

# Ausgewählte Fragen aus dem Bau- und Submissionsrecht

**Juristenverein des Kantons Luzern**  
**1. Februar 2011**

Claudia Schneider Heusi LL.M.  
Schneider Rechtsanwälte AG  
Seefeldstrasse 60  
Postfach 1016  
8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30  
ra@schneider-recht.ch  
www.schneider-recht.ch

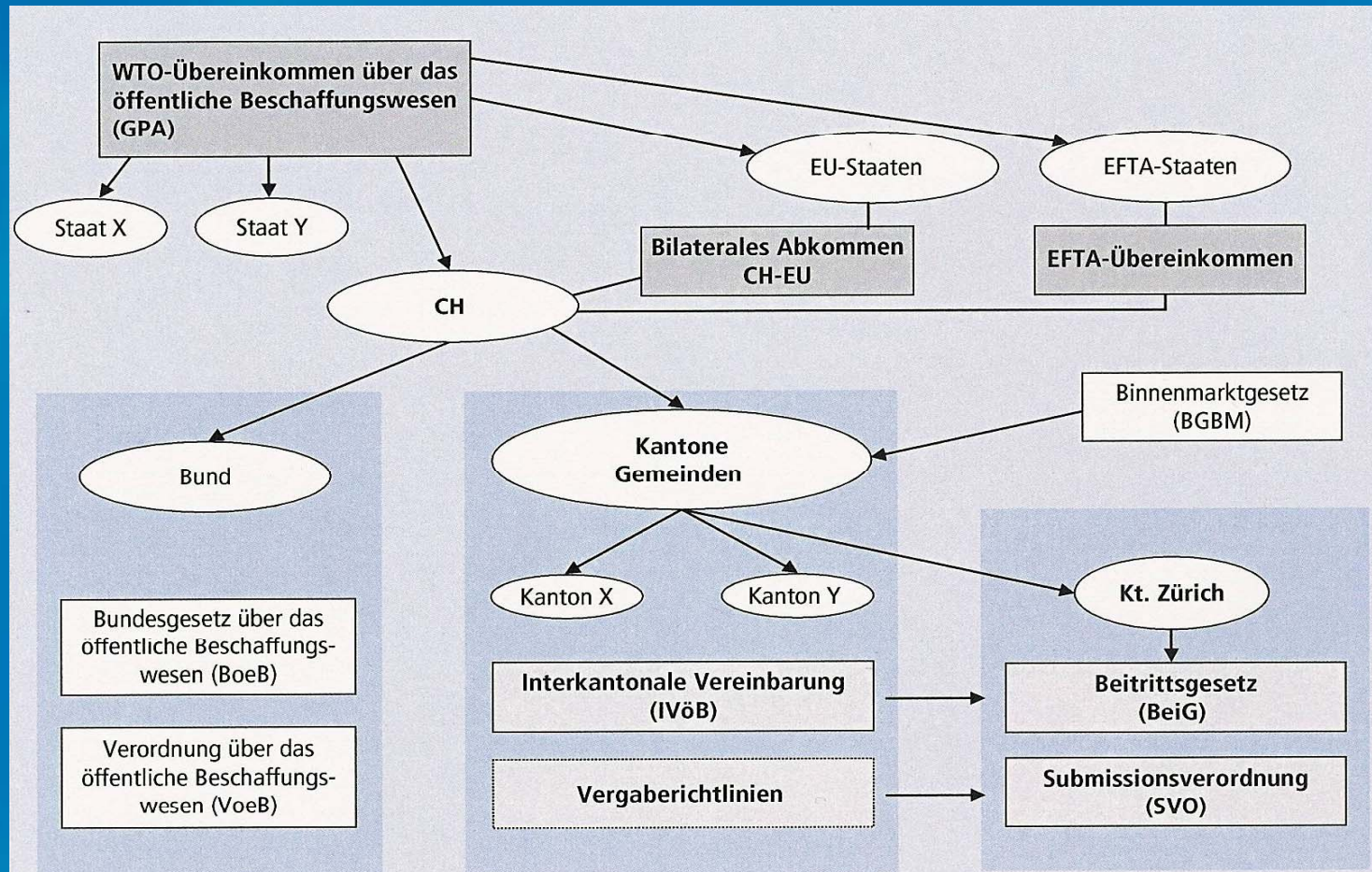
## Ablauf des Vortrags

### I. Submissionsrecht

- gesetzliche Grundlagen in Bund und Kantonen
- Was ist eine öffentliche Beschaffung?
- Rechtsprechung
- Die neuen SIA-Ordnungen 142/143 - 2009

