicht der Kostentragung durch die anderen oben genannten Begünstigten vorangehen kann.

### 3.4. Finanzierungsmechanismen

Die Analyse anderer Autobahnüberdeckungen hat einen weiteren Weg aufgezeigt, der sich für das Projekt Chamblieux–Bertigny als interessant erweisen könnte, nämlich die Nutzung von selbständigen und dauernden Baurechten, die von den Grundeigentümerinnen und -eigentümern an Investoren,

die auf dem Grundstück Projekte entwickeln wollen, aber auch an eine mögliche gemeinsame Struktur für die Verwaltung des Projekts, in die alle Eigentümer eingebunden sind, vergeben werden könnten.

Dieser Mechanismus wurde beispielsweise in Altendorf (SZ) angewandt, wo ein privater Bauträger (die Suva) ein solches Recht für die Entwicklung seines Wohnprojekts erhielt. In diesem Fall wurden mit dem eingenommenen Betrag die Unterhalts- und Betriebskosten des Bauwerks finanziert, nicht aber die Baukosten, die vom ASTRA, dem Kanton und der Gemeinde getragen wurden.

Im Rahmen seiner Arbeit wandte sich das BEX formell an die beteiligten Projektpartner als Grundeigentümer, um zu prüfen, ob es möglich wäre, eine rechtliche Struktur für alle betroffenen Grundstücke (nach dem Vorbild des CIG) zu schaffen. Während sich einige für diese Option aussprachen, antworteten andere, sie seien nicht grundsätzlich dagegen, doch bräuchte es zuvor weitere Informationen und es müssten Einzelheiten zur Umsetzung einer solchen Struktur geklärt werden (insbesondere die Bedingungen für die Governance, die Neuvergabe der Baurechte, die Aufrechterhaltung der Nutzung bebauter Flächen oder den Widerruf). Die Arbeit des BEX wird in den kommenden Monaten in diesem Sinne fortgesetzt.

In Ermangelung einer soliden Lösung für die Strukturierung des Geschäfts können derzeit weder Form noch Höhe einer möglichen staatlichen Intervention definiert werden.

#### **4. Schlussfolgerung**

Vor diesem Hintergrund ist der Staatsrat der Ansicht, dass seine Beteiligung subsidiär und ergänzend zu den oben genannten Finanzierungsquellen, nämlich den Eigentümerinnen und Eigentümern und den Gemeinden, bleiben sollte. Gleichzeitig bekräftigt der Staatsrat seinen Willen, die Verwirklichung dieses wichtigen Bauwerks zu fördern. Er ist jedoch der Ansicht, dass es zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht und etwas willkürlich wäre, eine bezifferte Verpflichtung seitens des Staats festzulegen; denn auch wenn es für das Projekt von entscheidender Bedeutung ist, dass der Staat die Finanzierung dieses Vorhabens unterstützt, so gibt es derzeit doch zu viele Unwägbarkeiten, um die Konturen der staatlichen Unterstützung jetzt schon zu bestimmen. Die laufenden und künftigen Studien werden es ermöglichen, die finanziellen Fragen zu klären und den potenziellen Unterstützungsbedarf zu definieren, den der Staat in Abstimmung mit allen betroffenen Akteuren leisten könnte. Der Staatsrat empfiehlt daher dem Grossen Rat, den Auftrag abzulehnen.

