

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

4/2014

## Wohneigentum als Vorsorge

Basile Cardinaux/Carlo Peer

## Was heisst «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?

Isabelle Frey/Thomas Siegenthaler

## Mängelrüge bei Planmängeln – eine andere Einschätzung der «Sennhof»-Urteile

Franz-Xaver Ulrich



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction  
Universität Freiburg – Université de Fribourg

Schulthess §

## Editorial



### De la difficulté de légiférer...

Faut-il réformer le droit de la prescription? A cette question, une motion du Conseil national (07.3763) répondait résolument par l'affirmative le 12 mars 2008, du moins en lien avec les dommages différés (*Spätschaden*). Le Conseil fédéral avait alors proposé une réforme en profondeur du droit de la prescription par l'avant-projet de 2011, reçu avec scepticisme. Le projet de 2013 adopta alors une approche plus *light*, se limitant avant tout à prolonger le délai de prescription pour les dommages corporels à trente ans, à supprimer le bref délai de cinq ans de l'art. 128 CO et à régler le régime de la renonciation à la prescription. Pourtant, dans l'intervalle, le Parlement a modifié les articles 371 et 210 CO, introduisant des délais de deux et cinq ans, délais courts; y a-t-il ici une démarche cohérente avec le projet actuellement envisagé? Ainsi, le débat sur la portée de l'art. 371 CO, y compris dans cette revue, risque d'être ravivé lorsqu'il s'agira de concrétiser la réforme dans la partie spéciale, y compris lorsqu'il faudra déterminer si le délai de prescription de trente ans s'applique aussi aux dommages corporels consécutifs à un défaut de

construction. La réforme en cours n'est donc pas anodine pour les professionnels de la construction.

Et voilà qu'en pleine discussion sur ces questions, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt le 11 mars 2014 (arrêt *Moor*, devenu définitif) qui considère que le droit suisse actuel de la prescription restreint de manière inacceptable le droit à un accès à la justice pour les victimes de l'amiante, dès lors que leur créance est prescrite avant même qu'elles en aient eu connaissance. Même un délai de trente ans résisterait-il à l'avenir à la sanction des juges de Strasbourg? Comment légiférer de manière cohérente? Une réflexion plus large est nécessaire, sans se focaliser sur un type de dommage ou un seul problème. Une réflexion plus approfondie sur les buts de la prescription est nécessaire, en intégrant le besoin de la pratique de pouvoir une fois pour toute «fermer les livres de compte». Cela passe probablement par la juxtaposition d'un délai de prescription plutôt bref, qui débiterait à la réalisation du dommage, et d'un délai de péremption (délai-butoir) suffisamment long, qui débiterait lors de l'acte dommageable. Affaire à suivre avec beaucoup d'attention!

Pascal Pichonnaz

# BR/DC

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen  
Revue du droit de la construction et des marchés publics

August 2014 / août 2014

Herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, im Auftrag der Stiftung für Schweizerisches Baurecht

Édité par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg, sur mandat de la Fondation pour le droit suisse de la construction

[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht); [www.unifr.ch/droitconstruction](http://www.unifr.ch/droitconstruction)

Erscheinungsweise: sechsmal jährlich / Parution: 6 fois par an

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement: CHF 115.00

ISSN 1017-0588

Redaktion / Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. P. Hänni (ph); Prof. P. Pichonnaz (pp); Prof. J. Dubey (jd); PD Dr. M. Beyeler, Rechtsanwalt (mb); Dr. iur. Hedwig Dubler (hd).

Dieses Heft mit Beiträgen von / Ont contribué au présent numéro: PD Dr. Martin Beyeler, Rechtsanwalt, Bern/Zürich; Prof. Dr. Basile Cardinaux, Universität Freiburg; Isabelle Frey, MLaw, Bern; Carlo Peer, MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Freiburg; Dr. Stefan Scherler, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur; Dr. Thomas Siegenthaler, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur; Franz-Xaver Ulrich, M.A. HSG, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey, Universität Freiburg.

Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 80 40, Fax 026 300 97 20; E-Mail: [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch).

Abonnemente und Verlag / Abonnements et édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, 8022 Zürich, Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Auf einen Blick / En bref

## 173 Berufliche Vorsorge / Prévoyance professionnelle

### Wohneigentum als Vorsorge

Basile Cardinaux / Carlo Peer

Die Möglichkeit, Mittel der beruflichen Vorsorge für den Erwerb von Wohneigentum einsetzen zu können, ist ein wesentlicher Treiber im Immobilienmarkt. Umso stärker war das Echo auf die Mitteilung des Bundesrates, er wolle die «Verwendung von Eigenmitteln für die Altersvorsorge» verbessern, «um das Risiko einer EL-Abhängigkeit im Alter zu minimieren. Zu diesem Zweck [soll] der Kapitalbezug aus der obligatorischen beruflichen Vorsorge ausgeschlossen ...» werden (Medienmitteilung «Richtungsentscheide für eine Reform der Ergänzungsleistungen» vom 25. Juni 2014). Auch im Beitrag von CARDINAUX und PEER ist vom Armutrisiko die Rede – und zudem von den 10. Freiburger Sozialrechtstagen, bei denen es um «20 Jahre Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge» geht.

*La possibilité d'investir des fonds provenant de la prévoyance professionnelle pour acquérir la propriété de son logement est un moteur important du marché immobilier. Cela explique la réaction forte à l'annonce par le Conseil fédéral de sa volonté d'améliorer l'utilisation des fonds propres pour la prévoyance vieillesse, afin de réduire les risques pour les personnes à la retraite de dépendre de l'aide sociale. Le but est ainsi d'exclure tout retrait de capital de la prévoyance professionnelle obligatoire (25 juin 2014). La contribution de CARDINAUX et PEER traite également du risque de pauvreté, ainsi que des 10<sup>èmes</sup> journées fribourgeoises de droit social, où il sera également question de «20 ans d'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle».*

## 176 Privatrecht / Droit privé

### Was heisst «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?

Isabelle Frey / Thomas Siegenthaler

Art. 371 Abs. 2 OR, der die Verjährung der Gewährleistungsansprüche aus Werkvertrag regelt, wurde auf den 1. Januar 2013 revidiert. Bislang war dort vom «unbeweglichen Bauwerk», neu ist vom «unbeweglichen Werk» die Rede. Status quo oder Ausweitung der fünfjährigen Verjährungsfrist? Nach FREY und SIEGENTHALER lässt sich

die bisherige Rechtsprechung auch weiterhin fruchtbar machen, weil es beim Erfordernis der Unbeweglichkeit geblieben ist und sich «am Zweckgedanken der fünfjährigen Verjährungsfrist» nichts geändert hat.

*La révision de l'art. 371 al. 2 CO, qui régit la prescription des prétentions en garantie fondée sur le contrat d'entreprise, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Jusqu'à présent la disposition traitait des «constructions immobilières», elle mentionne aujourd'hui les «ouvrages immobiliers». Y a-t-il status quo ou élargissement du champ d'application de la prescription de cinq ans? Selon FREY et SIEGENTHALER, on peut continuer à se référer à l'ancienne jurisprudence dès lors que l'exigence du caractère immobilier a été maintenue et que l'on n'a rien modifié au but visé par le délai de prescription de cinq ans.*

## 180 Privatrecht / Droit privé

### Mängelrüge bei Planmängeln – eine andere Einschätzung der «Sennhof»-Urteile

Franz-Xaver Ulrich

Müssen Planmängel, die zu einem Bauwerksmangel führen, sofort und separat gerügt werden, auch wenn eine der Ordnungen SIA 102 oder 103 (Ausgaben 2003) übernommen wurde? ULRICH kommt in seinem Artikel zum Schluss, dass diese Frage durch die «Sennhof»-Urteile nicht beantwortet wurde und ungeachtet dieser Urteile zu verneinen ist. Auch die neuen Ordnungen 102 und 103 (Ausgaben 2014) bringen keine umfassende Klärung.

*Doit-on aviser immédiatement et séparément de l'existence de défauts de plans lorsqu'ils se concrétisent par la suite dans un défaut de l'ouvrage immobilier, alors que le Règlement SIA 102 ou 103 (édition 2003) a été intégré au contrat? Dans son article, ULRICH arrive à la conclusion que les arrêts «Sennhof» ne répondent pas à cette question et, quelle que soit la solution de ces arrêts, il faut répondre négativement. Les nouveaux règlements 102 et 103 (édition 2014) n'apportent d'ailleurs pas non plus une totale clarification à cette question.*

## 185 Vergaberecht / Droit des marchés publics

Jean-Baptiste Zufferey / Manuel Jaquier

185 Contrat et adjudication : où en est-on ?

Martin Beyeler

187 Referenzen für «Planung und Ausführung»

Martin Beyeler

189 Miete künftiger Bauten

## 191 Weitere Entscheide / Autres arrêts

191 Champ d'application / Geltungsbereich

195 Récusation et préimplication / Ausstand und Vorbefassung

195 Procédure d'adjudication / Vergabeverfahren

197 Appel d'offres / Ausschreibung

200 Aptitude / Eignung

201 Critères d'adjudication / Zuschlagskriterien

204 Offre et variantes / Angebot und Varianten

206 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication /  
Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags

209 Négociations / Verhandlungen

210 Procédure de recours / Beschwerdeverfahren

214 Sanctions / Sanktionen

# Wohneigentum als Vorsorge

**Basile Cardinaux**, Dr. iur., Rechtsanwalt, assoziierter Professor an der Universität Freiburg

**Carlo Peer**, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht der Universität Freiburg

## I. Einleitung

Vor bald zwanzig Jahren führte der Gesetzgeber ein bemerkenswertes Instrument zur Wohneigentumsförderung ein: Das in der beruflichen Vorsorge und in der Säule 3a angesparte Kapital konnte fortan vorbezogen werden, um Wohneigentum zu erwerben. Es war bis dahin zwar schon möglich gewesen, die obligatorischen BVG-Altersleistungen bis zu einem gewissen Umfang zu verpfänden, um Hypothekendarlehen abzusichern, doch von dieser Option wurde seitens der Versicherten nur wenig Gebrauch gemacht – zu wenig aus Sicht des Parlaments. Mit verschiedenen Vorstössen wurde eine Verbesserung der Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge gefordert.<sup>1</sup> Es sollte damit die als zu tief empfundene Wohneigentumsquote verbessert werden,<sup>2</sup> getreu dem verfassungsmässigen Auftrag, die Selbstvorsorge durch Massnahmen der Eigentumpolitik zu fördern (Art. 34<sup>quater</sup> Abs. 6 aBV, heute Art. 111 Abs. 4 BV).<sup>3</sup> Wichtigstes Instrument, um dieses Ziel zu erreichen, war der erwähnte Vorbezug (Art. 30c-30g BVG, 331e-331f OR, Art. 3 Abs. 3–6 BVV 3<sup>4</sup>, Art. 1–7 und 10–17 WEFV<sup>5</sup>). Daneben wurden aber auch die Verpfändungsmöglichkeiten verbessert (Art. 30b, 30f–30g BVG, Art. 331d und 331f OR, Art. 4 Abs. 2 BVV 3, Art. 1–4, 8–14 WEFV). Die Neuregelung trat am 1. Januar 1995 in Kraft.

Heute lässt sich konstatieren, dass die Wohneigentumsquote trotz starkem Bevölkerungswachstum gestiegen ist, wobei die Finanzierung in vielen Fällen mit Vorsorgemitteln erfolgte. Die Versicherten nutzen insbesondere den Vorbezug rege, während die Verpfändung der Vorsorgemittel weiterhin bescheidenen Zuspruch erfährt.<sup>6</sup> Das mit der Wohneigentumsförderung verfolgte Ziel darf

als erreicht gelten. Allerdings richtet sich die Aufmerksamkeit zunehmend auf die Nebenwirkungen der vorsorgefinanzierten Wohneigentumsförderung. Sie betreffen zum einen die Vorsorgesituation der Versicherten und zum andern die Entwicklung des Immobilienmarktes.

## II. Wohneigentum vs. Vorsorge

Als Zielpublikum der neuen Förderungsinstrumente hatte der Gesetzgeber «vor allem [...] jüngere Familien, die in der Regel grosse Auslagen für den Haushalt und für die Erziehung ihrer Kinder haben und meistens nur über kleinere Einkommen und Vermögen verfügen»,<sup>7</sup> vor Augen – klassische Schwellenhaushalte also, für die Wohneigentum unerschwinglich bliebe, könnten sie dafür nicht ihre berufliche Vorsorge «anzapfen». Gerade bei diesen Personen besteht indessen die grösste Gefahr, dass die durch den Vorbezug geschmälernten Vorsorgeleistungen im Alter – und noch viel mehr bei Tod und Invalidität – nicht mehr ausreichen, um zusammen mit den Leistungen aus der ersten Säule (AHV/IV) die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise zu ermöglichen (Art. 113 Abs. 1 lit. a BV).<sup>8</sup>

An sich erlaubt der Vorbezug eine Zinseinsparung, weil für den Wohneigentumserwerb weniger Fremdkapital benötigt wird.<sup>9</sup> Das selbstbewohnte Wohneigentum kann daher als eine Form der Vorsorge begriffen werden, da sie im Vorsorgefall zu tieferen Wohnkosten führt. Allerdings trifft dies nur dann wirklich zu, wenn das Wohneigentum auch ohne Vorbezug erschwinglich gewesen wäre. In den anderen Fällen dient der Vorbezug dazu, eine Immobilie zu erwerben, die für die versicherte Person eigentlich zu teuer ist, da nicht ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen entsprechend. Das kann gutgehen, wenn die Hypothekarschuld in der Folge über längere Dauer konsequent amortisiert wird und ein steigendes Einkommen gleichzeitig eine Rückzahlung des Vorbezugs erlaubt. Letzteres ist notwendig, damit im Alter genügend Renteneinkommen zur Verfügung steht, um die dazumal i.d.R. immer noch vorhandene – idealerweise aber reduzierte – Hypothekarschuld zu bedienen. Was aber geschieht, wenn die Preise am Immobilienmarkt

<sup>1</sup> Vgl. BBl 1992 VI 237 und 244 ff. m.H.

<sup>2</sup> BBl 1992 VI 239 f., 244 und 247.

<sup>3</sup> BBl 1992 VI 288.

<sup>4</sup> Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (SR 831.411).

<sup>5</sup> Verordnung vom 13. November 1985 über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (SR 831.461.3).

<sup>6</sup> Gemäss einer Studie des IFZ der Hochschule Luzern hatten rund 58 Prozent der befragten Wohneigentümer Vorsorgemittel verwendet, um ihr Eigenheim zu erwerben (YVONNE SEILER ZIMMERMANN, Nutzung von Vorsorgegeldern zur Finanzierung von selbstgenutztem Wohneigentum – Eine deskriptive Analyse, Zusammenfassung, Zug: IFZ – Hochschule Luzern 2013, S. 2 [abrufbar unter: <http://www.

bwo.admin.ch> → Dokumentation → Forschungsberichte]; DIESELBE, WEF fördert Wohneigentum für Familien, in: SPV 9/13, S. 59).

<sup>7</sup> BBl 1992 VI 244.

<sup>8</sup> Siehe THOMAS GISLER, Bedroht die Wohneigentumsförderung das Leistungsziel?, in: SPV 2/13, S. 87 ff.; STEPHAN HUWILER, Auswirkungen von Vorbezügen auf die Vorsorgeleistungen, in: SPV 9/13, S. 9 f., DAVIDE SCRUIZZI, Riskante Kapitalbezüge für die eigenen vier Wände, in: NZZ vom 12. Juli 2011.

<sup>9</sup> BGE 135 V 13 E. 2.7.

fallen, die erworbene Liegenschaft an Wert verliert und die Hypothekbank mehr Sicherheiten verlangt? Oder wenn unvorhergesehene grosse Renovationen durchgeführt werden müssen? Oder wenn die versicherte Person invalid wird, frühzeitig stirbt, arbeitslos wird, sich scheiden lässt, ein anderer Wechselfall des Lebens eintritt? In manchen Fällen muss das Wohneigentum möglichst rasch verkauft werden. Doch das kann sich als schwierig erweisen. Da Schwellenhaushalte über begrenzte Mittel verfügen, erwerben sie typischerweise nicht Wohneigentum an zentralen, wertbeständigen Wohnlagen, sondern eher etwas abseits gelegene Objekte, für welche sich nur mit Mühe potente Käufer finden lassen. Der Verkauf muss dann nicht selten zu einem Preis vollzogen werden, der zum teilweisen oder vollständigen Verlust der vorbezogenen Vorsorgemittel führt. Das Wohneigentum entpuppt sich hier als Feind der Vorsorge. Insofern birgt es – so überraschend das klingen mag – ein Armutsrisiko in sich.