### II. Aktuelle Rechtsprechung aus dem öffentlichen Baurecht

# Rechtliche Grundlagen



## Rechtliche Grundlagen

### Internationales Recht:

- **WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA)** von 1994, in Kraft in CH seit 1.1.1996: Umsetzung in das nationale Recht
- **Bilaterales Abkommen CH - EU**, in Kraft seit 1.6.2002: Umsetzung in das nationale Recht

### Nationales Recht:

- Bund und Kantone unterschiedliche Grundlagen
- Harmonisierung gescheitert

## Rechtliche Grundlagen

### **Bund:**

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (**BöB**) vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (**VöB**) vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11)

### **Kanton Luzern:**

- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001, **IVöB** (SRL 733a)
- Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733)
- Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734)



## Revision BöB – Unerfreulicher Ausblick ?

- Verzicht auf Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen
- In Beratung: nArt. 28 BöB (aufschiebende Wirkung)
  - Bei Projekten von nationaler oder überregionaler Bedeutung bei Dringlichkeit grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung mehr
  - Markante Verschlechterung des Rechtsschutzes ohne Kompensation durch erweiterten Schadenersatz
  - Heutiger Stand (vgl. BBI 2010/4051): Eintreten der nationalrätlichen Rechtskommission, aber Auftrag zur Prüfung von Alternativen an Bundesrat

## Revision VöB (in Kraft seit 1.1.2010)

### Ziele der Revision:

- Modernisierung und Flexibilisierung des Vergabeverfahrens
- Klärung von Unsicherheiten in der Rechtsanwendung
- Schaffung günstiger Auswirkungen auf die Konjunktur durch Kosteneinsparungen, Zeitgewinn und klare rechtliche Rahmenbedingungen

## Revision VöB – wesentliche Änderungen I

- **Arbeitsbedingungen:**  
Verfahrensausschluss bei Nichteinhaltung der ILO-Kernübereinkommen (vgl. Art. 7 Abs. 2 VöB)
- **Formvorschriften:**  
Die Vergabestelle kann auf die Einreichung von schriftlichen Angeboten verzichten (vgl. Art. 20 VöB)
- **Nachhaltigkeit:**  
neu als Zuschlagskriterium zulässig, wenn sachlicher Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand (vgl. Art. 27 Abs. 2 VöB)
- **Ausbildungsplätze:**  
Nicht als Eignungs- oder Zuschlagskriterium, aber bei Punktegleichstand von Anbietern zu berücksichtigen (vgl. Art. 27 Abs. 3 VöB)



## Revision VöB – wesentliche Änderungen II

- **Einladung von Ortsfremden:**  
Im Einladungsverfahren soll auf die Einladung ortsfremder Anbieter geachtet werden (vgl. Art. 35 VöB)
- **Dienstleistungen:**  
Der Anwendungsbereich der Dienstleistungen wurde wesentlich erweitert (vgl. Art. 3 Abs. 2 VöB)
- **Publikationsorgan:**  
Statt SHAB neu elektronisch auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) (vgl. Art. 8 VöB)
- **Vertragsdauer:**  
Bei wiederkehrenden Leistungen darf künftig nur für max. 5 Jahre ein Vertrag geschlossen werden (vgl. Art. 15a VöB)