*12. Oktober 2021*



## Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

Motion Moënnat Pascal / Wicht Jean-Daniel

2021-GC-74

### Remplacement d'une installation de chauffage – procédure accélérée

#### I. Résumé de la motion

Par motion déposée et développée le 21 mai 2021, les motionnaires, accompagnés de dix-huit cosignataires, demandent au Conseil d'Etat d'introduire dans la législation une procédure accélérée de mise à l'enquête et de demande de subvention en cas de remplacement d'une installation de chauffage. Compte tenu des efforts consentis dans le canton pour remplacer les énergies fossiles par des énergies renouvelables, mais aussi de la nécessité pour les propriétaires de déposer les demandes de subventions en cas de substitution d'une énergie fossile avant le début des travaux, les motionnaires estiment qu'il est primordial de mettre en place une procédure plus légère et plus rapide que la procédure simplifiée (art. 85 du règlement du 1<sup>er</sup> décembre 2009 d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions ReLATEC) qui s'accompagne d'exigences formelles excessives et dure plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Une procédure accélérée permettrait par ailleurs de tenir compte du degré d'urgence qui accompagne le remplacement d'une installation de chauffage défectueuse.

#### II. Réponse du Conseil d'Etat

La stratégie énergétique, tant fédérale que cantonale, vise à la décarbonation de la production de chaleur des bâtiments d'ici à 2050. En d'autres termes, toutes les chaudières à gaz et à mazout dédiées au chauffage et/ou à l'eau chaude sanitaire devront être remplacées dans les années qui viennent par des chauffages reposant essentiellement sur des énergies renouvelables (chauffage au bois, chauffage à distance, pompes à chaleur). Dans cette perspective, le canton de Fribourg subventionne depuis quelques années déjà<sup>1</sup> le renouvellement des producteurs de chaleur fossiles (gaz/mazout) ou électriques par des systèmes de chauffage à base d'énergies renouvelables (chauffage au bois, chauffage à distance, pompes à chaleur). Il est important toutefois de relever qu'en raison du rejet de la loi sur le CO<sub>2</sub> en votation du 13 juin 2020, une grande incertitude plane sur ces subventions qui pourraient disparaître dès 2025. En complément de ces mesures d'incitation, le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le canton de Fribourg a modifié sa loi sur l'énergie (LEn, RSF 770.1) et demande désormais qu'une part minimale de 20 % d'énergie renouvelable soit mise en œuvre lors de tout renouvellement de chauffage dans les bâtiments d'habitation. Les communes ont également la possibilité d'accompagner et d'accélérer cette transition vers les énergies renouvelables en

---

<sup>1</sup> Depuis les années nonantes pour le chauffage au bois, depuis 2010 pour les pompes à chaleur et depuis 2017 pour le raccordement à un chauffage à distance.

édicte des dispositions plus contraignantes via leur règlement communal d'urbanisme et/ou en attribuant des subventions complémentaires.

Estimant que les procédures actuelles sont trop longues et fastidieuses, les motionnaires demandent une modification législative en vue d'introduire « une véritable procédure simplifiée et accélérée de mise à l'enquête et de demande de subvention » pour le remplacement des installations de chauffage. Trois types de procédure sont envisageables pour autoriser des travaux jugés de moindre importance et soumis à l'obligation de permis en application des articles 22 al. 1 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT) et 135 LATeC :

- > la procédure simplifiée prévue pour les ouvrages listés à l'article 85 al. 1 ReLATeC, aboutissant à une décision communale après consultation des services intéressés (art. 139 al. 1 LATeC et 95 al. 1 ReLATeC) ;
- > la procédure d'annonce, utilisée dans le canton de Fribourg uniquement pour la pose d'installations solaires (en application du droit fédéral, art. 18a al. 1 LAT), tandis que d'autres cantons l'étendent à d'autres objets de moindre importance (p. ex. selon la législation vaudoise sur les constructions, des bûchers, cabanes de jardin ou serres d'une surface maximale de 8 m<sup>2</sup>, des abris pour vélos non fermés d'une surface maximale de 6 m<sup>2</sup> ou encore des travaux de terrassement ne dépassant pas la hauteur de 0,50 m et le volume de 10 m<sup>3</sup>) ;
- > une procédure d'autorisation spécifique, sans mise à l'enquête, que peut prévoir la législation spéciale pour des objets non soumis à l'obligation de permis et nécessitant simplement le dépôt d'une demande formelle auprès d'une autorité communale ou cantonale compétente.