Der Gesetzgeber war sich dieser Gefahr bewusst. Zur Sicherung des Vorsorgezwecks und um zu verhindern, dass die Vorsorgemittel für konsumtive Zwecke verwendet werden, hat er Schranken für den Vorbezug und die Verpfändung eingebaut. So hat er festgelegt, für welche Zwecke, Objekte, Formen, Beteiligungen und Nutzung die Vorsorgemittel im Rahmen der Wohneigentumsförderung verwendet werden dürfen (Art. 30c Abs. 1 und 3 sowie Art. 30g BVG, Art. 331d Abs. 1 und 2 sowie Art. 331e Abs. 1 und 3 OR, Art. 3 Abs. 5 und Art. 4 Abs. 2 BVV 3, Art. 1–4 WEFV). Ferner sind die für den Vorbezug oder die Verpfändung einsetzbaren Mittel aus der 2. Säule ab dem 50. Altersjahr beschränkt (Art. 30c Abs. 2 BVG, Art. 331d Abs. 4 und 331e Abs. 2 OR, Art. 5 Abs. 4 und Art. 8 Abs. 2 WEFV) und müssen grundsätzlich zurückbezahlt werden, wenn das Wohneigentum vor Eintritt des Vorsorgefalles veräussert wird (Art. 30d und 30e BVG, Art. 331e Abs. 8 OR, Art. 7 WEFV). Um die Rückzahlungspflicht abzusichern, erfolgt eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch (Art. 30e Abs. 2 und 3 BVG, Art. 331e Abs. 8 OR, Art. 55 Abs. 2, Art. 80, Art. 125 und Art. 136 GBV). Führt schliesslich der Vorbezug zu einer Kürzung der Leistungsansprüche bei Invalidität und Tod, so müssen die Vorsorgeeinrichtungen der versicherten Person eine diese Risiken abdeckende Zusatzversicherung anbieten oder eine solche vermitteln (Art. 30c Abs. 4 BVG, Art. 331e Abs. 4 OR, Art. 17 WEFV).

Diese Sicherungsmassnahmen mildern das beschriebene Armutsrisiko ab, vermögen es aber nicht zu beseitigen. Gleichzeitig gilt es festzuhalten, dass die Investition der Vorsorgemittel in eine Liegenschaft natürlich nicht nur Gefahren in sich birgt, sondern auch Chancen. So kann eine Immobilie über die Jahre – so wie (je nach Lage) im letzten Jahrzehnt – an Wert gewinnen, vielleicht bedeutend mehr als das investierte Geld Ertrag abgeworfen hätte, wenn es bei der Pensionskasse liegen geblieben wäre. Allerdings ist «Betongold» relativ illiquid und stellt für die versicherte Person ein Klumpenrisiko dar. Vom Wertzuwachs profitiert der Eigentümer vor allem dann,

wenn er die Liegenschaft verkauft. Doch selbst in diesem Fall resultiert u.U. ein Nullsummenspiel. Wird nämlich der aus dem Liegenschaftsverkauf erzielte Erlös für den Erwerb einer neuen Bleibe verwendet, so kostet diese auch mehr als früher. Der realisierte Kapitalgewinn aus dem Liegenschaftsverkauf wird folglich verwendet, um den Wertzuwachs des neu erworbenen Wohneigentums abzugelten.

Letztlich obliegt es den versicherten Personen, die Chancen und Risiken abzuwägen, die mit dem vorsorgefinanzierten Wohneigentumserwerb verbunden sind. Es ist indessen legitim, die Entscheidungsfreiheit der versicherten Personen gesetzlich einzuschränken, um das Armutsrisiko zu minimieren. Dieses trägt nämlich die Allgemeinheit über die Ergänzungsleistungen und Sozialhilfe. Deswegen den Vorbezug von Vorsorgemitteln oder gleich die ganze Wohneigentumsförderung abzuschaffen, wäre übertrieben. Es wäre jedoch sinnvoll und könnte sich auch als mehrheitsfähig erweisen, die Wohneigentumsförderung mit Vorsorgemitteln auf das Überobligatorium und die Säule 3a zu beschränken.<sup>10</sup>

Sieht man von diesen Fragen grundsätzlicher Art ab, so darf festgestellt werden, dass die Wohneigentumsförderung im Praxisalltag gut funktioniert. Allerdings gestaltet sich die Durchführung aufgrund der verschiedenen Einschränkungen zur Sicherung des Vorsorgezwecks ziemlich anspruchsvoll. Die Vorsorgeeinrichtungen, die Versicherten, die Notare und Grundbuchbeamten, die Steuerbehörden und – last but not least – die konsultierten Anwälte sehen sich mit einer Fülle von Fragen konfrontiert, die zu beantworten nicht immer leicht fällt. An dieser Stelle seien nur ein paar wenige Beispiele genannt:

- Ist es zulässig, die Installation von Sonnenkollektoren durch einen Vorbezug aus der 2. Säule zu finanzieren?<sup>11</sup>
- Können Vorsorgemittel vorbezogen werden, um sog. Wohneigentum auf Zeit zu finanzieren?
- Ist ein Vorbezug möglich für den Erwerb eines Miteigentumsanteils an einer Wohnung, wenn dem Konkubinatspartner auf diesem Miteigentumsanteil eine Nutzniessung eingeräumt wird?<sup>12</sup>
- Muss ein Vorbezug zurückbezahlt werden, wenn das damit finanzierte Wohneigentum im nackten Eigentum an die erwachsenen Kinder übertragen wird, die versicherte Person jedoch eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht daran behält?<sup>13</sup>
- Wie ist anlässlich des scheidungsbedingten Vorsorgeausgleichs (Art. 122 ff. ZGB, Art. 22 ff. FZG) damit umzugehen, dass der Betrag, der während der Ehe für

<sup>10</sup> Vgl. zu möglichen Reformvarianten den Bericht des Bundesrates zuhanden der Bundesversammlung über die Zukunft der 2. Säule vom 24. Dezember 2011, S. 25 ff., abrufbar unter <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2145/Bericht-zur-Zukunft-2.-Saeule.pdf>>.

<sup>11</sup> BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 110 vom 15. Januar 2009, Rz. 679.

<sup>12</sup> BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 93 vom 11. Juli 2006, Rz. 541.

<sup>13</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 22. November 2010, 200 2010.42, in: SVR 2011 BVG Nr. 21.

den Erwerb von Wohneigentum vorbezogen wurde, von der Pensionskasse nicht verzinst wurde? Ist der auf dem Vorbezug erlittene Zinsverlust vollständig der zu teilenden (ehelichen) Austrittsleistung oder der nicht zu teilenden (vorehelichen) Austrittsleistung zu belasten oder ist nach einer Zwischenlösung zu verfahren?<sup>14</sup>

Die Gerichte werden relativ selten bemüht, um Fragen rund um die vorsorgefinanzierte Wohneigentumsförderung zu klären. Wegen eines Vorbezugs oder einer Verpfändung wollen die Versicherten i.d.R. keinen Prozess führen. Mangels Präjudizien ist dafür fundierter Rat durch den kundigen Anwalt umso wertvoller – sei es zuhanden der Versicherten oder der Pensionskassen.

### III. Entwicklung des Immobilienmarktes

Mit der Vorsorgefinanzierung wollte der Gesetzgeber die Wohneigentumsquote erhöhen. Das hat die Nachfrage nach Wohneigentum zweifellos angetrieben. Zusammen mit anderen Anreizen (z. B. steuerliche Vorteile des Wohneigentums) und Faktoren (Bevölkerungswachstum, Anlagenotstand institutioneller Investoren usw.) hat die vorsorgefinanzierte Wohneigentumsförderung zu einer starken Erhitzung und in einigen Schweizer Regionen gar zu einer Überhitzung des Immobilienmarktes beigetragen.<sup>15</sup> Die These erscheint naheliegend, dass viele Versicherte reichlich Vorsorgegeld verwendet haben, um bei den steigenden Immobilienpreisen mithalten zu können, was zu weiteren Preisanstiegen geführt haben dürfte.

Bei diesen Versicherten handelt es sich mithin um Schwellenhaushalte, für welche die teilweise Fremdfinanzierung des Wohneigentums nur knapp tragbar ist. Das setzt nicht nur sie selbst, sondern auch die Fremdmittelgeberin – i.d.R. die Hypothekarbank – finanziellen Risiken aus.<sup>16</sup> Um ein Darlehen zu erhalten, sollte sich ein potenzieller Darlehensnehmer auf eine solide finanzielle Basis abstützen können.<sup>17</sup> Die FINMA hat deshalb die von der Schweizer Bankiervereinigung (SBVg) im Sinne einer Selbstregulierung verabschiedeten «Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinan-

zierungen» als Mindeststandard i.S.v. Art. 72 Abs. 5 lit. a ERV<sup>18</sup> anerkannt. Die am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Richtlinien verlangen vom Darlehensnehmer, dass er mindestens 10 Prozent des Belehnungswertes aus Eigenmitteln zu finanzieren hat, die nicht aus der 2. Säule stammen.<sup>19</sup> Diese Regelung scheint ersten Beobachtungen zufolge Wirkung gezeigt haben. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass sie in naher Zukunft noch verschärft wird. Dies geschähe vor dem Hintergrund, dass die Nationalbank derzeit geldpolitisch über keine wirksamen Möglichkeiten verfügt, eine Blasenbildung am Immobilienmarkt zu verhindern.

### IV. Schlussbetrachtung

Die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge hat die 2. Säule und die Säule 3a für die Versicherten attraktiver gemacht, ist doch aus dem reinen Vorsorgesparen auch ein Bausparen geworden. Zwischen diesen beiden Sparzwecken bestehen mitunter jedoch Zielkonflikte.<sup>20</sup> Diese liessen sich in vernünftiger Weise mindern, würde das Bausparen aus dem Obligatoriumsbereich der beruflichen Vorsorge (Säule 2a) entfernt. Kein Handlungsbedarf besteht dagegen für die überobligatorische berufliche Vorsorge (Säule 2b) und die gebundene Selbstvorsorge in der Säule 3a. Zu begrüssen sind die per Mitte 2012 erhöhten Eigenmittelanforderungen seitens der Banken. Sie erhöhen nicht nur die Kreditsicherheit, sondern stärken auch die Vorsorge. Schwellenhaushalte werden davon abgehalten, allzu leichtfertig ihre Vorsorge aufs Spiel zu setzen, um Wohneigentum erwerben zu können.

*Mit den vorstehend nur kurz behandelten Fragen werden sich am 28. und 29. August 2014 (deutsch) sowie am 3. und 4. September 2014 (französisch) die 10. Freiburger Sozialrechtstage befassen. Es referieren anerkannte Fachleute aus Recht und Ökonomie zu verschiedenen Themen im Zusammenhang mit der vorsorgefinanzierten Wohneigentumsförderung. Informationen und Anmeldung unter: <<http://www.unifr.ch/formcont>> oder <<http://admin.unifr.ch/uniform/faces/pages/index.xhtml?id=8452>> (Direktlink).*

<sup>14</sup> Teilweise beantwortet in BGE 135 V 436.

<sup>15</sup> Vgl. UBS Real Estate Focus, CIO WM Research, Januar 2014, S. 9 und 15 f.

<sup>16</sup> PATRICK FASSBIND/KURT HAEFELI, Einbezug von Ansprüchen der beruflichen Vorsorge zur Wohneigentumsfinanzierung: Risiken für die Banken, in: SJZ 31/2007, S. 514.

<sup>17</sup> So bezugnehmend auf die Stadesregeln der SBVg PASCAL PORTMANN/PHILIPPE BOCHUD, Banken und Effektenhändler – Regulierung verursacht Aufwand, in: ST 1–2/13, S. 10.

<sup>18</sup> Verordnung vom 1. Juni 2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, SR 952.03).

<sup>19</sup> SBVg, Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekarfinanzierungen vom 12. Juni 2012, S. 3, abrufbar unter <[http://shop.sba.ch/999985\\_d.pdf](http://shop.sba.ch/999985_d.pdf)>.

<sup>20</sup> Bericht über die Zukunft der 2. Säule, a.a.O., S. 25.

# Was heisst «unbewegliches Werk» in Art. 371 Abs. 2 OR?

Isabelle Frey, MLaw, Bern

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

Am 1. Januar 2013 ist die Änderung des Obligationenrechts betreffend die Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertragsrecht in Kraft getreten. Art. 371 Abs. 2 OR sieht für Ansprüche wegen allfälliger Mängel eine fünfjährige Verjährungsfrist vor – und zwar nicht mehr nur für das «unbewegliche Bauwerk», sondern generell für das «unbewegliche Werk». Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» lässt sich der neue Begriff des «unbeweglichen Werkes» konkretisieren.

## I. Nach altem Recht: Das «unbewegliche Bauwerk»

Schon nach altem Recht verjährten Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln nach fünf Jahren, sofern es sich um Mängel eines «unbeweglichen Bauwerkes» handelte. Andernfalls kam die einjährige Verjährungsfrist (Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 aOR) zum Zuge. Als «unbewegliches Bauwerk» galt eine «unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache».<sup>1</sup>

In seiner Rechtsprechung zu Art. 371 Abs. 2 aOR verwendete das Bundesgericht drei Kriterien, welche ein Werk kumulativ zu erfüllen hatte, um als «unbewegliches Bauwerk» zu gelten:

1. Das Werk musste «dauerhaft fest mit dem Erdboden verbunden» sein. Bezüglich der Dauerhaftigkeit der erforderlichen Verbindung lehnte sich das Bundesgericht an seine Rechtsprechung zur analogen sachenrechtlichen Thematik bei der Abgrenzung von Fahrnisbau-

ten zu Dauerbauten an: Die Verbindung mit dem Boden galt (in Analogie zu Art. 642 Abs. 2 ZGB) nicht als «dauerhaft», wenn das mit dem Boden verbundene Werk «ohne erheblichen Wertverlust» abmontiert und anderswo wieder aufgebaut werden konnte.<sup>2</sup>

2. Dem Zweckgedanken des Art. 371 Abs. 2 aOR entsprechend galt nur jene Sache als «unbewegliches Bauwerk», für welche «typischerweise erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält oder ob sie diesbezüglich mangelhaft ist».<sup>3</sup>
3. Eine Leistung war nur dann ein (unbewegliches) Bauwerk, wenn der Gegenstand des Werkvertrages «nach seiner Natur selber als Bauwerk angesprochen werden» konnte.<sup>4</sup>

In der Rechtslehre wurde als weiteres Kriterium postuliert, dass das unbewegliche Bauwerk sowohl unter Verwendung von Arbeit als auch unter Verwendung von Material hergestellt sein müsse.<sup>5</sup> Arbeit allein genüge nicht.<sup>6</sup> Daher seien Grab- und Baggerarbeiten oder Gartengestaltungen ohne Verwendung von Material von Art. 371 Abs. 2 aOR nicht erfasst.<sup>7</sup> Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht dieses aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>8</sup> stammende Kriterium nie in seine Rechtsprechung übernommen.

## II. Die Revision

Den Anstoss zur Revision der Verjährungsbestimmungen gaben die beiden parlamentarischen Initiativen «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR»<sup>9</sup> und «Änderung der Verjäh-

<sup>1</sup> Diese Definition entstammt einem Entscheid des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903 (RGZ 56, S. 43), in welchem es um die Frage ging, ob ein Doppelröhrentiefbrunnen als Bauwerk im Sinne der damals geltenden Fassung des § 638 BGB zu qualifizieren ist. Diverse Autoren bezogen sich direkt auf dieses Urteil oder auf von der Rechtslehre weiterentwickelte Variationen dieser Definition: BÜHLER, Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag (Art. 363–379 OR), Zürich 1998, N 40 zu Art. 371 OR; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 2222; KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, N 413; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184–418 OR), Zürich 1936, N 5 zu Art. 371 OR; TSCHÜTSCHER, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. St. Gallen, Bern 1996, N 313; ZINDEL/PULVER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 21 zu Art. 371.

<sup>2</sup> BGer 4A\_235/2008 (23.7.2008) E. 5.5; BGE 96 II 181 E. 3a; BGE 92 II 227 E. 2c.

<sup>3</sup> BGer 4A\_235/2008 (23.7.2008) E. 5.5; BGE 120 II 214 E. 3a; BGE 117 II 425 E. 3; BGE 93 II 242 E. 2a.

<sup>4</sup> BGE 93 II 242 E. 2b; BGE 113 II 264 E. 2c; BGer 4A\_235/2008 (23.7.2008) E. 5.5.

<sup>5</sup> GAUCH, Fn. 1, N 2223, N 2245; ZINDEL/PULVER, Fn. 1, N 21 zu Art. 371 OR; BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, St. Gallen 2007, N 1016.

<sup>6</sup> CHAIX, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, N 29 zu Art. 371.