## Revision VöB – wesentliche Änderungen III

- **Fristverkürzungen:**  
Minimalfrist 24 Tage, ausnahmsweise 10 bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (vgl. Art. 19aVöB)
- **Varianten:**  
sind wegen Innovationsförderung explizit erwünscht und dürfen nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden; ein Grundangebot ist aber immer einzureichen (vgl. Art. 22a VöB)
- **Zuschlag:**  
nach nicht anonymem Studienauftrag (Art. 13 Abs. 1 lit. I VöB)
- **Dialog:**  
ausdrücklich vorgesehen für komplexe Beschaffungen oder intellektuelle Dienstleistungen, wenn in der Ausschreibung angekündigt (vgl. Art. 26a VöB)

## Revision VöB – wesentliche Änderungen IV

- **Publikation Zuschlag:**  
Die Bekanntgabe des Zuschlags ist spätestens 30 Tage nach Zuschlagserteilung zu veröffentlichen (vgl. Art. 27 VöB)
- **Zahlungsfrist:**  
mit der Verkürzung der Zahlungsfrist auf 30 Tage soll die Liquidität der Anbieter verbessert werden (vgl. Art. 29a VöB)
- **Anhebung Schwellenwerte:**  
neu ist für Dienstleistungen und Bauleistungen bis CHF 150'000 die freihändige Vergabe zulässig (vgl. Art. 36 VöB)

## Ablauf einer Beschaffung

- **Anwendungsbereich**
  - Liegt eine öffentliche Beschaffung vor?
  - Welche Auftraggeber sind unterstellt?
  - Auftragsarten und Schwellenwerte
- **Wahl des richtigen Vergabeverfahren**
  - Offenes / Selektives Verfahren
  - Einladungsverfahren
  - Freihändiges Verfahren
- **Ausschreibung, Zuschlag und Vertragsabschluss**
- **Rechtsmittelverfahren**

## Wahl des richtigen Vergabeverfahrens

- **Offenes Verfahren:** Ausschreibung, Angebotseinreichung, Zuschlag aufgrund Eignungs- und Zuschlagskriterien
- **Selektives Verfahren:** offene Ausschreibung in zwei Schritten mit vorgängiger Bewerbung aufgrund öffentlicher Ausschreibung
- **Einladungsverfahren:** kein öffentliches Verfahren; mindestens drei Anbieter werden eingeladen; Zuschlag mittels Verfügung aufgrund Zuschlagskriterien
- **Freihändiges Verfahren:** nur ein Anbieter wird angefragt (Konkurrenzofferten möglich, aber auf korrektes Vorgehen achten)
- **Dialog?** Nur Bund

## Ablauf einer Beschaffung

Liegt eine öffentliche Beschaffung vor?

### Definition öffentliches Beschaffungswesen in BGE 125 I 214:

"Gesamtheit der Leistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber allenfalls auch ein privater Auftraggeber, der öffentliche Aufgaben erfüllt oder durch die öffentliche Hand mehrheitlich beherrscht oder subventioniert wird, bei privaten Anbietern auf privatrechtlicher Basis gegen Bezahlung erwirbt."

d. h. „**Einkäufe des Staates**“

Also nicht: Übertragung Spitex an Private, Kauf oder Miete von Gebäuden, Arbeitsverträge etc.

### Grenzfälle beachten!

- Konzessionen?
- Investorensuche?



## Aktuelle Entscheide zur Frage der Unterstellung

- "Genfer Plakatfall" (BGE 135 II 49)
- Areal Tischmacherhof – Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2007 (2C\_116/2007 und 2C\_396/2007)
- Eisstadion Herti - Aufsichtsbeschwerde (Entscheid des Regierungsrats des Kantons Zug vom 6. Mai 2010)
- Sondernutzungskonzession im Strombereich: Ausschreibungspflicht (Rechtsgutachten WEKO vom 22.2.2010)

## Genfer Plakat-Fall – Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2009 (135 II 49)

Gemeinden dürfen Submissionsgesetzgebung nicht mittels der Erteilung einer Konzession umgehen, wenn

- die Konzession bedeutende Nebenleistungen enthält
- die Nebenleistungen von der Konzession losgelöst werden können
- die Nebenleistungen klar der öffentlichen Beschaffung unterliegen