La procédure de permis de construire est usuelle en Suisse pour le remplacement d'un chauffage. Le projet de loi sur le CO<sub>2</sub> précité prévoyait d'ailleurs un permis obligatoire pour les renouvellements d'installation (par exemple pour le renouvellement d'un brûleur d'une chaudière à mazout), un point qui n'a jamais été contesté lors des débats. Comme le relèvent les motionnaires, le changement de système de chauffage, y compris les travaux nécessaires à l'aménagement de la nouvelle installation, est soumis dans le canton de Fribourg à la procédure simplifiée (art. 85 al. 1 let. d ReLATeC). Le guide des constructions<sup>2</sup> contient toutes les indications nécessaires concernant les documents qui doivent être réunis pour la constitution du dossier, l'application FRIAC utilisée pour le traitement des demandes de permis étant également conçue pour orienter les utilisateurs afin que leur demande soit complète et permettant d'autre part une consultation simultanée des services intéressés. Dans la mesure où les demandes de permis pour le remplacement d'installations de chauffage peuvent être déposées par des personnes spécialisées dans le domaine (art. 7 ReLATeC) et qui sont donc familiarisées avec les exigences formelles à remplir pour de telles demandes, l'obligation de suivre la procédure simplifiée ne semble pas poser de problème majeur du point de vue administratif, même si des améliorations du système actuel, notamment une simplification des formulaires à remplir dans ce contexte, sont toujours envisageables.

En 2020, le Service de l'énergie (SdE) a préavisé et autorisé plus de 900 renouvellements de système de chauffage et indique qu'il n'a enregistré aucune plainte concernant des délais de traitement qui seraient trop longs. Le renouvellement d'une installation productrice de chaleur revêt une importance stratégique et devrait idéalement être mené dans le cadre d'une réflexion globale sur le bâtiment qui aboutit à des projets de transformation soumis à la procédure ordinaire de permis. Lorsque les travaux ne portent que sur le renouvellement du système de chauffage, la procédure

---

<sup>2</sup> <https://www.fr.ch/sites/default/files/2021-06/guide-des-constructions.pdf>, p. 56 ss.

simplifiée doit permettre de contrôler un certain nombre de règles issues du cadre légal, d'autant que le remplacement de l'installation peut induire des travaux d'autre nature ou des nuisances susceptibles de toucher aux domaines de compétence d'autres services et organes étatiques (Service de l'environnement, ECAB). Le SdE doit pour sa part pouvoir contrôler que la règle des 20 % d'énergie renouvelable est respectée. Dans les faits, il émet un préavis et une autorisation en général dans les 7 jours ouvrés, un délai qui ne semble ni problématique ni être un frein au renouvellement des installations.

Dans les cas d'urgence, soit lorsque les installations tombent en panne de manière inopinée au cours de l'hiver, les installateurs parent en général au plus pressé en installant dans les heures qui suivent, voire le jour qui suit, une installation provisoire en attendant de trouver la solution optimale pour le bâtiment, respectivement le propriétaire concerné. En outre, si le propriétaire choisi rapidement le système de chauffage qu'il souhaite mettre en place, son installateur peut demander à la commune, compétente en la matière, une autorisation anticipée de débiter les travaux (art. 144 LATeC et 99 ReLATeC).

S'agissant de l'octroi des subventions, le SdE indique que de 2017 à 2020, il a émis en moyenne 500 promesses de subvention par année pour des renouvellements de systèmes de chauffage et a toujours trouvé des solutions pour les situations d'urgence, rares au demeurant, tout en respectant le cadre légal existant. Le dépôt d'une demande de subvention fait l'objet d'une réflexion en amont, souvent en collaboration avec un expert CECB<sup>3</sup>, et peut être déposée avant ou après l'obtention du permis de construire. La demande doit être réalisée avant le début des travaux et comporter un certain nombre de pièces qui permettent de démontrer que les conditions d'octroi sont remplies. Ces conditions sont harmonisées au niveau national et leur respect est une condition sine qua non pour que le canton puisse recevoir les contributions globales<sup>4</sup> de la Confédération et, in fine, octroyer une subvention au propriétaire. Selon le SdE, le délai moyen de traitement entre le dépôt de la demande et l'envoi de la promesse de subvention est de 10 jours, si les conditions d'octroi sont respectées.