<sup>7</sup> GAUCH, Fn. 1, N 2246; KOLLER, Fn. 1, N 415; TSCHÜTSCHER, Fn. 1, N 322.

<sup>8</sup> Vgl. Fn. 1.

<sup>9</sup> Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 06.490 – Parlamentarische Initiative, Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR, abrufbar unter <<http://www.parlament.ch>>.



rungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR».<sup>10</sup> Die Rechtskommission des Nationalrats beschloss, den «Entwurf zu einer Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche im Kauf- und Werkvertrag. Verlängerung und Koordination)» zu erarbeiten.<sup>11</sup> Der Gesetzesentwurf betreffend die Änderung von Art. 210 und Art. 371 OR wurde im März 2012 von den eidgenössischen Räten verabschiedet.<sup>12</sup> Die neuen Verjährungsbestimmungen sind per 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Aufgrund des im August 2011 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurfs zur Revision des Verjährungsrechts stand schon bei Inkrafttreten der neuen Bestimmungen eine erneute Änderung der soeben revidierten Verjährungsbestimmungen im Raum.<sup>13</sup> Im Entwurf zur Revision des Verjährungsrechts vom 29. November 2013 ist nun aber keine Änderung des Art. 371 OR mehr vorgesehen.<sup>14</sup> Eine gewisse Beständigkeit der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Revision ist also doch zu erwarten.

Der revidierte Art. 371 Abs. 2 OR enthält eine neue Bezeichnung: Das «unbewegliche Werk» ersetzt den Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» von Art. 371 Abs. 2 aOR. Unklar ist, was das Parlament zu dieser Änderung bewogen hat. Die Materialien zur Gesetzesrevision sind nicht aufschlussreich. In den Wortprotokollen der Debatten des National- und Ständerats lassen sich diesbezüglich keine Aussagen finden.<sup>15</sup> Einzig Ständerat Stadler machte die Bemerkung, dass die Ersetzung des Begriffs «Bauwerk» durch «unbewegliches Werk» allenfalls relevant sein könnte.<sup>16</sup> Dennoch wurde die neue Bezeichnung nicht mehr näher überprüft.<sup>17</sup> Bei den verschiedenen Wortmeldungen im Rahmen der Debatten fällt auf, dass die Parlamentarier die Ausdrücke «Baute», «Bauwerk», «unbeweglicher Bau» und sogar «unbewegliches Bauwerk» verwendeten und dabei offenbar nicht davon ausgingen, dass diese Ausdrücke verschiedene Bedeutungen haben könnten.<sup>18</sup>

Trotzdem steht fest, dass die Modifikation nicht ungewollt war. Die Rechtskommission des Nationalrats schrieb in ihrem Bericht vom 21. Januar 2011: «Sodann ersetzt der Begriff des unbeweglichen Werkes den enger gefassten Begriff des unbeweglichen Bauwerkes. Eine

Unterscheidung zwischen unbeweglichen Werken und unbeweglichen Bauwerken wird dadurch vermieden und das gesetzliche System einfach und übersichtlicher.»<sup>19</sup> Trotz der undifferenzierten Terminologie in den parlamentarischen Wortmeldungen darf das «unbewegliche Werk» demnach nicht mit dem «unbeweglichen Bauwerk» gleichgesetzt werden. Klar ist zumindest, dass der Begriff des «unbeweglichen Werkes» nach neuer Regelung weiter gefasst ist als der alte Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes».

### III. Nach neuem Recht: Das «unbewegliche Werk»

Der Begriff des «unbeweglichen Werkes» ist neu.<sup>20</sup> Wie SCHWIZER/WOLFER in einem Artikel in der AJP feststellten, «werden Lehre und Rechtsprechung hier neue Grenzen zu ziehen haben».<sup>21</sup> Das Bundesgericht hielt in einem früheren Entscheid fest, dass nicht «jedes unbewegliche Arbeitsergebnis, das Gegenstand eines Werkvertrages ist» unter den Anwendungsbereich des Art. 371 Abs. 2 aOR falle. Es führte aus: «Der Begriff des unbeweglichen Bauwerkes ist enger als der des unbeweglichen Werkes schlechthin.»<sup>22</sup>

Nach GAUCH wurde der Anwendungsbereich des Art. 371 Abs. 2 OR «erheblich erweitert».<sup>23</sup> Er erachtet diese Änderung als ebenso bedeutend wie die Verlängerung der Verjährungsfrist gemäss Art. 371 Abs. 1 OR von einem auf zwei Jahre.<sup>24</sup> Anwendungsfälle seien beispielsweise die Beschneidung eines Baumes, die Bepflanzung eines Gartens, das Mähen einer Wiese, das Tapezieren einer Wohnung, der Aushub eines Grabens, die Konstruktion einer bestellten Maschine und deren Einbau in ein Gebäude.<sup>25</sup> Je nach Definition des Begriffs der Fahrnisbaute könnte zudem auch eine Fahrnisbaute als «unbewegliches Werk» gelten.<sup>26</sup>

Nach Auffassung von KOLLER kann das «unbewegliche Werk» über den Begriff des «beweglichen Werkes» definiert werden: «Beweglich ist jedes Werk, das als Fahrnisbaute anzusehen ist oder – als «Leistungssubstrat» –

<sup>10</sup> Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 07.497 – Parlamentarische Initiative, Änderung der Verjährungsfrist im Kaufrecht. Artikel 210 OR, abrufbar unter <http://www.parlament.ch>.

<sup>11</sup> BBI 2011 2889.

<sup>12</sup> BBI 2012 3447 ff., 3903 ff.; Amtl.Bull. NR 2012 551; Amtl.Bull. StR 2012 267.

<sup>13</sup> Im Vorentwurf wurde dabei die gänzliche Aufhebung des Art. 371 OR vorgeschlagen.

<sup>14</sup> Entwurf der Revision des Verjährungsrechts, BBI 2014 287; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht), BBI 2014 235, insbes. S. 246 f.

<sup>15</sup> BBI 2012 3447 ff.; BBI 2011 3903 ff.; Amtl.Bull. NR 2012 551; Amtl. Bull. StR 2012 267.

<sup>16</sup> Amtl.Bull. StR 2011 1052.

<sup>17</sup> Amtl.Bull. NR 2012 40 ff.; Amtl.Bull. StR 2012 66 ff.

<sup>18</sup> Siehe z.B. die Wortmeldungen von NR Leutenegger Oberholzer (Amtl.Bull. NR 2011 1424, 1427), NR Gadient (Amtl.Bull. NR 2011 1424), StR Freitag (Amtl.Bull. StR 2011 1050), NR Stamm (Amtl. Bull. NR 2012 41).

<sup>19</sup> BBI 2011 2889, 2897.

<sup>20</sup> Ähnlich ist allerdings das österreichische Recht, welches für «unbewegliche Sachen» eine Gewährleistung von drei Jahren vorsieht (§ 933 Abs. 1 ABGB). Durch den Wechsel vom «unbeweglichen Bauwerk» zum «unbeweglichen Werk» hat sich die Schweiz in diesem Punkt aus dem Kreis der diesbezüglich vom französischen Recht inspirierten Zivilrechtskodifikationen verabschiedet (vgl. dazu BGE 93 II 242 E. 2).

<sup>21</sup> SCHWIZER/WOLFER, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR), AJP 21 (2012), S. 1761.

<sup>22</sup> BGE 93 II 242 E. 2a.

<sup>23</sup> GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 30 (2012), S. 132 f.

<sup>24</sup> GAUCH, Der Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 29 (2011), S. 150.

<sup>25</sup> GAUCH, Fn. 23, S. 136, Fn. 35; GAUCH, Fn. 24, S. 150.

<sup>26</sup> GAUCH, Fn. 23, S. 133; KRAUSKOPF, Verjährung bei Kauf- und Werkverträgen – neue Regeln mit Mängeln, BRT 2013, S. 96; PICHONNAZ, Le temps qui passe en droit privé de la construction, JDC 2013, S. 84.

eine Fahrnissache zum Gegenstand hat. [...] Jedes nicht bewegliche Werk ist unbeweglich. Wer es daher übernimmt, den Aushub für ein Bauwerk zu bewerkstelligen, schafft ebenso ein unbewegliches Werk wie alle Unternehmer, welche bei der Herstellung des Bauwerkes mitzuwirken haben.»<sup>27</sup> Unseres Erachtens lässt sich die Abgrenzungsfrage nicht einfach dadurch lösen, dass man beim einen Begriff («bewegliches Werk») statt beim andern Begriff («unbewegliches Werk») ansetzt. Bezüglich der Gesetzssystematik ist zudem festzustellen, dass die zweijährige Frist gemäss Art. 371 Abs. 1 OR generell für «Werke» gilt. Der Ausdruck «bewegliche Werke» wird im ersten Satz des Art. 371 Abs. 1 OR nicht verwendet. Somit gilt die Zweijahresfrist gemäss Art. 371 Abs. 1 OR (1. Satz) für alle Werke, welche weder unter den zweiten Satz des Art. 371 Abs. 1 OR (bewegliche Werke, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden sind) noch unter Art. 371 Abs. 2 OR fallen (unbewegliche Werke). Die Fünfjahresfrist gemäss Art. 371 Abs. 2 OR für «unbewegliche Werke» ist demnach als Ausnahme von der für Werke sonst geltenden Grundregel konzipiert. Es ist daher naheliegender, die Ausnahme (fünf Jahre für «unbewegliche Werke») von der Grundregel (zwei Jahre generell für «Werke») abzugrenzen statt umgekehrt, obschon es auf die Methode letztlich nicht ankommt, wenn man sich über das Ergebnis einig ist.

Unseres Erachtens lässt sich der Begriff des «unbeweglichen Werkes» auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts eingrenzen. Sowohl das Kriterium der Unbeweglichkeit als auch die vom Bundesgericht vorgenommene Abgrenzung auf der Grundlage des Zweckgedankens können ohne Weiteres auf den neuen Begriff übertragen werden. Weggefallen ist einzig das schon bisher schwer fassbare Kriterium, dass sich als Bauwerk nur qualifizieren lasse, was seiner Natur nach «als Bauwerk angesprochen» werden könne. Somit hat das «unbewegliche Werk» in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zum «unbeweglichen Bauwerk» folgende Kriterien zu erfüllen:

1. Das Werk muss «dauerhaft fest mit dem Erdboden verbunden» sein. Was die Dauerhaftigkeit der erforderlichen Verbindung betrifft, kann auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 371 Abs. 2 aOR und somit auf die Analogie zur sachenrechtlichen Abgrenzung von Fahrnissbauten zu Dauerbauten abgestellt werden: Die Verbindung mit dem Boden galt nicht als «dauerhaft», wenn das mit dem Boden verbundene Werk «ohne erheblichen Wertverlust» abmontiert und anderswo wieder aufgebaut werden konnte.<sup>28</sup> Dasselbe muss für eine Sache gelten, welche ihrerseits mit einem unbeweglichen Werk so verbunden wird, dass sie – in Anlehnung an die in Österreich gebräuchliche Formu-

lierung – «tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise abgedeckt werden könnte».<sup>29</sup>

Bei Fahrnissbauten ist zu differenzieren: Nach der Rechtsprechung liegt eine Fahrnissbaute vor, «wenn sie – subjektiv – ohne Absicht einer dauernden Verbindung errichtet wird und zudem – objektiv – nach der Art der Konstruktion keine dauerhaft feste Verbindung mit dem Boden aufweist».<sup>30</sup> Soweit eine Baute subjektiv «ohne Absicht einer dauernden Verbindung» errichtet wurde, aber objektiv dennoch eine «dauerhaft feste Verbindung mit dem Boden aufweist», handelt es sich (sofern die übrigen Kriterien erfüllt sind) um ein unbewegliches Werk im Sinne von Art. 371 Abs. 2 OR – wie schon nach altem Recht.<sup>31</sup>

Es ist im Übrigen denkbar, dass durch eine einzige Leistung zwei Werke geschaffen werden, wenn der vertraglich geschuldete Erfolg in dieser Weise definiert ist: Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Herstellung von zwei Balken von je zwei Metern Länge geschuldet wäre und diese Herstellung dadurch erfolgt, dass ein bestehender vier Meter langer Balken halbiert wird. Denkbar sind auch Beispiele, bei denen zwei (oder mehr) Werke geschuldet sind, wovon eines unbeweglich ist: Ein Beispiel wäre das Roden eines Waldes zwecks Erstellung einer Skipiste und gleichzeitiger Gewinnung von nutzbarem Holz. Die Schneise im Wald ist ein unbewegliches Werk. Die gefällten Bäume sind (nun) beweglich.

2. Nichts geändert hat sich am Zweckgedanken der fünfjährigen Verjährungsfrist: Durch eine von der Grundregel des Art. 371 Abs. 1 OR (Verjährungsfrist von zwei Jahren) abweichende längere Verjährungsfrist soll das bauspezifische Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln berücksichtigt werden. Entsprechend gilt für das «unbewegliche Werk», was schon für das «unbewegliche Bauwerk» galt: Es muss sich um eine Sache handeln, bei der «typischerweise erst nach längerer Zeit festgestellt werden kann, ob sie den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält oder ob sie diesbezüglich mangelhaft ist».<sup>32</sup> Gegen dieses Kriterium

<sup>27</sup> KOLLER, Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte, AJP 2014, S. 307.

<sup>28</sup> BGer 4A\_235/2008 (23.7.2008) E. 5.5 mit Verweis auf BGE 96 II 181 E. 3a und BGE 92 II 227 E. 2c.

<sup>29</sup> Urteil des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 12. Dezember 1985 (OGH 7 Ob 642/85): «Der Gewährleistungsanspruch des Bestellers betrifft nicht nur dann eine unbewegliche Sache, wenn Arbeiten an einer unbeweglichen Sache durchzuführen sind oder wenn eine bewegliche Sache durch dem Veräusserer obliegende Arbeiten zu einem unselbständigen Bestandteil einer unbeweglichen Sache gemacht werden (...). Ein unselbständiger Bestandteil liegt vor, wenn die Verbindung eines Bestandteils mit der Hauptsache so eng ist, dass er von dieser tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgehensweise abgedeckt werden könnte (...), wobei für die Beurteilung letztlich die Verkehrsauffassung entscheidend ist (...).»; vgl. Urteil des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 14. Mai 1987 (OGH 7 Ob 559/87) und Urteil vom 10. Juli 2003 (OGH 6 Ob 83/03d).

<sup>30</sup> BGer 4C.345/2005 (9.1.2006) E. 1.2; BGE 92 II 227 E. 2; BGE 98 II 199 E. 2.

<sup>31</sup> GAUCH, Fn. 1, N 2243; GAUCH, Fn. 23, S. 133; KRAUSKOPF, Fn. 26, S. 96 f.

<sup>32</sup> BGer 4A\_235/2008 (23.7.2008) E. 5.5 mit Verweis auf BGE 117 II 425 E. 3 und BGE 93 II 242 E. 2a.

wurde in der Rechtslehre eingewendet, es habe den «Nachteil der fehlenden Praktikabilität».<sup>33</sup> Als Alternative wurde vorgeschlagen, nur Bauwerke von einiger technischer und baukonstruktiver Komplexität seien von Art. 371 Abs. 2 aOR erfasst. Begründet wurde dies mit dem Sprachgebrauch, welcher beim Wort «Bauwerk» («construction», «costruzione») eine gewisse Komplexität impliziere.<sup>34</sup> Dieser Wortlaut wurde durch die Revision geändert, sodass zumindest nach neuem Recht die Komplexität kein Kriterium mehr sein kann. Es bleibt somit trotz praktischer Schwierigkeiten beim Abgrenzungskriterium des Risikos der Späterkennbarkeit. In Anbetracht der erwähnten Schwierigkeiten könnte man mit CHAIX die Meinung vertreten, dass dieses Kriterium auf jene Fälle beschränkt sein sollte, in denen die Anwendung der Fünfjahresfrist «schockierend» wäre.<sup>35</sup> Eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung des Kriteriums der Späterkennbarkeit der Mängel könnte unseres Erachtens schon dadurch erreicht werden, dass dieses eher als Ausschlusskriterium statt als Einschlusskriterium verstanden würde: Wenn eine dauerhafte Verbindung mit dem Boden gegeben ist, fällt ein Werk nur dann nicht in den Anwendungs-

bereich des Art. 371 Abs. 2 OR, wenn das betreffende Werk klarerweise nicht vom bauspezifischen Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln betroffen ist. Ein Anwendungsbeispiel sind Reinigungsarbeiten an festen Bestandteilen eines Gebäudes (z. B. Reinigung eines Küchenbodens), denn bei einer mangelhaften Reinigung besteht klarerweise kein Risiko der Späterkennbarkeit – im Gegenteil: Die Mangelhaftigkeit einer Reinigung ist meist nur zeitnah feststellbar.