## **Areal Tischmacherhof – Urteil des Bundesgerichts vom 10. Oktober 2007 (2C\_116/2007 und 2C\_396/2007)**

- Einmaligkeit der Ausschreibung bewirkt, dass PPP-Beschaffungsvorhaben nur – aber immerhin – bei der erstmaligen Suche des Vertragspartners ausgeschrieben werden müssen
- Darlegung der Anforderungen an die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

## **Stadion Herti – Aufsichtsbeschwerde (Entscheid des Regierungsrats des Kantons Zug vom 6. Mai 2010)**

- Hauptzweck: Erstellung eines neuen Eisstadions
- Stadt Zug unterliegt dem Submissionsgesetz
- Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gegen Bezahlung
- 50%-Klausel gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB ist hier nicht anwendbar
- Grundsatz der Einmaligkeit der Ausschreibung bestätigt

## **Sondernutzungskonzession im Strombereich: Ausschreibungspflicht (Rechtsgutachten WEKO vom 22.2.2010)**

- Übertragung einer Monopolkonzession ist nach Binnenmarktgesetz unbestrittenermassen auszuschreiben
- Bei Sondernutzungskonzession vergleichbare Situation (z.B. Verteilung von Strom, Plakataushang auf öffentlichem Grund)
- Sobald Dritte von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen werden: Art. 2 Abs. 7 BGBM anwendbar

## Aufschiebende Wirkung und Gültigkeit von zu früh geschlossenen Verträgen

- Grundsatz: keine automatische aufschiebende Wirkung; Vertragsabschluss erst, wenn Zuschlag rechtskräftig oder keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde
- Ausnahme: vergaberechtskonformer verfrühter Vertragsabschluss
  - bei notstandsähnlicher Dringlichkeit
  - bei Übergangslösungen (Interimsvertrag)
- Vergaberechtswidriger verfrühter Vertragsabschluss
  - Folgen in Lehre und Rechtsprechung umstritten



## Aufschiebende Wirkung und Gültigkeit von zu früh geschlossenen Verträgen: Rechtsprechung

- Kantonale Gerichte: sehr unterschiedlich, Feststellung Rechtswidrigkeit des Zuschlages bis Aufhebung Zuschlag, aber ohne Klärung Vertragsstatus
- Bundesverwaltungsgericht/BRK: Aufhebung des Vertrages angedeutet, Folgen daraus nicht klar (Zwischenentscheid B-3402/2009 vom 2.7.09)
- Bundesgericht: nur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags, ev. sogar Nichteintreten wegen fehlendem aktuellem und praktischem Interesse (bei öff.-rechtl. Beschwerde, anders aber bei Verfassungsbeschwerde für rechtlich geschütztes Interesse: BGer 2D\_50/2009 vom 25.2.09)

Tendenz: Privilegierung des öffentlichen Interesses; eher zurückhaltend aufschiebende Wirkung (vgl. Zufferey in BR 4/10).

## Aufschiebende Wirkung und Gültigkeit von zu früh geschlossenen Verträgen:

BGer vom 11. Juni 2010, 2C\_338/2010 betr. Kanton Glarus:

- Antrag: aufschiebende Wirkung / vorsorgliche Massnahmen mit Anweisung an Vergabestelle, den zu Unrecht abgeschlossenen Vertrag aufzuheben.
- Da das kant. VG bei der Abweisung der aufschiebenden Wirkung die Möglichkeit offen liess, im Endentscheid Anweisungen über das vertragliche Verhalten zu geben (z.B. Neuvergabe), durfte es die aufschiebende Wirkung verweigern (!).

## Aufschiebende Wirkung

BGer vom 20. Mai 2010, 2D\_20/2010 "Appenzeller Bahnen"  
(Sanierung Bahnübergänge; Anfechtung Zwischenentscheid über Abweisung der aufschiebenden Wirkung):

- Nachteil rechtlicher Natur erfüllt, da bei Fehlen der aufschiebenden Wirkung der Vertrag abgeschlossen werde und nur noch Sekundärrechtsschutz bestehe (!).
- Dringlichkeits- und Sicherheitsaspekt höher gewichtet als die privaten Interessen, trotz ernsthafter Bedenken am Vorgehen der Vergabestelle. Das Vorgehen entging gerade noch dem Willkürvorwurf.