En vertu de l'article 24 al. 1 de la loi sur les subventions (LSub, RSF 616.1), aucune subvention ne peut être octroyée pour des travaux en cours et a fortiori déjà terminés. Le SdE peut toutefois autoriser le début des travaux s'il n'est pas possible pour le propriétaire d'attendre le résultat de l'examen du dossier (qui aura été déposé au préalable) sans graves inconvénients (al. 2), les dispositions liées au permis de construire restant réservées. Cette autorisation ne donne cependant aucun droit à la subvention. Cette manière de faire, qui garantit à la fois le respect des exigences légales et une bonne réactivité pour gérer les cas d'urgence, est appliquée avec succès par le SdE depuis plus de 10 ans.

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat estime que le processus suivi en application des dispositions légales existantes, tant pour la question de la procédure d'autorisation que pour l'octroi des subventions, permet une bonne gestion des demandes de remplacement des installations de

---

<sup>3</sup> Le CECB est un produit phare des cantons. Il correspond grosso modo à une étiquette énergétique éditée par un expert certifié. Le CECB est obligatoire pour l'obtention de certaines subventions, voire pour la vente de bâtiment. Pour plus de renseignements, se référer à [www.cecb.ch](http://www.cecb.ch).

<sup>4</sup> Pour 1 franc de subvention issu du budget cantonal, le canton touche 2 francs de la Confédération. Ce mécanisme appelé « contribution globale » est financé par le produit de la taxe CO<sub>2</sub> sur les combustibles (mazout et gaz). Pour plus de renseignements, se référer aux art. 51 et 52 de la loi fédérale sur l'énergie (LEne, RS 730.0).

chauffage. Les motionnaires considèrent que les procédures administratives actuelles sont « longues et compliquées », « fastidieuses » et qu'elles sont « de nature à décourager certains requérants » sans toutefois étayer ces critiques avec des chiffres ou des exemples concrets. S'il est exact que la procédure simplifiée peut prendre plusieurs semaines avant qu'une autorisation soit délivrée par la commune<sup>5</sup>, le SdE indique qu'il n'a enregistré aucune plainte en relation avec ses délais de traitement des demandes dans la mesure où il existe des solutions efficaces pour répondre aux cas d'urgence. Le Conseil d'Etat estime par conséquent qu'il n'y a actuellement pas d'indices probants qui justifieraient une modification ciblée de la législation afin d'introduire une procédure accélérée spécifique pour le remplacement des installations de chauffage.

Cela étant dit, et comme indiqué dans la réponse à la motion Gaillard/Bürdel portant sur l'assainissement énergétique des bâtiments, le Conseil d'Etat est conscient de la nécessité d'initier des réflexions en vue d'une simplification des procédures. Cette démarche commande toutefois une réflexion de fond sur la portée et les modalités de suivi et de contrôle des travaux par la collectivité et en particulier, par les communes, réflexion qui est également liée à la possibilité d'assouplir et d'accélérer la procédure d'autorisation pour les ouvrages et travaux de moindre importance, y compris les assainissements énergétiques. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat s'est engagé à présenter au Grand Conseil au cours du printemps 2022, le rapport du groupe de travail permanent Préfectures/Service des constructions et de l'aménagement qui fera un état de la situation et formulera des propositions d'adaptations législatives et/ou réglementaires tant sur la question du contrôle des travaux que sur les procédures d'autorisation des ouvrages de moindre importance.