#### IV. Fazit

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum altrechtlichen Begriff des «unbeweglichen Bauwerkes» ergeben sich Leitlinien für die Abgrenzung des neurechtlichen Begriffs des «unbeweglichen Werkes». Als solches gilt ein Werk, wenn es dauerhaft mit dem Boden verbunden ist, d.h. ohne erheblichen Wertverlust nicht entfernt und anderswo aufgebaut werden kann (analog Art. 642 Abs. 2 ZGB). Trotz dauerhafter Verbindung mit dem Boden kommt Art. 371 Abs. 2 OR auf jene Werke nicht zur Anwendung, welche klarerweise nicht vom bauspezifischen Risiko der Späterkennbarkeit von Mängeln betroffen sind. Es lässt sich aber nicht wegdiskutieren, dass trotz dieser Kriterien letztlich eine gewisse Unschärfe des Begriffs des «unbeweglichen Werkes» verbleibt.

<sup>33</sup> KOLLER, Fn. 1, N 413, 419, 423; TSCHÜTSCHER, Fn. 1, N 316.

<sup>34</sup> KOLLER, Fn. 1, N 413.

<sup>35</sup> CHAIX, Fn. 6, N 31 zu Art. 371, welcher dafür das Beispiel des Auswechselns eines Wasserhahns oder eines Lichtschalters nennt.

# Mängelrüge bei Planmängeln – eine andere Einschätzung der «Sennhof»-Urteile

**Franz-Xaver Ulrich**, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Zürich

## I. Einleitung

Die «Sennhof»-Urteile des Bundesgerichts<sup>1</sup> gehören zu jenen seltenen Entscheiden, die nicht nur die Aufmerksamkeit der Fachwelt erweckten, sondern auch von den Medien aufgegriffen und schliesslich zum Politikum erhoben wurden.<sup>2</sup>

Entsprechend seiner konstanten Rechtsprechung führte das Bundesgericht aus, der zu beurteilende Ingenieurvertrag sei als gemischter Vertrag mit Verpflichtungen werkvertraglicher und solchen auftragsrechtlicher Natur zu qualifizieren.<sup>3</sup> Im konkreten Fall betrafen die im Fokus stehenden Fehler werkvertragliche Leistungen. Das Bundesgericht ordnete sie deshalb bezüglich der Haftungsfrage den werkvertraglichen Normen zu.<sup>4</sup> Zumal die gesetzliche, sofortige Rügepflicht dispositiver Natur ist, prüfte das Bundesgericht zunächst, ob eine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.

Der vorliegende Ingenieurvertrag enthielt in seinem Art. 6 Abs. 3 folgende Bestimmung:

«Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert 5 Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel kann der Auftraggeber während der ersten 2 Jahre nach der Abnahme jederzeit rügen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort nach der Entdeckung zu rügen.»

Zudem hatten die Parteien die Ordnung SIA 103<sup>5</sup> (Ausgabe 2003) vereinbart, deren Art. 1.11.21 folgende Regelung enthält:

«Ansprüche aus Mängeln des Bauwerkes verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes beziehungsweise des Werkteils zu laufen. Solche Mängel können während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nach Ablauf dieser Frist sind die Mängel sofort

nach der Entdeckung zu rügen. Den aus der verzögerten Rüge entstehenden Schaden trägt der Auftraggeber selber.»

Im Ergebnis bestätigte das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass mit Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags keine abweichende Regelung für die Rüge von Planmängeln getroffen worden sei. Entsprechend der Auffassung der Vorinstanz werde aus dem Kontext unmissverständlich klar, dass sich die Formulierung «solche Mängel» nur auf Mängel des unbeweglichen Bauwerks beziehen würde. Nicht geregelt sei damit aber die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterscheidenden Planmängel. Deshalb gelte für diese mangels anderer Parteiabrede weiterhin die im Obligationenrecht verankerte Pflicht der «sofortigen» Rüge.

Es stellt sich die Frage, ob diese Erkenntnis generell auch auf den nahezu wortgleichen Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 übertragen werden kann. Die Auswirkungen wären kaum zu überschätzen. Bisher bestand die verbreitete Auffassung, dass Planmängel unter Anwendung der Ordnungen SIA 102 und 103 keiner sofortigen, separaten Rüge an den Planer bedürften, sofern sie zu Bauwerksmängeln führen. Entsprechend wurde kaum je eine solche Mängelrüge an den Planer gerichtet. Würde nun gleichwohl eine sofortige Rügepflicht angenommen, hätten die Bauherren in all diesen Fällen sämtliche Mängelrechte verloren. Wenn die Begründungen der «Sennhof»-Urteile nun auf die Ordnungen SIA 102 und 103 übertragen würden, käme dies faktisch einer Generalamnestie für Planungsfehler gleich.

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf Planmängel, die zu Bauwerksmängeln führen. Ausgeklammert wird der Fall von Planmängeln, die nicht zu einem Bauwerksmangel führen.

## II. Die «Sennhof»-Urteile<sup>6</sup>

### 1. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigt nicht, dass in Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags tatsächlich die Rüge für Planmängel nicht geregelt sei.<sup>7</sup> Vielmehr beschränkt sich das Bundesgericht auf die Wiedergabe der Erwägungen der Vorinstanz und die Feststellung, dass kein Bundesrecht

<sup>1</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012); BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012).

<sup>2</sup> STÖCKLI, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, in: BR 2012, S. 213 f.; mit Hinweisen auf Beiträge in den Medien: SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193 ff.; Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 12.502 – Parlamentarische Initiative «Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht».

<sup>3</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 3; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 4.

<sup>4</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 3; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 4.

<sup>5</sup> Ordnung SIA 103 für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 1.

<sup>7</sup> BGer 4A\_53/2012 (31.7.2012) E. 5.4; BGer 4A\_55/2012 (31.7.2012) E. 6.4.

verletzt wurde. Das bedeutet indessen keineswegs, dass das Bundesgericht dem Auslegungsergebnis zustimmt, sondern lediglich, dass die Auslegung der Vorinstanz rechtlich haltbar ist, soweit sie überhaupt gerügt wurde. Es rechtfertigt sich daher, einen Blick auf die Begründung der Vorinstanz zu werfen.

## 2. Erwägungen der Vorinstanz

Den «Sennhof»-Urteilen des Bundesgerichts liegen die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich<sup>8</sup> vom 17. November 2011 zugrunde. Die Vorinstanz erwog, dass die Verjährungsfrist nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags nur für diejenigen Ansprüche geregelt sei, welche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerks entstehen. Führe ein Planmangel zu einem Bauwerksmangel, stelle der aus dem Bauwerksmangel erwachsene Schaden auch einen Mangel- folgeschaden des Planmangels dar. Deshalb umfasse die Bestimmung hinsichtlich der Verjährungsfrist auch den Anspruch auf Ersatz des Mangel- folgeschadens.<sup>9</sup>

Davon abzugrenzen sei die Regelung der Mängelrüge- frist. Nach Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags können «solche Mängel» – aus dem Kontext werde unmiss- verständlich klar, dass damit (nur) Mängel des unbeweg- lichen Bauwerks gemeint seien – während der ersten zwei Jahre nach der Abnahme jederzeit gerügt werden. Nicht geregelt sei damit die Mängelrügefrist für die von den Mängeln am unbeweglichen Bauwerk zu unterschei- denden Planmängel. Mithin gelte für diese – mangels einer anderen Parteiabrede – weiterhin die im Obligati- onenrecht verankerte Pflicht zur sofortigen Rüge. Die Parteien hätten sich nicht zu dieser Frage geäußert. Ein Auslegungsstreit sei damit nicht begründet worden.<sup>10</sup>

## 3. Analyse der Entscheide

**3.1** Bei der gerichtlichen Vertragsauslegung ist zuerst der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustel- len. Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach diesem wirkli- chen Willen, ungeachtet des Wortlauts des Vertrags. Erst wenn ein wirklicher Wille nicht mehr festgestellt werden kann, ist eine normative Auslegung vorzunehmen.<sup>11</sup> In beiden Fällen dient die gerichtliche Auslegung der Be- stimmung des vereinbarten Inhalts, soweit er strittig ist. Die Vertragsauslegung setzt daher stets einen Auslegungs- streit voraus.<sup>12</sup> Ein Auslegungsstreit liegt vor, wenn sich jede Partei auf eine Vertragswirkung von bestimmtem In- halt beruft und den von der Gegenpartei geltend ge- machten Inhalt bestreitet.<sup>13</sup>

**3.2** Vorliegend führte die Vorinstanz aus, dass Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags für die Mängelrüge von Planmängeln keine Regelung enthält. Sie hat damit eine normative Auslegung der Bestimmung nach dem Wort- laut vorgenommen. Zugleich hat sie darauf hingewiesen, dass sich die Parteien nicht einlässlich zu dieser Frage ge- äussert hätten und damit kein Auslegungsstreit begründet worden sei.<sup>14</sup>

Der Entscheid der Vorinstanz widerspricht damit in mehrfacher Hinsicht den Grundsätzen der Vertragsausle- gung. Soweit kein Auslegungsstreit bestand, weil sich die Parteien über den Inhalt des Vertrags einig waren, hätte sich die Vorinstanz an das von den Parteien übereinstim- mend geäußerte Verständnis des Vertrags halten müssen. Für eine Vertragsauslegung bestand von vornherein kein Raum und schon gar nicht für eine normative Auslegung. Soweit kein Auslegungsstreit bestand, weil sich keine der Parteien auf einen bestimmten Inhalt berufen hat, be- stand aufgrund der Verhandlungsmaxime keine Veranlas- sung, die nicht geltend gemachte vertragliche Bestim- mung überhaupt zu berücksichtigen. Nachdem für eine (normative) Vertragsauslegung von vornherein kein Raum und auch keine Veranlassung bestand, ist umso be- dauerlicher, dass sich die Vorinstanz bei der normativen Vertragsauslegung mit einer Buchstabenauslegung be- gnügt hat. Auch bei der normativen Auslegung ist nach dem Sinn einer Bestimmung zu forschen. Hierbei über- wiegt der Wortlaut zwar in der Regel die anderen Aus- legungsmittel. Dennoch verbietet Art. 18 Abs. 1 OR auch bei der normativen Auslegung eine reine Buchstabenaus- legung. Auch wenn der Wortlaut klar ist, kann sich aus anderen Vertragsbestimmungen, dem Ziel der Parteien oder aus anderen Umständen ergeben, dass dieser klare Wortlaut nicht in diesem Sinne objektiv zu verstehen war.<sup>15</sup> Die Frage nach dem objektiven Sinn ist eine Rechts- frage. Auch ohne entsprechende Parteivorbringen hätte sich die Vorinstanz nicht auf eine reine Buchstaben- auslegung beschränken dürfen.<sup>16</sup> Offenbar leitete die Vor- instanz jedoch aus dem Fehlen eines Auslegungsstreites ab, dass sie sich an den Wortlaut halten dürfe.

Nachdem nach Auffassung der Vorinstanz Art. 6 Abs. 3 des Ingenieurvertrags für die Mängelrüge von Planmängeln keine Regelung enthält, wendet sie dispo- sitives Recht an. Auf eine erneute Erörterung der dogma- tischen Frage, wie Vertragslücken zu schliessen sind, wird an dieser Stelle verzichtet. Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung generell in erster Linie auf dispositives Gesetzesrecht zurückgreift.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>15</sup> BGE 131 III 606 E. 4.2.

<sup>16</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht All- gemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1201.

<sup>17</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 70; Am Rande sei erwähnt, dass die Vorinstanz die Lücke nicht durch dispositives Recht füllte, sondern durch analoge Anwendung dispositiven Rechts. Schliesslich handelte es sich beim vorliegenden Vertrag um einen Innominatvertrag, für den das Gesetz per Definition kein unmittelbar anwendbares Recht enthält. Bereits bei der Beurteilung von Innominatverträgen kann kein Gesetzesrecht unbesehen übernommen werden. Vielmehr ist zu

<sup>8</sup> HG080290-O (17.11.2011) und HG080294-O (17.11.2011).

<sup>9</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>10</sup> HG080290-O (17.11.2011) E. 3.3; HG080294-O (17.11.2011) E. 4.3.

<sup>11</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1200.

<sup>12</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1196.

<sup>13</sup> ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 172.

**3.3** Vor Bundesgericht machte die Klägerin geltend, die Vorinstanz hätte übersehen, dass der übereinstimmende Parteiwille dahin gegangen sei, die Ordnung SIA 103 ohne Abänderung zu übernehmen. Sie machte damit einen übereinstimmenden wirklichen Willen geltend.

Das Bundesgericht gab zunächst die vorinstanzlichen Erwägungen wieder, insbesondere auch das Auslegungsergebnis. Alsdann stellte es fest, dass die Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bezüglich unveränderter Übernahme der Ordnung SIA 103 neu sind und daher unberücksichtigt bleiben.

Nachdem die Klägerin keine weiteren Einwände bezüglich des Auslegungsergebnisses erhob, gelangte das Bundesgericht zur Erkenntnis, dass die Klägerin die Erwägungen der Vorinstanz nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen vermöge.

**3.4** Weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht äussern sich indessen zur Frage, wie die Bestimmung bei einem Auslegungsstreit zu interpretieren wäre. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch der Vorinstanz bietet keine Aufschlüsse, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 subjektiv auszulegen wäre.

Mangels entsprechender Rüge blieb vor Bundesgericht ungeprüft, ob die Vorinstanz zu Recht eine normative Auslegung vorgenommen hat, obwohl kein Auslegungsstreit bestand. Offen bleibt auch, ob das Ergebnis der normativen Auslegung einer bundesgerichtlichen Überprüfung standgehalten hätte. Es besteht damit weiterhin auch kein bundesgerichtliches Präjudiz zur Frage, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 normativ auszulegen sei.

### **III. Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103**

Im Nachfolgenden werden beispielhaft Gründe aufgeführt, welche eine vom Wortlaut abweichende Auslegung – sowohl subjektiv als auch objektiv – nahe legen. Wie die Rechtsprechung bei einem Auslegungsstreit letztlich entscheiden wird, bleibt damit natürlich weiterhin ungewiss und hängt hinsichtlich des subjektiven Auslegungsergebnisses stets auch von den Umständen des Einzelfalls ab.

#### **1. Gesetzeskonforme Auslegung**

Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung verlangt, dass vom dispositiven Recht abweichende Bestimmungen restriktiv auszulegen sind. Will eine Partei von

---

prüfen, in welcher Weise der Innominatvertrag eben vom gesetzlich geregelten Grundtypus abweicht und welche unterschiedliche Behandlung dies erforderlich macht. Diese Zurückhaltung wäre umso mehr angebracht, als eine Lücke in der vertraglichen Regelung eines Innominatvertrags ergänzt werden muss.

dispositivem Recht abweichen, so hat sie dies deutlich zum Ausdruck zu bringen.<sup>18</sup>

**1.1** Vorweg darf nicht übersehen werden, dass auch die gesetzeskonforme Auslegung nur ein Mittel der Vertragsauslegung ist. Bei der Vertragsergänzung ist ein Vorrang des dispositiven Rechts in Art. 1 Abs. 1 ZGB gesetzlich verankert. Ein solcher gesetzlicher Vorrang besteht bei der Vertragsauslegung hingegen nicht. Es besteht damit kein Vorrang der gesetzeskonformen Auslegung gegenüber anderen Auslegungsmitteln.

**1.2** Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung beruht auf der Annahme, dass einer sachgerechten Auslegung der Vorzug zu geben sei, weil nicht anzunehmen sei, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt hätten. Dabei habe sich der Richter am dispositiven Recht zu orientieren, weil dieses die Interessen der Parteien in der Regel angemessen wahre.<sup>19</sup>

Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 kann auf reine Werkverträge und auf reine einfache Aufträge zur Anwendung kommen. Je nach Qualifikation müsste sich die Auslegung alsdann am dispositiven Recht des Werkvertrags oder des einfachen Auftrags orientieren. Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 kann aber auch auf gemischte Planerverträge zur Anwendung kommen. Bei gemischten Verträgen kommen von vornherein keine dispositiven Bestimmungen des Besonderen Teils des OR unmittelbar zur Anwendung. Auf Innominatverträge kann das Gesetzesrecht des Besonderen Teils des OR nur in Analogie herangezogen werden.<sup>20</sup> Es handelt sich sodann nicht mehr um dispositives Gesetzesrecht, sondern um eine modo legislatoris gebildete Regel.<sup>21</sup> Bei der Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 in einem gemischten Planervertrag fällt damit eine gesetzeskonforme Auslegung ausser Betracht.

Eine gesetzeskonforme Auslegung von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 würde folglich massgeblich von der Qualifikation des konkret zur Beurteilung stehenden Planervertrags abhängen. Dies widerspricht dem Grundgedanken der Ordnungen SIA 102 und 103, für alle Planerverträge eine einheitliche Ordnung zu schaffen.