## Rechtsprechungsübersicht Kanton Luzern

- Entscheid vom 20.7.2010 (V 10 153): Abbruch eines Beschaffungsverfahrens, nachträgliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen, Doppelprüfung, Vorbefassung
- Entscheid vom 29.9.2009 (V 08 367): Unvollständiges Angebot
- Entscheid vom 1.7.2009 (V 09 130): Vorbefassung, Mitwirkungsverbot

## SIA-Ordnungen 142 und 143/2009

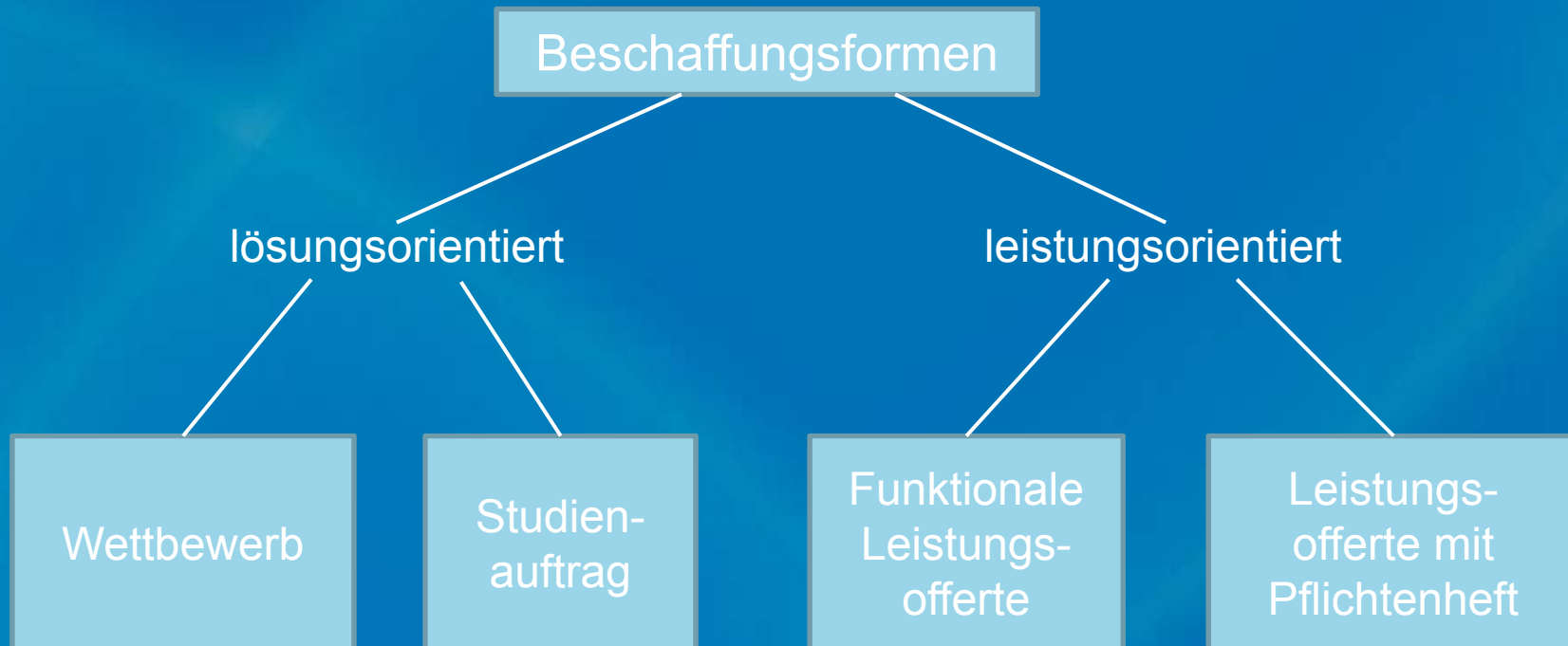
- I. Revision der SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe
- II. Neue SIA-Ordnung 143 für nicht anonyme Studienaufträge