En conclusion, le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil de rejeter la motion.

*16 novembre 2021*

---

<sup>5</sup> Des chiffres détaillés des délais de traitement seront donnés dans la prochaine réponse du Conseil d'Etat à la motion Wicht/Dafflon (2021-GC-90).



## **Antwort des Staatsrats auf einen parlamentarischen Vorstoss**

Motion Moënnat Pascal / Wicht Jean-Daniel

2021-GC-74

### **Ersatz von Heizanlagen – beschleunigtes Verfahren**

#### **I. Zusammenfassung der Motion**

Mit der am 21. Mai 2021 eingereichten und begründeten Motion fordern die Motionäre zusammen mit achtzehn Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichnern den Staatsrat auf, ein beschleunigtes Verfahren für die öffentliche Auflage und Beantragung von Beiträgen für den Ersatz einer Heizanlage in die Gesetzgebung aufzunehmen. Angesichts der Bemühungen des Kantons, fossile Brennstoffe durch erneuerbare Energien zu ersetzen, aber auch angesichts der Notwendigkeit für die Eigentümerschaft, im Falle des Ersatzes fossiler Brennstoffe schon vor Beginn der Arbeiten ein Beitragsgesuch einzureichen, sind die Motionäre nämlich der Ansicht, dass es unerlässlich ist, ein einfacheres und schnelleres Verfahren einzuführen als das vereinfachte Verfahren (Art. 85 des Ausführungsreglements vom 1. Dezember 2009 zum Raumplanungs- und Baugesetz RPBR), das mit übermässigen formellen Anforderungen verbunden ist und mehrere Wochen bis mehrere Monate dauert. Ein beschleunigtes Verfahren würde auch der Dringlichkeit Rechnung tragen, die mit dem Austausch einer defekten Heizungsanlage einhergeht.

#### **II. Antwort des Staatsrats**

Die Energiestrategie des Bundes wie auch die des Kantons zielen darauf ab, die Wärmeerzeugung in Gebäuden bis 2050 zu dekarbonisieren. Das bedeutet, dass alle Gas- und Ölheizanlagen für Heizung und/oder Warmwasser in den kommenden Jahren durch Heizsysteme ersetzt werden müssen, die hauptsächlich auf erneuerbaren Energien basieren (Holzfeuerung, Fernheizung, Wärmepumpen). Vor diesem Hintergrund fördert der Kanton Freiburg schon seit mehreren Jahren<sup>1</sup> den Ersatz von fossilen (Gas/Öl) oder elektrischen Wärmeerzeugern durch Heizsysteme mit erneuerbaren Energien (Holzfeuerung, Fernheizung, Wärmepumpen). Es ist jedoch zu beachten, dass aufgrund der Ablehnung des CO<sub>2</sub>-Gesetzes durch das Stimmvolk am 13. Juni 2020 eine grosse Unsicherheit bezüglich dieser Subventionen besteht, die ab 2025 wegfallen könnten. Zusätzlich zu diesen Anreizen hat der Kanton Freiburg am 1. Januar 2020 sein Energiegesetz (EnGe, SGF 770.1) geändert und schreibt nun vor, dass bei allen neuen Heizanlagen in Wohngebäuden mindestens 20 % erneuerbare Energie eingesetzt werden muss. Auch die Gemeinden können diesen Übergang zu erneuerbaren Energien unterstützen und beschleunigen, indem sie strengere Bestimmungen in ihren Gemeindebaureglementen erlassen und/oder zusätzliche Subventionen gewähren.

---

<sup>1</sup> Seit den 1990er-Jahren für Holzfeuerungen, seit 2010 für Wärmepumpen und seit 2017 für den Anschluss an die Fernwärme.