**1.3** Tatsächlich führt die gesetzeskonforme Auslegung vorliegend nicht zu einem sachgerechten Auslegungsergebnis. Dass das dispositive Werkvertragsrecht in Bezug auf die Mängelrüge eine sachgerechte Lösung enthält, wird von der herrschenden Lehre in Abrede gestellt.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 39.

<sup>19</sup> BGer 5C.36/2001 (29.10.2002) E. 2.4.

<sup>20</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1251.

<sup>21</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1261.

<sup>22</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 197; STÖCKLI, Mängelrüge bei Ingenieurleistungen – keine sachgerechte Lösung, in: BR 2012, S. 213 f.; GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2175 ff.; ZEHN-

Dass das geltende Recht als stossend empfunden wird, war auch Anlass für eine aktuell hängige parlamentarische Initiative.<sup>23</sup> Enthält das Gesetzesrecht ausnahmsweise keine sachgerechte Lösung, verliert die gesetzeskonforme Auslegung ihre Berechtigung.

Dem Bauherrn fehlt in aller Regel das Wissen und die Erfahrung, um selber die Ursachen oder sogar eine allfällige Mitverantwortung des Planers erkennen zu können.<sup>24</sup> Er wird in aller Regel gar nicht feststellen können, ob dem Planer ein Fehler unterlaufen ist. Alsdann ist die Aufteilung des Planervertrags in werkvertragliche und auftragsrechtliche Leistungen und die Trennung der Rechtsfolgen für einen juristischen Laien nicht nachvollziehbar. Namentlich ist er nicht in der Lage zu erkennen, welche Fehler nun einer sofortigen Mängelrüge bedürfen und welche nicht. Die gesetzliche Regelung ist in aller Regel für die Parteien nicht nachvollziehbar und praktisch nicht zu handhaben. Ihr fehlt damit die Sachgerechtigkeit. Es ist deshalb sogar entgegen dem Prinzip der gesetzeskonformen Auslegung angezeigt, bei der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Prüfungs- und Anzeigepflicht im Zweifelsfall eher zugunsten des Bestellers zu entscheiden.<sup>25</sup> Soweit angenommen wird, dass der Parteiwille zu einer angemessenen und sachgerechten Lösung bestand, sind vertragliche Bestimmungen über die Prüfungs- und Anzeigepflicht eher zum Vorteil des Bestellers auszulegen.

## 2. Verbreitetes Verständnis

**2.1** Vor den «Sennhof-Urteilen wies ANTON EGLI in seiner kritischen Würdigung der neuen Ordnungen SIA 102 und 103 darauf hin, dass der Wortlaut des Art. 1.11.21 die Planmängel nicht erfasse.<sup>26</sup> Dieser Hinweis wurde jedoch nicht gehört. Vielmehr entstand die breite Auffassung, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasse. Diese breite Auffassung ist als Indiz für einen wirklichen Parteiwillen zu verstehen. Aber auch bei der normativen Auslegung ist zu berücksichtigen, wie die Bestimmung tatsächlich verstanden wurde.

**2.2** Artikel 1.8.2 der alten Ordnung SIA 102 (Ausgabe 1984) lautete:

DER, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, in: SJZ 96 (2000) Nr. 23, S. 548 f.

<sup>23</sup> Curia Vista – Geschäftsdatenbank, 12.502 – Parlamentarische Initiative «Für faire Rügefristen im Werkvertragsrecht».

<sup>24</sup> SCHUMACHER, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 169, 205; Ob aus diesem Wissensgefälle sogar eine Pflicht zur Selbstanzeige abgeleitet werden kann, ist umstritten (DENZLER/HOCHSTRASSER, § 8 Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 8.125 m.w.H.).

<sup>25</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2177.

<sup>26</sup> EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen: System und Merkpunkte, in: Schweizerische Baurechtstagung 2003, S. 66 f.

«Ansprüche aus Mängeln des unbeweglichen Bauwerkes verjähren innert fünf Jahren. Die Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes bzw. des Werkteils zu laufen. Solche Mängel sind unverzüglich zu rügen.»

Bereits zu dieser Bestimmung schrieb RAINER SCHUMACHER, dass nach Art. 1.8.2 SIA 102 der Bauherr dem Architekten alle Baumängel sofort zu melden habe. Der Bauherr wisse bei seinen Mängelanzeigen an den Architekten häufig gar nicht, ob dieser selbst für den angezeigten Mangel verantwortlich sei.<sup>27</sup> Offenbar geht SCHUMACHER davon aus, dass auch gegenüber dem Architekten lediglich die Bauwerksmängel, nicht aber die Planmängel zu rügen sind, um ihn ins Recht zu fassen.

**2.3** Das Verständnis, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasse, herrschte nicht nur in der juristischen Lehre. Es wurde vielmehr in dieser Form auch den Anwendern vermittelt. In einem kurzen Beitrag führte etwa MARIE-THERES HUSER bezüglich des Gesamtplanervertrags aus, dass die Ordnungen SIA 102 (2003) und 103 (2003) während zweier Jahre ein jederzeitiges Rügerecht gegenüber dem Planer vorsehen.<sup>28</sup>

**2.4** Offenbar ging denn auch das Bundesgericht von diesem Verständnis aus. Im Entscheid<sup>29</sup> vom 19. Januar 2007 hatte es zu beurteilen, ob im zu beurteilenden Fall die Mängelrüge für geltend gemachte Planmängel rechtzeitig erfolgt war.

Wäre das Bundesgericht der Ansicht gewesen, die Ordnung SIA 102 regle die Mängelrügefrist für Planmängel nicht, hätte es offen lassen können, ob die Ordnung SIA 102 vereinbart war. Es hätte sich mit der Feststellung begnügen können, die Ordnung SIA 102 enthalte ohnehin keine vom gesetzlichen Werkvertragsrecht abweichende Regelung. Stattdessen prüfte das Bundesgericht eingehend, ob die Ordnung SIA 102 vereinbart worden sei oder nicht. Offensichtlich ging das Bundesgericht davon aus, dass die Ordnung SIA 102 eben auch bezüglich der Mängelrügefrist für Planmängel eine vom Gesetz abweichende Regelung enthält.

**2.5** Schliesslich hielten BEAT DENZLER und MICHAEL HOCHSTRASSER auch noch nach den «Sennhof»-Urteilen am bisherigen Verständnis von Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 fest. Trotz der unglücklichen Formulierung ergebe sich aus der Stellung in den Ordnungen SIA 102 und 103 und ihrem Zweck, dass die Rügefrist auch gegenüber dem Planer gilt, der Leistungen zur Herstellung eines Bauwerks erbringt.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> SCHUMACHER, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, S. 205.

<sup>28</sup> MARIE-THERES HUSER, Gefährdete Mängelrechte in Planerverträgen, in: NZZ Domizil, Nr. 178 vom 3. August 2012, S. 61.

<sup>29</sup> BGer 4C.371/2006 (19.1.2007).

<sup>30</sup> DENZLER/HOCHSTRASSER, § 8 Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 8.214.

**2.6** Insbesondere vor den «Sennhof»-Urteilen, aber auch heute noch, entspricht es der verbreiteten Auffassung, dass Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auch Planmängel erfasst. Es ist bei der Auslegung dieser Bestimmung nicht leichthin anzunehmen, die Parteien hätten ihr eine dem verbreiteten Verständnis entgegenstehende Bedeutung zugemessen. Insbesondere bei der normativen Auslegung – bei der es gerade darum geht, den Sinn zu ermitteln, wie er von vernünftigen Parteien objektiv verstanden werden musste<sup>31</sup> – kann nicht ignoriert werden, wie vernünftige und objektive Parteien die Bestimmung tatsächlich verstanden haben.

### 3. Fehlender Anwendungsbereich

Zu Recht weist THOMAS SIEGENTHALER darauf hin, dass bei einer Auslegung nach dem Wortlaut die Bestimmung jeglichen Anwendungsbereich verlieren würde. Denn Ingenieure und Architekten stellen keine Bauwerke her, sondern Pläne. Würde sich Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 nicht auf Planmängel beziehen, wäre die Bestimmung daher sinnlos.<sup>32</sup>

Aber auch für Art. 1.11.21 letzter Satz der Ordnungen SIA 102 und 103 würde jeglicher Anwendungsbereich fehlen. Eine Mängelrüge ist verzögert, wenn sie nicht sofort erfolgt. Dies hätte zur Folge, dass sämtliche Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Planer verwirken, wenn eine sofortige Rügepflicht angenommen wird. Damit wäre aber von vornherein ausgeschlossen, dass dem Planer aus einer verzögerten Rüge überhaupt ein Schaden entstehen könnte. Sofern eine Pflicht zur sofortigen Rüge für Planmängel angenommen würde, ist auch Art. 1.11.21 letzter Satz der Ordnungen SIA 102 und 103 sinnlos.

Es ist nicht anzunehmen, die Parteien hätten eine sinnlose Regelung treffen wollen. Daher ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, welche der Bestimmung einen Anwendungsbereich belässt.

### 4. Einheitlichkeit der Rechtsfolgen

Die Ordnungen SIA 102 und 103 nehmen konsequent keine Unterscheidung zwischen werkvertraglichen und auftragsrechtlichen Leistungen vor. Vielmehr wird das Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Planer für sämtliche Leistungen einheitlich geregelt. Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 soll deshalb auf werkvertragliche und auftragsrechtliche Leistungen gleichermaßen Anwendung finden. Bei den auftragsrechtlichen Leistungen gibt es kein Arbeitsergebnis des Planers, welches

überhaupt Gegenstand einer Rüge bilden könnte. Die Pflichtverletzung schlägt sich erst im Mangel des Bauwerks nieder. Es liegt deshalb nahe, dass die Bestimmung am Mangel des Bauwerks anknüpft und nicht an allfälligen Planmängeln.<sup>33</sup> Konsequenterweise ergibt sich daraus nicht nur eine zweijährige Rügefrist für Planmängel, sondern sogar der Wegfall einer separaten Rüge für Planmängel. Demnach hat der Bauherr dem Planer nicht dessen Pflichtverletzung zu rügen, sondern den Mangel des Bauwerks anzuzeigen.

Eine Trennung der Rügepflichten wäre für die Ordnungen SIA 102 und 103 ungewöhnlich. Im Sinne einer systematischen Auslegung ist nicht anzunehmen, die Parteien wären bei der Regelung der Rügepflichten von den Grundprinzipien der Ordnungen SIA 102 und 103 abgewichen.

### IV. Fazit

Das Bundesgericht hat in den «Sennhof»-Urteilen nicht beurteilt, wie Art. 1.11.21 der Ordnungen SIA 102 und 103 auszulegen ist. Die «Sennhof»-Urteile bieten daher keinen Anlass, die Bestimmungen im Streitfall so auszulegen, dass für Planmängel, welche zu Bauwerksmängeln führen, eine separate, sofortige Mängelrüge erforderlich wäre. Tatsächlich bestehen gute Gründe für eine andere Auslegung. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt es im Sinne der Bestimmung, dass allfällige Planmängel bei der Anzeige von Bauwerksmängeln als mitgerügt gelten und deshalb keine separate Mängelrüge erforderlich ist. Ob die Rechtsprechung diese Auffassung teilt, bleibt allerdings abzuwarten. Soweit die Ordnungen SIA 102 und 103 in der Ausgabe 2003 vereinbart sind, sollte der Bauherr Planmängel sofort und separat rügen.

Die jüngst erfolgten Revisionen der Ordnungen SIA 102 und 103 haben die Ausgangslage insoweit verändert, als die Rügefrist für «Plan- und Berechnungsmängel» immer dann auf zwei Jahre erstreckt wird, wenn sie «zu einem Mangel eines unbeweglichen Werks beziehungsweise eines Werkteils führen» (Art. 1.9.4 der neusten Ordnungen). Alle anderen «Mängel sind innert 60 Tagen seit Entdeckung zu rügen». Damit wird immerhin geklärt, dass für Planmängel, die zu einem Bauwerksmangel führen, eine zweijährige Rügefrist gilt. Offen bleibt, ob allfällige Planmängel bei der Anzeige von Bauwerksmängeln als mitgerügt gelten oder ob für diese Planmängel eine separate Rüge erforderlich ist. Soweit eine separate Rügepflicht für Planmängel nicht klar und unmissverständlich wegbedeutet wird, sollte der Bauherr Planmängel weiterhin separat rügen.

<sup>31</sup> BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 13.

<sup>32</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193, 196 f.

<sup>33</sup> SIEGENTHALER, Die «Sennhof-Affäre» – Mängelrüge auch gegen Ingenieur, in: BR 2012, S. 193, 196.



# Contrat et adjudication : où en est-on ?

Dans le canton de Genève, la commande que passe l'adjudicateur à l'adjudicataire vaut conclusion du contrat, même si un contrat devait encore être conclu ultérieurement.

*Im Kanton Genf gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn die Vergabestelle beim Zuschlagsempfänger eine Bestellung aufgibt, ein eigentlicher Vertrag jedoch erst später abgeschlossen werden sollte.*

Arrêt du TF 2C\_535/2013 du 3 septembre 2013

**Jean-Baptiste Zufferey**, professeur à l'Université de Fribourg, président de l'Institut du droit suisse et international de la construction

**Manuel Jaquier**, assistant à l'Université de Fribourg, docteur en droit des marchés publics

## Les faits à l'origine de l'arrêt

(290) Le 15 janvier 2013, l'Autorité cantonale a lancé une procédure pour l'attribution des travaux relatifs aux installations électriques à courant fort du nouveau bâtiment de l'hôpital cantonal de Genève (valeur estimée: CHF 3218400.-). Le 16 avril 2013, elle a écarté l'offre de X. SA; celle-ci n'était pas complète et pas conforme au cahier des charges. Le 23 avril 2013, elle a adjugé le marché de travaux à Y. SA. En date du 29 avril 2013, X. SA a recouru contre l'exclusion de son offre. A titre préliminaire, X. SA a requis l'effet suspensif. Le 17 mai 2013, la juridiction cantonale a rejeté cette requête. X. SA interjette un recours contre cette décision auprès du TF, qui le rejette aussi.

## Les principaux considérants de l'arrêt

Quand l'autorité accorde l'effet suspensif au recourant, le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de conclure le contrat avec l'adjudicataire. Cette restriction garantit au recourant la possibilité d'obtenir le marché, dans l'hypothèse où il obtient gain de cause. L'intérêt du recourant à contester le refus d'accorder l'effet suspensif subsiste tant qu'aucun contrat n'est conclu. Dans le cas contraire, la conséquence indésirable que la demande d'effet suspensif visait à éviter survient (la conclusion du contrat). «Il en découle que, lorsque le contrat a été conclu, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours que le soumissionnaire évincé interjette contre une décision refusant d'octroyer l'effet suspensif. La jurisprudence considère tout au plus que le soumissionnaire évincé conserve, dans certaines situations, un intérêt à se plaindre du refus de donner suite à une demande de mesures provisionnelles tendant à bloquer l'exécution du contrat, car les conséquences juridiques d'un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics sont encore incertaines. Cette possibilité est cependant réservée aux cas où le contrat a certes été conclu, mais n'a pas encore été exé-

cuté intégralement et qu'il peut se scinder en plusieurs parties, par exemple lorsqu'il porte sur des travaux qui doivent s'effectuer par étapes.»<sup>1</sup>

En l'espèce, la question décisive est celle de savoir si la commande passée à l'adjudicataire vaut conclusion du contrat, même si elle réservait la signature de l'acte bilatéral. Le Tribunal y répond positivement: la commande datée du 26 avril 2013 contient les éléments essentiels de la transaction; le contrat est donc conclu, indépendamment de la question de savoir si cette commande constitue l'acceptation de l'offre faite par Y. SA en procédure de soumission, ou si c'est elle qui vaut offre de contracter et que l'adjudicataire l'a acceptée immédiatement après l'avoir reçue.

## Le commentaire

### A Quand peut-on conclure le contrat ?

Cet arrêt est l'occasion d'examiner les jurisprudences récentes que le TF a rendues en relation avec le droit de conclure un contrat à l'issue d'une procédure de marchés publics. C'est la clause de «standstill» qui règle la question (art. 14 AIMP et art. 28 LMP). En principe, l'adjudicateur doit attendre l'écoulement du délai de recours devant les juridictions administratives jusqu'en dernière instance cantonale respectivement devant le TAF; la clause l'autorise toutefois à conclure le contrat pendant la procédure de recours lorsque le juge n'accorde pas l'effet suspensif au recours, soit parce qu'il rejette la requête dans ce sens soit parce que le recourant ne l'a pas demandé.<sup>2</sup> Un tel rejet intervient lorsque l'intérêt public à réaliser rapidement le marché est prépondérant par rapport à l'intérêt économique du soumissionnaire évincé ou lorsque *prima facie* le recours est dénué de toute chance de succès.<sup>3</sup>

Au stade du recours devant le TF, l'adjudicateur peut conclure le contrat dès que l'autorité précédente a confirmé la décision d'adjudication. Ce régime (un peu surpre-

<sup>1</sup> Cf. aussi TF (BGer) 2C\_811/2011 du 5.1.2012, consid. 1.3 et TF (BGer) 2C\_611/2011 du 16.12.2011, consid. 2.2 et 4.