## SIA 142/143 - 2009

- SIA 142: anonymer Wettbewerb als Regelfall
- SIA 143: nichtanonymer Studienauftrag als Ausnahmefall
  - Dialog zwischen Beurteilungsgremium/Teilnehmenden notwendig
  - Begründungspflicht
  - komplexe Aufgabenstellungen
  - nur selektive Verfahren



## Wahl des richtigen Verfahrens



## Wahl der Beschaffungsform

Präambel SIA 142/143 - 2009:

*"Zu Beginn muss die Beschaffungsform - Wettbewerb (anonym) oder Studienauftrag (nichtanonym) festgelegt werden. Eine Kombination von Wettbewerb und Studienauftrag zu einer mehrstufigen Beschaffungsform ist nicht zulässig."*

→ (vgl. Tabellen im Anhang)

## Anwendungsbereich SIA 142/143 - 2009

- Private/öffentliche Auftraggeber
- Ist im Programm als anwendbar zu erklären
- Öffentliches Beschaffungswesen: vorrangig
- *"Subsidiäres öffentliches Recht"*

## 142/2009: wichtigste Neuerungen

- Wettbewerb: anonym/ keine Kombination mit nichtanonymen Verfahren
- Überarbeitungsstufe: nur anonym, Begründung Notwendigkeit durch das Preisgericht, Rangierung erst nach Bereinigung
- Projektwettbewerb: 100% Teilleistungen
- Ideenwettbewerb: mit/ohne Folgeauftrag
- Artikel 27: Abgeltung Urheber bzw. bei Verzicht auf Realisierung
- Ankäufe:  $\frac{3}{4}$  der Stimmen/Zustimmung aller Vertreter des Auftraggebers im Preisgericht

## SIA 143/2009:

- Nicht anonym
- selektive Verfahren
- Komplexität der Aufgabenstellungen/Rahmenbedingungen nicht genügend und nicht abschliessend bestimmt
- Dialog: Verfahrensmodalitäten nach Artikel 14 beachten
- Keine Rangierung
- mit/ohne Folgeauftrag

## SIA 143/2009:

### Folgaufträge nach Studienauftrag

- Öffentliche Auftraggeber: Submissionsgesetzgebung vorrangig
- Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. I VöB für Beschaffungen Bund
- Anonymität als Voraussetzung für Erteilung Folgeauftrag?
- Änderung Rechtsprechung?
- Studienauftrag als zulässige Beschaffungsform?
- Problematik fehlendes wirtschaftliches Angebot?

## Aktuelle Rechtsprechung aus dem öffentlichen Baurecht

- BGer vom 4.1.2010, 1C\_501/2009 "Samnaun"
- BGE 136 II 214ff. "Aroser Weisshorn"
- BGE 136 II 204 "Prätschli Arosa"
- BGer vom 6.9.2010, 1C\_148/2010 (Aargau) und Entscheid VB.2009.00324 (Zürich) betr. Kinderlärm in Wohnzone



## BGer 1C\_501/2009 vom 4.1.2010 "Samnaun"

- Lenkungsabgaben sind zur Förderung des Erstwohnungsbaus zulässig
- Legalitätsprinzip für die Erhebung von Lenkungsabgaben (Art. 127 BV)
- Art. 27 RPG keine gesetzliche Grundlage zur Erhebung einer Lenkungsabgabe
- Verwaltungsrechtlicher Vertrag als Grundlage für eine provisorische Erhebung von Lenkungsabgaben im Kanton Graubünden zulässig (aber restriktive Handhabung, da sonst Legalitätsprinzip ausgehöhlt)
- Eine Planungszone allein ist keine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Abgaben