Die Motionäre sind der Ansicht, dass die derzeitigen Verfahren zu langwierig und mühsam sind, und fordern eine Gesetzesänderung, um ein Verfahren für die öffentliche Auflage und Beantragung von Beiträgen für den Ersatz einer Heizanlage einzuführen, das tatsächlich einfach und kurz ist. Dazu ist zu sagen, dass für die Bewilligung von Vorhaben geringfügiger Bedeutung, die gemäss den Artikeln 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG) und 135 des Raumplanungs- und Baugesetzes (RPBG) bewilligungspflichtig sind, drei Verfahrensarten in Frage kommen:

- > das vereinfachte Verfahren, das für die in Artikel 85 Abs. 1 RPBR aufgeführten Objekte vorgesehen ist und zu einer Entscheidung der Gemeinde nach Anhörung der betroffenen Dienststellen führt (Art. 139 Abs. 1 RPBG und 95 Abs. 1 RPBR);
- > das Meldeverfahren, das im Kanton Freiburg nur für die Installation von Solaranlagen zum Einsatz gelangt (in Anwendung des Bundesrechts, Art. 18a Abs. 1 RPG), während andere Kantone dieses Verfahren auch für andere Objekte geringfügiger Bedeutung vorsehen (z. B. gemäss Waadtländer Baugesetzgebung für Scheiterhaufen, Gartenhäuschen oder Gewächshäuser mit einer Fläche von höchstens 8 m<sup>2</sup>, für nicht geschlossene Velounterstände mit einer Fläche von höchstens 6 m<sup>2</sup> oder für Erdarbeiten, die eine Höhe von 0,50 m und ein Volumen von 10 m<sup>3</sup> nicht überschreiten);
- > ein spezifisches Bewilligungsverfahren ohne öffentliche Auflage, das in besonderen Rechtsvorschriften für nicht bewilligungspflichtige Objekte vorgesehen werden kann und lediglich die Einreichung eines formellen Antrags bei einer zuständigen kommunalen oder kantonalen Behörde erfordert.

Das Baubewilligungsverfahren ist in der Schweiz für den Ersatz einer Heizanlage üblich. Der oben erwähnte CO<sub>2</sub>-Gesetzentwurf sah denn auch eine Bewilligungspflicht für die Erneuerung von Anlagen vor (z. B. für den Austausch des Brenners einer Ölheizung), ein Punkt, der während der Debatten nie bestritten wurde. Wie von den Motionären erwähnt, unterliegt der Ersatz von Heiz- und Warmwassersystemen, einschliesslich der damit verbundenen Arbeiten, im Kanton Freiburg dem vereinfachten Verfahren (Art. 85 Abs. 1 Bst. d RPBR). Das Bauhandbuch<sup>2</sup> enthält alle notwendigen Informationen zu den Unterlagen, die für die Zusammenstellung des Dossiers erforderlich sind, während die Anwendung FRIAC, die für die Bearbeitung der Bewilligungsgesuche verwendet wird, unter anderem den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern durch die strukturierte Form hilft, ein vollständiges Gesuch einzureichen, und eine parallele Anhörung der betroffenen Dienststellen ermöglicht. Da die Bewilligungsgesuche für den Ersatz von Heizanlagen von Fachleuten gestellt werden können (Art. 7 RPBR) und diese aufgrund ihrer Spezialisierung mit den formalen Anforderungen für solche Gesuche vertraut sind, scheint die Vorgabe des vereinfachten Verfahrens aus verwaltungstechnischer Sicht keine grösseren Probleme aufzuwerfen, auch wenn Verbesserungen des derzeitigen Systems, insbesondere eine Vereinfachung der in diesem Zusammenhang auszufüllenden Formulare, immer möglich sind.