<sup>2</sup> Cf. p. ex. TF (BGer) 2C\_611/2011 du 16.12.2011, consid. 2.1.

<sup>3</sup> Les «autres arrêts» résumés dans ce cahier de la Revue présentent une série d'arrêts genevois sur l'effet suspensif.

nant) s'explique de plusieurs manières: (1) le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire n'ont pas d'effet suspensif automatique (art. 103 et 107 LTF). (2) L'arrêt cantonal, comme celui du TAF est immédiatement exécutoire, en ce sens que la période de standstill ne couvre pas le délai de recours au TF; celui-ci admet que la conclusion du contrat intervienne aussitôt après que l'adjudicateur a pris connaissance du rejet par le juge de dernière instance cantonale de la requête d'effet suspensif (sous réserve du principe de la bonne foi)<sup>4</sup>. (3) Le principe de l'unité de la procédure de recours prévoit que le recours en matière de droit public ou le recours constitutionnel subsidiaire contre la décision incidente (ici le refus d'octroyer l'effet suspensif) n'est envisageable que si un recours au fond est possible<sup>5</sup>. Ainsi, il y a un lien direct entre les conditions de recevabilité de l'art. 83 al. 1 lit. f LTF et les chances de succès du recours incident<sup>6</sup>. (4) En plus du double critère de recevabilité précité, la décision incidente attaquée doit être susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1<sup>er</sup> lit. a LTF<sup>7</sup>.

## B Portée contractuelle des offres ?

Pendant longtemps, la doctrine et le TF n'avaient pas la même opinion sur la portée contractuelle des offres que déposent les soumissionnaires. La doctrine a toujours défendu l'idée que l'offre du soumissionnaire est une offre au sens de l'art. 3 al. 1 CO, ce qui signifie qu'elle a un caractère obligatoire tant pour l'adjudicataire que pour le pouvoir adjudicateur<sup>8</sup>. De son côté, le TF jugeait que «[...] les propositions des différents soumissionnaires ne constituent pas en elles-mêmes encore autant d'offres de contracter. Les négociations contractuelles entre l'adjudicateur et le soumissionnaire sélectionné ont au contraire lieu une fois la procédure d'adjudication terminée.»<sup>9</sup> Sans se référer à cette jurisprudence, le TF a décidé de se rallier à la position doctrinale. Il a récemment indiqué (dans un obiter dictum) que l'offre du soumissionnaire représente une offre de conclure un contrat qui lie juridiquement celui qui la dépose<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> TF (BGer) 2C\_634/2008 du 11.3.2009, consid. 2.2; TF (BGer) 2C\_487/2009 du 18.9.2009; TF (BGer) 2C\_811/2011 du 5.1.2012, lit. B et lit. C de la partie «Fait» de l'arrêt et consid. 1; TF (BGer) 2D\_79/2009 du 12.3.2010, BR/DC 2010, p. 104 N° S43, avec note de M. BEYELER.

<sup>5</sup> B. BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2010*, Genève, Bâle, Zurich 2010, p. 320, N. 20.

<sup>6</sup> Cela ressort clairement de l'ATF 134 II 192, RDAF 2009 I, p. 589 N° 129: le TF admet le recours contre la décision incidente de dernière instance au motif que l'affaire au fond soulève une question juridique de principe.

<sup>7</sup> Cf. p.ex. ATF 134 II 192, RDAF 2009 I, p. 589 N° 129.

<sup>8</sup> Cf. p.ex. P. GALLI/A. MOSER/E. LANG, M. STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève 2013, p. 507 N. 1092 et réf. citées.

<sup>9</sup> ATF 134 II 297, consid. 4.2.2, JdT 2009 I, p. 720, consid. 4.2.

<sup>10</sup> TF (BGer) 2C\_346/2013 du 20.1.2014, consid. 1.3.3, AJP 2014, p. 870 ss avec note de M. LIPS et A. LIPPUNER.

## C Validité du contrat conclu en cas de recours ?

Lorsque le contrat n'est pas encore conclu, le juge peut: (1) confirmer la décision d'adjudication et rejeter le recours au motif que la procédure de passation n'est entachée d'aucune irrégularité; (2) annuler la décision d'adjudication et soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur, soit adjuger directement. Le juge dispose de cette prérogative lorsqu'il n'a plus de doute sur les faits; il ne le fera en principe que si le recourant avait clairement déposé la meilleure offre.

Lorsque le contrat est conclu, le pouvoir de cognition du juge se réduit: (1) le juge n'a plus la compétence d'annuler l'adjudication contestée, il ne peut qu'en constater l'illicéité<sup>11</sup>. (2) Pour ce qui est du contrat, la doctrine n'est pas unanime sur le sort qu'il faut lui réserver. E. CLERC et E. POLTIER préconisent la nullité du contrat lorsque sa conclusion contrevient gravement au droit des marchés publics (omission de lancer un appel d'offres; conclusion du contrat alors que le juge ne s'est pas encore prononcé sur l'effet suspensif ou pendant la période de standstill)<sup>12</sup>. P. GAUCH plaide pour une invalidité sui generis du contrat<sup>13</sup>, alors que M. BEYELER considère que le juge des marchés publics doit pouvoir ordonner au pouvoir adjudicateur de résilier le contrat<sup>14</sup>. La jurisprudence n'apporte pas non plus une réponse unanime à cette question: (1) le TAF a jugé qu'il était compétent pour constater de manière préjudicielle la nullité d'un contrat qui avait été conclu en violation du droit des marchés publics et de ce fait pour annuler l'adjudication<sup>15</sup>. (2) Dans un arrêt argovien, le juge administratif a ordonné au pouvoir adjudicateur de résilier le contrat le plus vite possible<sup>16</sup>. (3) Dans un marché d'analyses médicales, le Tribunal cantonal vaudois a enjoint le pouvoir adjudicateur de lancer une nouvelle procédure d'appel d'offres, alors que le contrat était déjà conclu: il jugea que s'il était disproportionné d'annuler la décision d'adjudication ou d'impartir à l'adjudicateur un délai pour résilier le contrat, un échange périodique de prestations établi en violation des règles sur les marchés publics ne pouvait se poursuivre indéfiniment<sup>17</sup>. Ce faisant, le Tribunal s'écarte d'une précédente décision dans laquelle il avait annulé avec effet ex nunc l'adjudication de gré à gré d'un marché d'ingénieur pour la construction d'une animalerie; les contrats étaient déjà

<sup>11</sup> E. CLERC/E. POLTIER, Commentaire de l'art. 9 LMI, in Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, N. 116.

<sup>12</sup> E. CLERC/E. POLTIER, Commentaire de l'art. 9 LMI, in Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, N. 123.

<sup>13</sup> P. GAUCH, *Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag*, BR/DC 2003, p. 3 ss.

<sup>14</sup> M. BEYELER, *Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?*, PJA 2009, p. 1144 et p. 1152 ss; pour un arrêt cantonal qui va dans ce sens, cf. TA (VGer) AI V 6-2010 du 4.5.2010, BR/DC 2010, p. 235 s. N° S113, avec note de M. BEYELER.

<sup>15</sup> ATAF (BVGer) 2009/19 du 2.7.2009, consid. 7.2.

<sup>16</sup> TA (VGer) AI V 6-2010 du 4.5.2010, BR/DC 2010, p. 235 s. N° S113, avec note de M. BEYELER.

<sup>17</sup> CDAP (VGer) GE.2007.0013 du 6.11.2009, consid. 5.

conclus, mais il était possible de mettre en concurrence les prestations d'ingénierie non encore exécutées<sup>18</sup>.

Pour sa part, le TF se demande à intervalles réguliers: (1) quel est le pouvoir décisionnel du juge administratif lorsqu'il se trouve en présence d'un contrat conclu en violation du droit des marchés publics? (2) quel sort faut-il réserver au contrat? En 2010, le TF a admis qu'il s'agissait d'une question juridique de principe au sens de l'art. 83 lit. f LTF, mais ne l'a pas tranchée car le recours portait sur un refus de l'effet suspensif<sup>19</sup>. Dans un arrêt de 2011, le TF a rappelé ce qui suit: lorsque la juridiction administrative statue sur une requête de mesures provisionnelles, elle peut se réserver, pour le cas où elle devrait admettre le recours contre l'adjudication dans sa décision finale, de donner à l'adjudicateur des instructions quant à

la conduite à tenir par rapport au contrat conclu irrégulièrement<sup>20</sup>. La même année, le TF a jugé que la situation juridique incertaine autour de la question de savoir si le concurrent évincé pouvait obtenir le marché alors que le contrat était conclu constituait un préjudice irréparable au sens l'art. 93 al. 1 lit. a LTF<sup>21</sup>. En 2012, le TF toujours a considéré qu'il n'est pas possible d'ordonner la fin d'un contrat ou d'en constater la nullité tant que la juridiction précédente n'avait pas jugé au fond si la procédure de passation est illicite; au stade provisionnel, le juge ne peut que suspendre l'exécution du contrat. C'est la première fois à notre connaissance que le TF envisage de manière aussi précise que le juge administratif intervienne sur le plan civil<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> TA VD (VGer) GE 2000.0136, consid. 5.

<sup>19</sup> TF (BGer) 2C\_339/2010, 2C\_434/2010 du 11.6.2010, consid. 2.3.4.1, BR/DC 2010, p. 236 s. No S114, avec note de M. BEYELER.

<sup>20</sup> TF (BGer) 2C\_446/2011 du 10.10.2011, consid. 1.2.

<sup>21</sup> Cf. p. ex. TF (BGer) 2C\_611/2011 du 16.12.2011, consid. 2.2.

<sup>22</sup> TF (BGer) 2D\_26/2012 du 7.8.2012, consid. 2.2, BR/DC 2013 p. 40 ss N° 23, avec note de M. BEYELER.

## Referenzen für «Planung und Ausführung»

Nach dem BVGer sind Ausschreibungsanordnungen, namentlich Eignungskriterien, grundsätzlich nach ihrem herkömmlichen Wortsinn zu verstehen. Dabei ist der Gehalt des zu vergebenden Auftrags zu berücksichtigen.

*Pour le TAF, les indications qui figurent dans l'appel d'offres, notamment les critères d'aptitude, s'interprètent en principe selon le sens que l'on donne traditionnellement aux formulations utilisées. A cet effet, il faut aussi tenir compte du contenu du marché à adjuger.*

BVGer B-4902/2013 (14.3.2014); vgl. auch BVGer B-4904/2013 (14.3.2014)

**Martin Beyeler**, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern/Zürich

### Der Fall

(291) Im Rahmen der Ausschreibung des Auftrags betreffend Planung und Ausführung «der Fahrbahn (Schotterfahrbahn und feste Fahrbahn) sowie der Weichen des Ceneri-Basistunnels inklusive der offenen Neubaustrecke Nord» und weitere Aufgaben hatte die AlpTransit Gotthard AG unter einem der Eignungskriterien verlangt, dass die Anbieterinnen «2 (bis max. 3) Referenzen ... für Planung und Ausführung von Schotterfahrbahnen mit ähnlichen Anforderungen» angeben. Je für die Sparten «feste Fahrbahn in Tunnel» und «Weichen» schrieb sie Entsprechendes vor.

Die zweitplatzierte Bietergemeinschaft rekurrierte gegen den Zuschlag und rügte insbesondere, dass das erfolgreiche Konsortium keine Referenzaufträge nachgewiesen

habe, welche in den betreffenden Sparten jeweils zugleich Planung und Ausführung umfasst hätten. Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerinnen entgegneten, dem Eignungskriterium könne auch durch die Kombination von separaten Planungs- und Ausführungsreferenzen genügt werden.

### Der Entscheid

1. «Der in Frage stehende Wortlaut «2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 bzw. 15 Jahre für Planung und Ausführung» kann nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch nur so verstanden werden, dass die Eignung durch mindestens zwei Referenzen nachgewiesen werden musste, die sowohl die Planung wie auch die Ausführung zum Gegenstand hatten. Die durch die Vergabestelle behauptete Auslegung, es sei ausreichend gewesen, wenn mindestens eine Referenz die Planung und eine die Ausführung abde-

cke, hätte nach einer anderen Formulierung, beispielsweise «je eine Referenz für Planung und Ausführung», verlangt.»

**2.** «Beim ausgeschriebenen Projekt handelt es sich gemäss Ausschreibung um einen Bauauftrag, der sowohl Planung als auch Ausführung umfasst ... Insofern korreliert die Auslegung nach dem Wortsinn mit dem Vergabeobjekt. Eine Referenz, die nur entweder die Planung oder die Ausführung zum Gegenstand hat, erscheint vom vornherein nur bedingt als mit dem Vergabeobjekt vergleichbar. Dieser Kontext bestätigt somit die rein sprachliche Auslegung. ... [Nach] objektiver Auslegung, entsprechend dem allgemeinen bzw. branchenspezifischen Sprachgebrauch und dem Kontext, [ist] davon auszugehen ..., dass mindestens 2 TU-Referenzen, d.h. Referenzen für Projekte, bei denen die in Frage stehende Firma sowohl für die Planung wie auch für die Ausführung zuständig war, gefordert waren.»

**3.** Unbeschadet seiner Auffassung, dass das ausgeschriebene Eignungskriterium bei richtiger Auslegung die Vorlage von je zwei sog. «TU-Referenzen» (d.h. Referenzaufträge, welche die Erledigung von Planung und Ausführung durch dieselbe Unternehmung im selben Auftrag nachweisen) verlange, erwog das BVGer weiter, dass es der Vergabestelle offengestanden hätte, das Kriterium insoweit nachträglich zu lockern, als darunter je zwei separate Referenzen über Planung und Ausführung ausreichend gewesen wären.

**4.** Die Zuschlagsempfängerinnen vermochten jedoch nach dem BVGer weder je zwei sog. «TU-Referenzen» noch je zwei separate Planungs- und Ausführungsreferenzen nachzuweisen, weswegen der Vergabeentscheid aufgehoben wurde.

## Anmerkungen

**1.** Das Abstellen der Auslegung von (nicht weiter spezifizierten) Ausschreibungsanordnungen u.a. auf den allgemeinen branchenspezifischen Sprachgebrauch und auf die Art des konkret ausgeschriebenen Auftrags ist m.E. nicht zu beanstanden. Die Anordnungen der Vergabestelle sind stets im Kontext des spezifischen Verständnisses in den angesprochenen Branchen und im Lichte des konkreten Beschaffungsgegenstands zu würdigen.

**2.** Das BVGer liegt m.E. auch richtig, wenn es die Vorgabe von «Referenzen für Planung und Ausführung» im Rahmen eines Vergabeverfahrens betreffend einen Auftrag, der Planung und Ausführung zugleich umfasst, zunächst eher so versteht, dass damit Projekte gemeint sind, in denen die referenzierende Unternehmung zugleich Planung und Ausführung erledigt hat (was auch bedeutet, dass eine Referenz nicht genügt, wenn die referenzierende Unternehmung im Referenzauftrag nur die Planung oder

die Ausführung erledigt hatte und die andere Leistung durch eine damalige ARGE-Partnerin erledigt wurde, die im aktuellen Fall nicht mehr dabei ist; vgl. zudem BVGer B-4904/2013, 14.3.2014, E. 7.3.1). Im konkreten Fall aber drängte sich nach meinem Dafürhalten angesichts des Auftragsgegenstands und der Marktverhältnisse im Ergebnis ein solches Verständnis gerade nicht auf.

**3a.** In casu war für Branchenkundige (und damit auch für die Auftraggeberin) von vornherein klar, dass es im besten Fall äusserst wenige Unternehmen gibt, die bereits einmal im Rahmen des gleichen Auftrags in den betreffenden Sparten (Schotterfahrbahn, feste Fahrbahn, Weichen) zugleich Planung und Ausführung höchstpersönlich erledigt haben. Ein Anfordern von entsprechenden Referenzen (Planung und Ausführung durch dieselbe Unternehmung im selben Auftrag) wäre also erkennbar auf einen äusserst schmalen Wettbewerb hinausgelaufen (oder gar auf ein gänzlich Ausbleiben berücksichtigungsfähiger Angebote). **b.** Im Weiteren ist zu beachten, dass die Auftraggeberin gemäss Ausschreibung keinen Einzelanbieter forderte, der alles aus einer Hand leistet, sondern Arbeitsgemeinschaften (sowie Subunternehmer) zuließ, und zwar ohne besondere Beschränkung, namentlich ohne die Vorschrift, dass sich die Mitglieder einer ARGE so organisieren, dass in den betreffenden Sparten jeweils eine einzige Unternehmung (bzw. ein einziges Subunternehmen) die Planung und zugleich auch die Ausführung erledigt. Mit anderen Worten: Die Auftraggeberin hat ohne Weiteres zugelassen, dass eine ARGE, deren Mitglieder bislang noch nie zusammengearbeitet und sich ad hoc für diesen Auftrag zusammengeschlossen haben, am Vergabeverfahren teilnimmt, insbesondere eine, in der sich spezialisierte Planungs- und Bauunternehmen vereinigt haben, von denen die ersten jeweils die Planungs- und die zweiten jeweils die Ausführungsleistungen übernehmen würden.