## BGE 136 II 214ff. "Aroser Weisshorn"

- Ausnahmebewilligung nach RPG 24 = Bundesaufgabe nach Art. 2 Abs. 1 lit. b NHG: Schutz des Landschaftsbilds unabhängig davon, ob in Inventar nach Art. 5 NHG eingetragen
- Besondere Rücksichtnahme auf sensible Gelände wie Kreten und Aussichtslagen
- Einladung der ENHK zur fakultativen\* Begutachtung zwingend erforderlich bei wichtigen Projekten des Landschaftsschutzes (Antrag zum Gutachten kann Partei stellen)
- Neubau des Restaurants bewirkt keine zusätzliche Beeinträchtigung der Landschaft, aber Auflagen betr. Lichtimmissionen und Abbruch

\*d.h. ENHK entscheidet, ob sie ein Gutachten erstellen will.

## BGE 136 II 204ff. "Prätschli Arosa"

- Keine Neueinzonung, wenn die Bauzonenkapazität bereits deutlich zu gross ist.
- Gilt auch für Spezialzonen, wie erstmalige Ausscheidung einer Hotelzone , insbesondere da Hotels in allen Wohnzonen zulässig sind
- 15jähriger Baulandbedarf ist Obergrenze für Bemessung der Bauzone; ist Bauzone schon erheblich überdimensioniert, müssen zwingende Gründe für eine weitere Bauzonenerweiterung sprechen

## **BGer vom 6.9.2010, 1C\_148/2010 und VB.2009.00324 betr. Kindertagesstätte**

Kantonsspital führt zwei Kindertagesstätten für den Nachwuchs des Personals:

- Zonenkonformität einer Kindertagesstätte in einer ruhigen Wohnzone bejaht
- → ortsfeste Anlage i.S. von Art. 7 Abs. 7 USG, keine Belastungsgrenzwerte vorhanden
- Bei 20 Kindern und den eingeschränkten Aufenthaltszeiten ist der Lärm nicht störend (Auflage zur Begrenzung der Anzahl Kinder im Garten nicht gerechtfertigt)
- Kein Gewerbebetrieb, da Zweck nicht Erzielung von Gewinn
- Keine Rolle spielt, dass nicht Quartierkinder betreut werden

## Rechtsprechungsübersicht (subjektive Auswahl)

- BGer vom 17.9.2009, 1C\_27/2009: Enteignung, Eisenbahntunnel, Reichweite des Eigentums
- BGer vom 13.10.2009, 1C\_105/2009: Lichtimmissionen eines Sportplatzes
- BGE 136 II 142: Asbestbelastetes Gebäude ist kein Betriebsstandort nach AltIV
- BGer vom 1.12.2009, 1C\_203/2009: Keine Standortgebundenheit für eine Kapelle auf einer Alp (Art. 24 RPG)
- BGer vom 21.5.2010, 1C\_472/2009: Planungszone mit Verbot für Mobilfunkanlagen für ganzes Gemeindegebiet Rapperswil-Jona unzulässig

## Rechtsprechungsübersicht (subjektive Auswahl)

- BGer vom 8.6.2010, 1C\_284/2009, 1C\_288/2009, 1C\_290/2009: übermässige Fluglärmimmissionen seit 1961 vorhersehbar
- BGer vom 30.7.2010, 1C\_376/2009: Anwendung von Art. 24b RPG auf einen grösseren Kulturbetrieb auf dem Bauernhof
- BGer vom 16.6.2010, 1C\_437/2009: Erstellung einer Biosgasanlage auf einem Landwirtschaftsbetrieb; Abstandsvorschriften zur Wohnzone, Alternativstandorte (Art. 34 Abs. 4 lit. b RPV)

## Fundstellen im Internet

wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

- [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)
- [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)
- [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- Luzern: [www.lu.ch](http://www.lu.ch) → BUWD → Beschaffungswesen

auch:

- [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch)
- [www.simap.ch](http://www.simap.ch)
- andere Kantone: [www.be.ch](http://www.be.ch), [www.zh.ch](http://www.zh.ch), etc.,
- Bund: [www.admin.ch](http://www.admin.ch)