Im Jahr 2020 hat das Amt für Energie (AfE) den Ersatz von über 900 Heizungen begutachtet und bewilligt. In diesem Rahmen hat das Amt keine Beschwerden über zu lange Bearbeitungszeiten erhalten. Des Weiteren ist der Ersatz einer wärmeerzeugenden Anlage von strategischer Bedeutung und sollte idealerweise im Rahmen einer Gesamtüberprüfung des Gebäudes durchgeführt werden. Das daraus resultierende Umbauprojekt untersteht dann ohnedies dem ordentlichen Baubewilli-

---

<sup>2</sup> [https://www.fr.ch/sites/default/files/2021-06/bauhandbuch\\_0.pdf](https://www.fr.ch/sites/default/files/2021-06/bauhandbuch_0.pdf), S. 59 ff.

gungsverfahren. Wenn die Arbeiten nur den Ersatz der Heizanlage betreffen, muss das vereinfachte Verfahren die Kontrolle der einschlägigen Vorschriften ermöglichen, zumal der Austausch der Anlage zu Arbeiten anderer Art oder zu Immissionen führen kann, welche die Zuständigkeitsbereiche anderer staatlicher Dienststellen und Einrichtungen (Amt für Umwelt, KGV) berühren. Das AfE seinerseits muss sicherstellen können, dass die 20%-Regel für erneuerbare Energien eingehalten ist. In der Praxis stellt das Amt im Allgemeinen innerhalb von 7 Arbeitstagen das Gutachten und die Bewilligung aus – eine Frist, die weder problematisch zu sein scheint noch die Erneuerung von Anlagen behindert.

In Notfällen, d. h. bei einem unerwarteten Ausfall einer Anlage während des Winters, reagieren die Installateure in der Regel auf die dringendsten Bedürfnisse, indem sie innerhalb weniger Stunden oder eines Tages eine provisorische Anlage installieren, bis dass die beste Lösung für das Gebäude oder die Eigentümerschaft gefunden wird. Wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer die Heizanlage, die sie oder er installieren möchte, rasch auswählt, kann der Installateur bei der Gemeinde, die dafür zuständig ist, eine Bewilligung für einen vorzeitigen Baubeginn beantragen (Art. 144 RPBG und 99 RPBR).

In Bezug auf die Beitragsgewährung berichtet das AfE, dass es von 2017 bis 2020 durchschnittlich 500 Beitragszusicherungen pro Jahr für den Ersatz von Heizanlagen gemacht hat und stets Lösungen innerhalb des gültigen Rechtsrahmens für die seltenen Notfallsituationen gefunden hat. Die Einreichung eines Fördergeldantrags wird im Vorfeld geprüft, oft in Zusammenarbeit mit einer GEAK<sup>®</sup>-Fachperson<sup>3</sup>, und kann vor oder nach Erhalt der Baubewilligung erfolgen. Der Antrag muss vor Beginn der Arbeiten gestellt werden und eine Reihe von Unterlagen umfassen, aus denen hervorgeht, dass die Voraussetzungen für die Beitragsgewährung erfüllt sind. Diese Bedingungen sind auf nationaler Ebene harmonisiert und ihre Einhaltung ist Voraussetzung dafür, dass der Kanton die Globalbeiträge<sup>4</sup> des Bundes erhält und der Eigentümerschaft schliesslich einen Zuschuss gewähren kann. Nach Angaben des AfE beträgt die durchschnittliche Bearbeitungszeit von der Einreichung des Antrags bis zur Beitragszusage 10 Tage, wenn die Voraussetzungen für die Förderung erfüllt sind.

Nach Artikel 24 Abs. 1 des Subventionsgesetzes (SubG, SGF 616.1) dürfen Subventionen weder für laufende Arbeiten noch für bereits getätigte Anschaffungen geleistet werden. Das AfE kann jedoch den Beginn der Arbeiten oder die Vorbereitung einer Anschaffung bewilligen, wenn das Abwarten der Prüfung des vorgängig eingereichten Dossiers schwerwiegende Nachteile bewirken würde, wobei diese Bewilligung keinen Anspruch auf eine Subvention verleiht (Abs. 2). Diese Vorgehensweise, die sowohl die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften als auch die Reaktionsfähigkeit bei der Bewältigung von Notfällen gewährleistet, wird vom AfE seit über 10 Jahren erfolgreich angewandt.