**4.** Unter Berücksichtigung der der Auftraggeberin wie den Bietern bekannten Marktverhältnisse und der diese Verhältnisse mindestens dem Anschein nach berücksichtigenden Ausschreibungsvorgaben betreffend Organisationsform des Anbieters war es m.E. aus Sicht der Bieter sehr unwahrscheinlich, dass die Auftraggeberin das später streitbetreffene Eignungskriterium so verstanden wissen wollte, dass es nur durch Planung und Ausführung zugleich umfassende Referenzen (dieselbe Unternehmung, derselbe Auftrag; alles höchstpersönlich) erfüllt werden könnte. **a.** Zunächst sind Ausschreibungsanordnungen im Zweifel zuungunsten einer starken Verengung des Wettbewerbs auszulegen (vgl. in Bezug auf technische Spezifikationen BVGer B-4958/2013, 30.4.2014, E. 2.6.5, Nr. 296 im vorliegenden Heft). **b.** Weiter war der Auftrag gerade nicht so ausgeschrieben, dass Planung und Ausführung in den einzelnen Sparten jeweils durch eine einzige Unternehmung geleistet werden müsste, so dass das durch das BVGer angeführte Argument der Parallelität zwischen den Verhältnissen im Referenz- und im ausge-

schriebenen Auftrag (vgl. auch BVGer B-4904/2013, 14.3.2014, E. 7.1.2.2) nicht zur Annahme führen kann, im Referenzauftrag müssten Planung und Ausführung aus einer Hand geleistet worden sein. c. Nach meinem Dafürhalten war das Kriterium daher nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass es durch separate Planungs- und Ausführungsreferenzen erfüllt werden konnte (wie viele davon es brauchte – ob je eine oder je zwei –, war wiederum eine andere Auslegungsfrage).

5. Tatsächlich ist das Vergabeverfahren inzwischen abgebrochen worden (vgl. die Medienmitteilung der AlpTransit Gotthard AG «Neuausschreibung Bahntechnik am Ceneri» vom 15.4.2014). Die Auftraggeberin stellte nach der Zuschlagsaufhebung fest, dass bei Anwendung der bundesverwaltungsgerichtlichen Massstäbe auch das vormalig beschwerdeführende Konsortium nicht geeignet sei und dass nach dessen Ausschluss kein berücksichtigungsfähiges Angebot mehr vorliege.

## Miete künftiger Bauten

Ein Kanton überlässt einer privaten Genossenschaft ohne Ausschreibung ein Grundstück im Baurecht, damit diese ein Gebäude für ein Asylzentrum errichtet und es ihm vermietet. Das Kantonsgericht stellt die Rechtswidrigkeit dieser Auswahl einer Geschäftspartnerin fest.

*Un canton octroie sans mise en concurrence un droit de superficie sur un bien-fonds à une coopérative privée afin que celle-ci y érige un centre de requérants d'asile et le lui loue. Le Tribunal cantonal constate l'illicéité du choix du partenariat.*

KGer LU 7H 13 98 (12.2.2014)

**Martin Beyeler**, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern/Zürich

### Der Fall

(292) Weil er zur Überzeugung gelangt war, dringend ein neues Asylzentrum zu benötigen und selbst nicht rasch genug planen und bauen zu können, schloss der Kanton Luzern mit einer privaten Genossenschaft einen Vertrag ab.

Danach sollte die Genossenschaft gestützt auf ein dreissigjähriges Baurecht auf einem im Eigentum des Kantons stehenden Grundstück ein Gebäude errichten, das dem Raum- und Betriebskonzept des Kantons entspricht und hernach durch diesen während mindestens zehn Jahren (mit Verlängerungsoption) gemietet würde. Der Mietzins sollte eine Abschreibung der Baukosten über 30 Jahre ermöglichen.

Einer durch die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM) erhobenen Beschwerde hielt der Kanton entgegen, es handle sich bei diesem Geschäft um keinen dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten Auftrag.

### Der Entscheid

1. Das KGer stellt zunächst fest, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt, wo ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Wirtschaftsteilnehmer einen Vertrag schliesst, der insoweit synallagmatisch ist, als sich der Private zur Er-

bringung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und der Auftraggeber zu deren Vergütung verpflichtet. Dabei kommt es weder darauf an, ob der Auftraggeber die Leistungen selbst benötigt oder sie mittelbar oder unmittelbar Dritten zukommen lässt, noch darauf, ob die Vergütung in Geld oder in einer geldwerten Leistung (z.B. Sachleistungen oder Rechtseinräumungen) besteht. Kein solcher Auftrag ist nach dem KGer jedoch dann gegeben, wenn der Vertrag «keinerlei Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung» hat.

2. Da der Betrieb von Asylzentren klar zu den (bundesrechtlich vorgegebenen) öffentlichen Aufgaben der Kantone gehört, hält sich das KGer mit dem Erfordernis des Bezugs zwischen dem infrage stehenden Vertrag und der öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht lange auf. Auch die übrigen begrifflichen Erfordernisse des öffentlichen Auftrags erachtet das Gericht als erfüllt: Dass der Kanton die Planungs- und Bauleistungen nicht direkt bezahlt, ist unerheblich, weil er der Genossenschaft ein Grundstück zur Verfügung stellt und weil er diese Kosten über einen entsprechend berechneten Mietzins erstattet, falls er die Baute während der gesamten Baurechtsdauer mietet. Zwar soll der Mietvertrag fix nur auf zehn Jahre geschlossen werden, doch besteht für das KGer aufgrund der gegebenen Situation – Unwahrscheinlichkeit eines starken Rückgangs der Flüchtlingszahlen sowie der Findung alternativer Standorte bzw. Bauten – derart hohe faktische Sicherheit dafür, dass der Kanton die Miete über dreissig Jahre laufen lassen wird, dass es davon ausgeht, der Kan-

ton trage de facto das gesamte Finanzierungsrisiko für die betreffende Baute. Damit liegt ein synallagmatischer Vertrag zwischen dem Kanton und der privaten Genossenschaft über die Erbringung von Dienst- und Bauleistungen vor – mithin ein öffentlicher Auftrag.

3. Weil die Baukosten den Schwellenwert der öffentlichen Ausschreibung (Anhang 2 IVöB) überschreiten und auch sonst keine Ausnahmegründe bezüglich der allgemeinen Ausschreibungspflicht erfüllt sind (vgl. Nr. 303 und Nr. 312 im vorliegenden Heft), stellt das KGer antragsgemäss (vgl. Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM) die Rechtswidrigkeit der Vergabe der im Gesamtgeschäft enthaltenen Planungs- und Bauleistungen fest.

## Anmerkungen

1. Dieser Entscheid ist richtig, weil die Geltungsausnahme des Vergaberechts bei öffentlichem Erwerb von Rechten an Grundstücken (insb. Kauf und Miete; «Grundstücksprivileg») nur Grundstücke und vorhandene Gebäude betrifft (vgl. Note 3 Annex 4 GPA; Note 3 Anhang VI BilatAbk; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 lit. a BöB). Sie erstreckt sich grundsätzlich nicht auch auf künftige Bauten (eingehend zu diesem Thema auch JÄGER, Immobiliengeschäfte und öffentliches Beschaffungsrecht, in: Raum & Umwelt 4/2012, S. 1 ff., S. 14 ff.; BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1004 ff.). Die öffentliche Beschaffung von Grundstücken, anderen unbeweglichen Sachen oder Rechten (gleich welcher Art) an solchen untersteht aus sachlichen Gründen (Mangel an Substitutionsfähigkeit und Wettbewerb) weder internationalem noch nationalem Vergaberecht. Das gilt aber nicht für Bau- oder Dienstleistungen (sowie Lieferungen), die durch den öffentlichen Auftraggeber in seinem Interesse veranlasst und finanziert werden und die zusammen mit einem Erwerb von Rechten an Grundstücken und allenfalls weiteren Abreden im Gesamtgefüge eines Geschäfts stehen, das eine rechtliche oder wirtschaftliche Einheit bildet. Diese Leistungen bleiben dem Vergaberecht unterstellt und dürfen grundsätzlich nicht freihändig (z. B. dem Veräusserer oder einer von diesem bezeichneten Person) vergeben werden. In diesem Sinne stellt der Kauf oder die Miete von künftigen (noch zu erstellenden oder anzupassenden) Bauten oder Räumlichkeiten immer dann (auch) eine grundsätzlich ausschreibungspflichtige Beschaffung von Planungs- und Bauleistungen dar, wenn diese Leistungen im Interesse des Auftraggebers erbracht werden und es auch dieser ist, der kraft des Gesamtgeschäftes die Finanzierung dieser Leistungen letztlich tragen wird, sei es durch direkte Bezahlung (allenfalls in natura) oder durch Verpflichtung zur Entrichtung einer periodischen Leistung, deren Gesamtwert den Planungs- und Baukosten mehr oder min-

der entspricht. Das gilt auch dann, wenn das betreffende Grundstück zu Beginn nicht dem öffentlichen Auftraggeber gehört.

2. Der referierte Entscheid geht zudem einen mutigen Schritt, weil nach den soeben angesprochenen Regeln nur dann auf einen öffentlichen Auftrag zu schliessen ist, wenn der öffentliche Auftraggeber die zur Herbeiführung des erworbenen oder zu erwerbenden Bauzustands erforderlichen Leistungen tatsächlich finanziert, jedenfalls in klar überwiegendem Umfang. In casu lag eine bloss auf zehn Jahre fix abgeschlossene Miete vor, doch die Abschreibung der Baute sollte zwanzig Jahre darüber hinaus andauern. Das KGer stützt sich vor diesem Hintergrund für die Annahme der durch den öffentlichen Auftraggeber getragenen Finanzierung auf die faktisch begründete und durch die entsprechenden Optionsrechte des Kantons beförderte Erwartung, dass der Kanton aller Voraussicht nach während der gesamten Abschreibungsdauer Mieter bleiben würde, schon nur weil es sich als sehr schwierig erwiesen hatte, einen Standort für ein Asylzentrum zu finden. Spiegelbildlich dazu war anzunehmen, dass der private Bauträger tatsächlich nur ein sehr geringes Risiko tragen würde, die Bauinvestition auf einem anderen Weg als über den mit dem Kanton geschlossenen Mietvertrag decken zu müssen, dass er also faktisch mit erheblicher Wahrscheinlichkeit darauf zählen konnte, dass der Kanton ihm als Mieter die gesamte Baute bzw. deren Abschreibung finanziert.

3. Das KGer nimmt an, nur bei Vorliegen eines Bezugs zwischen dem Vertrag und der öffentlichen Aufgabenerfüllung könne ein öffentlicher Auftrag vorliegen (vgl. dazu bereits BR/DC 2007, S. 88, Nr. S1). Dieses Kriterium hat nur dort eine praktische Relevanz, wo es um Geschäfte betreffend das Fiskalvermögen der öffentlichen Auftraggeber geht, namentlich wo staatliche Wettbewerbstätigkeiten (im Sinne eines staatlichen Angebots von Leistungen im freien Markt) zur Frage stehen. In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass sich dieses Kriterium als solches aus der heutigen Gesetzgebung nicht ergibt (vgl. § 1 Abs. 3 öBG-LU und § 1a öBV-LU) und dass die zur Ermöglichung und Förderung von staatlichen Wettbewerbstätigkeiten erfolgenden Beschaffungen wohl erst nach entsprechender Umsetzung des Art. II:2:(a):(ii) revGPA generell vom Vergaberecht freigestellt sein werden (vgl. bis dahin insb. KGer GE ATA/836/2012, 18.12.2012, E. 7–12). Auch nach einer Freistellung von im Dienste von Wettbewerbstätigkeiten stehenden Beschaffungen wird jedoch fraglich bleiben, ob weitere Fiskalgeschäfte (insb. Anlagengeschäfte) vom Vergaberecht freigestellt sind – meines Erachtens sind dafür keine Gründe ersichtlich, weil auch bei diesen Geschäften erhebliche Risiken des unwirtschaftlichen Verhaltens und der Wettbewerbsverzerrung bestehen (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 684 ff.).

# Weitere Entscheide / Autres arrêts

**Martin Beyeler**, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern/Zürich (mb)

**Stefan Scherler**, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur (sts)

**Jean-Baptiste Zufferey**, professeur à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, président de l'Institut (jbz)

## Internet-Adressen:

- BGer (TF):** [www.bger.ch](http://www.bger.ch) (unter Rechtsprechung/Rechtsprechung gratis/Weitere Urteile ab 2000)
- BVGer (TAF):** [www.bvger.ch/publiws](http://www.bvger.ch/publiws)
- KGer (TC) GE:** [ge.ch/justice/bienvenue-sur-les-pages-de-la-jurisprudence-genevoise/](http://ge.ch/justice/bienvenue-sur-les-pages-de-la-jurisprudence-genevoise/)
- KGer (TC) JU:** [www.jura.ch/JUST/Instances-judiciaires/Tribunal-cantonal.html](http://www.jura.ch/JUST/Instances-judiciaires/Tribunal-cantonal.html)
- KGer (TC) LU:** [www.gerichte.lu.ch/index/rechtsprechung.htm](http://www.gerichte.lu.ch/index/rechtsprechung.htm)
- KGer (TC) NE:** [jurisprudence.ne.ch](http://jurisprudence.ne.ch)
- KGer (TC) VD:** [www.jurisprudence.vd.ch](http://www.jurisprudence.vd.ch)
- KGer (TC) VS:** [apps.vs.ch/le/](http://apps.vs.ch/le/)
- VGer (TA) BE:** [www.openjustitia.apps.be.ch](http://www.openjustitia.apps.be.ch)
- VGer (TA) GR:** [www.lawsearch.gr.ch/le](http://www.lawsearch.gr.ch/le)
- VGer (TA) TI:** [www4.ti.ch/poteri/giudiziario](http://www4.ti.ch/poteri/giudiziario)
- VGer (TA) ZG:** [www.zg.ch/behoerden/verwaltungsrechtspflege/verwaltungsgericht](http://www.zg.ch/behoerden/verwaltungsrechtspflege/verwaltungsgericht)
- VGer (TA) ZH:** [www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/ueber\\_uns/rechtsprechung/entscheidatenbank.html](http://www.vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/ueber_uns/rechtsprechung/entscheidatenbank.html)
- EuGH (CJUE):** [curia.europa.eu/juris](http://curia.europa.eu/juris)

## 1. Champ d'application / Geltungsbereich

### ■ Champ d'application *ratione personae* / Subjektiver Geltungsbereich

**EuGH – Besondere oder ausschliessliche Rechte – Polizeibewilligung** (CJUE – *Droits spéciaux ou exclusifs – Autorisation de police*)

(293) **1.** In casu war zu klären, ob die «SOA» genannten Organisationen, welche im Hinblick auf italienische öffentliche Vergaben potenzielle Anbieter zertifizieren, über besondere oder ausschliessliche Rechte im Sinne des EU-Rechts verfügen. Wer sich in Italien um öffentliche Aufträge bewerben will, muss grundsätzlich ein Zertifikat einer SOA vorweisen. Jedoch sind die «Unternehmen, die an Ausschreibungen ... teilnehmen wollen, ... rechtlich nicht verpflichtet, die Zertifizierungsdienste einer bestimmten SOA in Anspruch zu nehmen.» **2.** «Eine staatli-

che Massnahme kann dahin aufgefasst werden, dass sie ein besonderes oder ausschliessliches Recht im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV verleiht, wenn sie einer begrenzten Zahl von Unternehmen einen Schutz gewährt und die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen kann.» **3.** «Im vorliegenden Fall kann die Tatsache, dass die mit der Zertifizierung verbundenen Aufgaben allen SOA und nur diesen übertragen wurden, nicht als Gewährung besonderer oder ausschliesslicher Rechte angesehen werden. Alle SOA sind nämlich mit denselben Rechten und Befugnissen innerhalb des einschlägigen Marktes für Zertifizierungsdienste ausgestattet, da kein Wettbewerbsvorteil zugunsten bestimmter auf diesem Markt tätiger Unternehmen zum Nachteil anderer dieselben Dienste erbringender Unternehmen geschaffen wird. Ausserdem ist die Erlaubnis, neue SOA zu gründen, offenbar nicht auf eine begrenzte Anzahl von Einrichtungen beschränkt, sondern wird jeder Einrichtung erteilt, die die [Bewilligungs-]Voraussetzungen erfüllt.» *EuGH C-327/12 (12.12.2013; Ministero dello Sviluppo economico)*