---

<sup>3</sup> Der Gebäudeenergieausweis (GEAK) ist ein Vorzeigeprodukt der Kantone. Er kann mit einer Energieetikette verglichen werden und wird von einer zertifizierten Fachperson ausgestellt. Der GEAK ist obligatorisch für die Gewährung bestimmter Förderbeiträge und bei Handänderungen. Zusätzliche Informationen finden sich auf der Website [www.geak.ch](http://www.geak.ch).

<sup>4</sup> Für jeden Beitragsfranken aus dem kantonalen Haushalt erhält der Kanton 2 Franken vom Bund. Dieser als «Globalbeitrag» bezeichnete Mechanismus wird durch die Einnahmen aus der CO<sub>2</sub>-Abgabe finanziert, die auf den fossilen Brennstoffen (z. B. Heizöl und Gas) erhoben wird. Siehe auch Artikel 51 und 52 des Energiegesetzes des Bundes (EnG, SR 730.0).

Zusammenfassend hält der Staatsrat fest, dass das Verfahren, das in Anwendung des geltenden Rechts sowohl betreffend Baubewilligung als auch für die Beitragsgewährung befolgt wird, eine angemessene Bearbeitung der Gesuche für den Ersatz einer Heizanlage ermöglicht. Die Motionäre monieren, dass die derzeitigen Verwaltungsverfahren langwierig, kompliziert, mühsam und geeignet sind, bestimmte Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller zu entmutigen, ohne diese Kritik jedoch mit Zahlen oder konkreten Beispielen zu untermauern. Es stimmt zwar, dass es im vereinfachten Verfahren mehrere Wochen dauern kann, bis eine Bewilligung von der Gemeinde ausgestellt wird.<sup>5</sup> Beim AfE sind jedoch keine Beschwerden in Bezug auf die Bearbeitungszeiten eingegangen, da es wirksame Lösungen für Notfälle gibt. Der Staatsrat ist daher der Ansicht, dass es derzeit keine überzeugenden Anhaltspunkte gibt, die eine gezielte Änderung der Gesetzgebung zur Einführung eines speziellen beschleunigten Verfahrens für den Ersatz von Heizanlagen rechtfertigen würden.

Wie in der Antwort auf die Motion Gaillard/Bürdel zur energetischen Gebäudesanierung erwähnt, ist sich der Staatsrat der Notwendigkeit bewusst, Überlegungen im Hinblick auf eine Vereinfachung der Verfahren zu initiieren. Dies erfordert jedoch eine tiefgreifende Analyse zum Umfang und den Methoden der Überwachung und Kontrolle der Arbeiten durch die öffentliche Hand und insbesondere durch die Gemeinden. Diese Überlegungen sind auch mit der Möglichkeit einer flexibleren Gestaltung des Genehmigungsverfahrens für Arbeiten geringfügiger Bedeutung – einschliesslich energetischer Sanierungen – verbunden. In diesem Sinne hat sich der Staatsrat verpflichtet, dem Grossen Rat im Frühjahr 2022 den Bericht der ständigen Arbeitsgruppe der Oberämter/Bau- und Raumplanungsamt vorzulegen, die daran ist, eine Bestandsaufnahme vorzunehmen und Vorschläge für legislative und/oder regulatorische Anpassungen sowohl in Bezug auf die Kontrolle der Bauarbeiten als auch auf die Bewilligungsverfahren für Vorhaben geringfügiger Bedeutung zu formulieren.

Abschliessend empfiehlt der Staatsrat dem Grossen Rat, die Motion abzulehnen.

*16. November 2021*

---

<sup>5</sup> Detaillierte Zahlen zu den Bearbeitungszeiten werden in der anstehenden Antwort des Staatsrates auf die Motion Wicht/Dafflon (2021-GC-90) angegeben werden.