**Anmerkungen: 1.** Im schweizerischen Recht ist der Begriff der «besonderen oder ausschliesslichen Rechte» in Annex 3 Anhang I GPA (impliziter; vgl. insb. Note 2 und Note 6; vgl. ferner Ziff. VI und Note 2 Annex 3 Anhang I revGPA) und Art. 3 Abs. 2 (insb. lit. f) BilatAbk von Bedeutung, aber auch in Art. 2a Abs. 1 lit. b VöB. **2.** Ferner kann dieser Begriff nach meinem Dafürhalten im Rahmen der Auslegung des Begriffs des Monopols i.S.v. Art. 2 Abs. 7 BGBM gute Dienste leisten (vgl. für eine im Ergebnis gleichartige Auslegung REY/WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, in: AJP 2007, S. 585 ff., S. 588). (mb)

**Valais – Liste des adjudicateurs** (*Wallis – Liste der Auftraggeber*)

(294) **1.** Le site internet de l'Etat du Valais recense à sa rubrique «Marchés publics» dans la liste des entités adjudicatrice l'association privée X. Il s'agit d'une entité active dans le domaine de la santé. En date du 25 mai 2010, celle-ci a demandé au service compétent à être retirée de la liste. Ce dernier a rejeté cette demande: l'association tombe dans le champ d'application du droit des marchés publics en vertu de l'art. 6 al. 1 lit. c Lmp; cette disposition assujettit à la loi les institutions et les organisations actives dans le secteur de la santé. **2.** X. conteste cette décision au motif que son assujettissement en vertu des

lettres d (activités publiques déléguées sans but commercial) et e (activités subventionnées à 50%) de l'art. 6 al. 1 Lmp serait suffisant à protéger les intérêts publics voulus par le dispositif applicable aux marchés publics, sans que se justifie un assujettissement en toutes circonstances. **3.** Pour le Tribunal, c'est à raison que le canton a considéré que X. tombait dans le champ d'application du droit des marchés publics en vertu de l'art. 6 al. 1 lit. c Lmp. Ainsi, les juges rejettent le grief de la recourante selon lequel sa présence sur la liste des entités adjudicatrices constituerait une atteinte disproportionnée à sa liberté économique. *TC (KGer) VS AI 13 249 (9.8.2013)* (jzb)

### ■ Champ d'application ratione materiae / Objektiver Geltungsbereich

**EuGH – Vergleichsvertrag** (*CJUE – Contrat de transaction*)

**(295) 1.** Auch ein durch eine öffentliche Auftraggeberin zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossener Vergleichsvertrag unterliegt dem Vergaberecht, wenn dadurch dem Vertragspartner entgeltliche Leistungen aufgetragen werden, die an sich ausschreibungspflichtig wären. **2.** Dieser Vertrag kann im Rahmen des europäischen Rechts nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Auftraggeberin durch den Vergleich einen Streit über (alte) Rechte im Zusammenhang mit den betreffenden Leistungen erledigen kann. **3.** Ebenso wenig können wirtschaftliche Gründe, namentlich die Befürchtung der Wertverminderung eigener Vermögenspositionen der Auftraggeberin, die Nichtausschreibung der Leistungen rechtfertigen. *EuGH C-221/12 (14.11.2013; Belgacom NV)*

**Anmerkungen: 1.** Ursprünglich ging es in casu um einen Rechtsstreit zwischen konzessionierenden Gemeinwesen und einer Kabelnetzgesellschaft. Die Gemeinwesen hatten Tätigkeiten aufgenommen, die aufgrund der technologischen Entwicklungen in Konflikt mit denjenigen der Gesellschaft geraten waren. Zur Beilegung des Streits wurde eine Vereinbarung, insbesondere beinhaltend eine 38-jährige Dienstleistungskonzession, abgeschlossen, gegen die eine Konkurrentin Beschwerde erhob. **2.** Es lag demnach kein Streit über die Erfüllung eines konkreten Beschaffungsvertrags vor, beispielsweise wegen Mängeln, der einvernehmlich beigelegt wurde, sondern eine regelrechte Neuvergabe von erheblichem Umfang. **3.** Doch auch in Vergleichsverträgen, in denen es um die Beilegung eines Streits über die Erfüllung eines konkreten Beschaffungsvertrags geht, kann eine unzulässige Nichtausschreibung von Leistungen vereinbart sein. Das ist jedoch nicht schon bei jeder konsensualen Regelung der Behebung vertraglicher Probleme (insb. Mängelbehebung bei geteilter Verantwortung) der Fall, sondern erst dann, wenn neue oder projektfremde Leistungen vergeben werden (die über dem einschlägigen Schwellenwert liegen). (mb)

**Bund – AlpTransit Gotthard AG – Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr** (*Confédération – AlpTransit Gotthard SA – Rapport avec le secteur du trafic*)

**(296) 1.** Das BVGer entscheidet, dass die AlpTransit Gotthard AG auch dann dem BöB unterliegt (vgl. Art. 13 AtraG und Art. 4 AtraV sowie Art. 2a Abs. 1 lit. b VöB), wenn sie ein softwarebasiertes «Projektcontrollingsystem» beschafft, mit welchem sie «das Kosten- und Finanzcontrolling sowie den Landerwerb des Infrastruktur-Grossprojektes AlpTransit Gotthard» bewerkstelligen kann. **2a.** Das Gericht hält zwar dafür, dass «die nachgefragte IT-Lösung ... im Unterschied etwa zur Entwicklung einer IT-Lösung im Bereich Bahnleitsystem ihrer Art nach gemäss allgemeinem Verständnis nicht «unmittelbar» etwas mit dem Verkehr zu tun hat». **b.** Doch es weist auch darauf hin, dass das in Art. 2a Abs. 2 lit. b VöB vorgesehene Erfordernis des «unmittelbaren» Zusammenhangs zwischen dem Bereich Verkehr und dem Auftragsgegenstand «in Übereinstimmung mit dem Bilateralen Abkommen auszulegen» ist, sodass «zu fein differenzierende Abgrenzungen vermieden werden sollen» und «an das Erfordernis des «unmittelbaren» Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind.» *BVGer B-4958/2013 (30.4.2014)*

**Anmerkung:** Vgl. zur massgebenden Vorschrift des Bilat-Abk (lit. a Anhang VIII) BR/DC 2013, S. 32 f., Nrn. 3 und 4; BR/DC 2013, S. 27 f., Nr. 8 (der dort durch den Berichtserstatter referierte Entscheid wird falsch bezeichnet; richtig ist: B-4958/2013, 23.10.2013). Vgl. ferner Fn. 11 Anhang II B Bilat Abk. Vgl. für klare Fälle des bestehenden Zusammenhangs BVGer B-4902/2013, 14.3.2014, E. 1.1; BVGer B-4904/2013, 14.3.2014, E. 1.1. (mb)

**Bund – Rahmenverträge mit mehreren Anbieterinnen** (*Confédération – Contrats-cadres avec plusieurs fournisseurs*)

**(297) 1.** «Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Lieferung von total ca. 40000 Flachbildschirmen verschiedener Dimensionen». **2.** «Gemäss der Neuausschreibung ... [sollten] «die zwei Anbieter einen Zuschlag erhalten, welche die beiden wirtschaftlich günstigsten Angebote unterbreiten», wobei es sich um zwei verschiedene Herstellerprodukte handeln müsse.» **3.** «Auch erfolge die vorliegende Ausschreibung ohne Mindestabnahmemenge (Grundauftrag) ... [Ein] Zuschlag allein [berechtigte] nicht zur Lieferung von Computermonitoren ... Die [Stellen] des Bundes können nach dem Konzept der Vergabestelle gemäss Bedarf der Ämter zwischen den beiden Zuschlagsempfängerinnen frei wählen, welches Produkt eingesetzt wird.» **4.** Die Ausschreibung zielt «auf den Abschluss eines Rahmenvertrags. Als Rahmenvertrag oder Rahmenvereinbarung werden Aufträge bezeichnet, die keine direkt umzusetzende Leistungspflicht enthalten, sondern lediglich die Konditionen (Preis und allenfalls Menge) für künftige Leistungsbezüge in einem bestimmten Leis-



tungszeitraum vorbestimmen». **a.** «Rahmenverträge sind als vergaberechtpflichtige öffentliche Aufträge zu qualifizieren, sofern dies auch für die vorgesehenen Einzelaufträge bei Einzelvergabe der Fall wäre.» **b.** «Rahmenverträge werden in der Lehre als zulässig angesehen. Weiter geht die Doktrin davon aus, dass es das Vergaberecht ohne Weiteres erlaubt, dass der Auftraggeber einen Rahmenvertrag ohne jegliche zu seinen Lasten gehende Bezugspflicht vergibt». *BVGer B-3526/2013 (20.3.2014)*

**Anmerkungen:** **1.** Von der Frage, inwiefern Rahmenverträge dem Vergaberecht unterstehen und, allenfalls auch ohne Bezugspflicht der Auftraggeberin, zulässig sind, ist die Frage zu unterscheiden, ob der parallele Abschluss von mehreren Rahmenverträgen über denselben Bedarf, aber jeweils ohne Bezugspflicht (hierdurch grenzt sich diese Konstruktion von der Losbildung ab) vergaberechtlich zulässig ist; aus der grundsätzlichen Zulässigkeit folgt m.E. noch keine Bejahung der zweiten Frage. Hier geht es darum, unter welchen Umständen es rechtens sein kann, die endgültige Entscheidung über die Person des Leistungserbringers erst nach Zuschlag und Vertragsschluss zu fällen. **2.** Diese bei genauer Betrachtung höchst facettenreiche Frage bedarf der gesetzlichen Regelung. **a.** Zu klären ist insbesondere, ob parallele Rahmenverträge ohne Bezugspflicht wie jene im Berichtsfall nur bei im Vertrag preislich und qualitativ (technisch) bereits abschliessend definierten Produkten (die später durch diverse Entscheidungsträger schlicht abgerufen werden) oder auch bei solchen Verhältnissen zulässig sind, bei denen für jede Einzelbestellung noch gewisse nicht unwesentliche Punkte ad hoc offeriert werden müssen (sog. «Minitender»). **b.** Falls auch diese Verträge zulässig sind, fragt sich weiter, ob die Einzelbestellungen als anfechtbare Vergaben zu betrachten sind, zumal bei einer Parallelvergabe ohne Bezugspflicht und späterer Nachofferte im (ersten) Vergabeverfahren nur ein erster Teil der letztlich zum tatsächlichen Auftrag verhelfenden Offerte eingereicht und beurteilt wird, der zweite Teil jedoch zum Zeitpunkt der jeweiligen Einzelbestellung. **c.** Je mehr die Einzelbestellungs-Offerten zum Gehalt der Einzelbestellung beitragen (unabhängig davon, wie viel von diesem Gehalt durch die Auftraggeberin ad hoc vorgegeben wird), desto weniger kann der Rahmenvertragszuschlag als definitiv betrachtet werden, und umso mehr erscheint die Sichtweise der Einzelbestellung als (abermalige) Zuschlagsverfügung als legitim. (mb)

**Bern – Unterstellung unter das Beschaffungsrecht** (*Berne – Assujettissement au droit des marchés publics*)

**(298) 1a.** Eine dem Submissionsrecht unterstehende öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen beschafft, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen, und hierfür eine Gegenleistung erbringt. **b.** Vorliegend tritt das Gemeinwesen nicht als Nachfrager, sondern als *Anbieter* auf: Die Einwohnergemeinde Bern bietet ihr Altpapier zum Verkauf

an. **c.** Allerdings hat die Abnehmerin i.c. nicht nur einen Preis zu bezahlen, sondern gleichzeitig auch gewisse Dienstleistungen zu erbringen; insbesondere muss sie einen Umladeplatz für die Annahme des Altpapiers bereitstellen, das angelieferte Material selber aufbereiten und zum Verwertungsbetrieb transportieren. **2a.** Das Verwaltungsgericht hält fest, dass diese Dienstleistungen – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nichts am Charakter des ausgeschriebenen Geschäfts als Verkauf einer Sachleistung durch die EG Bern ändern würden. **b.** Der Umstand, dass die EG Bern den als Umladeplatz benötigten Raum nicht selber organisiere, sondern diese Aufgabe auf die Käuferin überwälzen wolle, könne bei diesen Gegebenheiten nicht ausschlaggebend sein. Im Übrigen erbringe die EG Bern die Hauptleistung, die im Zusammenhang mit der Entsorgung des Altpapiers anfallt, selber, nämlich das Einsammeln des Materials bei den Haushalten und dessen zentrales Abliefern. Sie überbinde ihrer Vertragspartnerin ausschliesslich *Leistungspflichten*, die mit dem Verkauf des Altpapiers *unmittelbar verbunden* und bei Veräusserungsgeschäften *üblich* seien. Es liege deshalb weder ein eigentliches Mischgeschäft vor, noch drohe die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts durch eine geschickte Bündelung von Geschäften. **c.** An der Qualifikation als Sachleistung der EG Bern ändere auch der Umstand nichts, dass diese sich bei der Auswahl der Vertragspartnerin nicht allein vom Preis leiten lasse, sondern insbesondere der Lage des Umladeplatzes ein beträchtliches Gewicht gegeben werde. Die EG Bern bestimme weitgehend frei, nach welchen Kriterien sie ihre Vertragspartnerin auswählen wolle, und dürfe durchaus auch etwa Überlegungen zur Verkehrsbelastung oder zum Umweltschutz in ihren Entscheidungen einfließen lassen. **3a.** Die Streitigkeit unterstehe deshalb nicht dem öffentlichen Vergaberecht. **b.** Bei der Wahl der Vertragspartnerin handle es sich zudem um keine Verfügung im Sinn von Art. 49 Abs. 1 VRPG, sondern um einen kommunalen Beschluss im Sinn von Art. 60 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 VRPG. *VGer (TA) BE VGE 110.2013.157 (26.7.2013)* (sts)

**Berne – Vente par la collectivité publique** (*Berne – Verkauf durch das Gemeinwesen*)

**(299)** La vente de vieux papier par la ville de Berne à une entreprise privée n'est pas soumise au droit des marchés publics. En effet, dans ce cas, la collectivité publique ne cherche pas de prestataire, mais agit elle-même en cette qualité. Le fait qu'en plus du prix, le cocontractant doive également fournir d'autres prestations n'y change rien. *TA (VGer) BE VGE 100.2013.157 (26.7.2013); JAB 2013 521 ss.* (jbz)

**Tessin – Agriculture** (*Tessin – Landwirtschaft*)

**(300)** L'attribution d'un pâturage ne nécessite pas de mise en concurrence. *TA (VGer) TI 52.2013.81/87 (13.5.2013).* (jbz)

### ■ Adjudication en interne / Interne Vergaben

**EuGH – Quasi-in-house-Vergabe – Kontrollerfordernis** (*CJUE – Marché quasi in-house – Condition du «contrôle»*)

**(301) 1.** Die (staatliche) Technische Universität Hamburg-Harburg wollte der im Besitze von Bund und Ländern (insb. Hamburg) stehenden Hochschul Informations System GmbH einen IT-Vertrag ohne Ausschreibung erteilen. **2.** Nach dem EuGH kann das Kontrollerfordernis im Sinne der Quasi-in-house-Regeln («Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle») nicht erfüllt sein, wenn die auftraggebende Stelle lediglich einen Teil der Tätigkeiten der auftragnehmenden Stelle kontrolliert und diese in anderen Tätigkeiten Autonomie genießt. Das gilt gerade auch dann, wenn es um eine Universität geht, die durch ein Bundesland insbesondere hinsichtlich des Beschaffungsverhaltens kontrolliert wird, die aber in Bezug auf Lehre und Forschung weitgehend frei ist. **3.** Weil Kontrolle in diesem Sinne in casu nicht gegeben ist, läßt der Gerichtshof einstweilen offen, «ob die Ausnahme für die [Quasi-] In-House-Vergabe auf sogenannte horizontale In-House-Geschäfte angewendet werden kann, d. h. auf Fälle, in denen derselbe oder dieselben öffentlichen Auftraggeber eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen über zwei verschiedene Wirtschaftsteilnehmer ausüben, von [denen] der eine einen Auftrag an den anderen vergibt». Denn dafür müsste die übergeordnete Auftraggeberin die beiden Wirtschaftsteilnehmerinnen im Sinne des Kriteriums kontrollieren. *EuGH C-15/13 (8.5.2014; Technische Universität Hamburg-Harburg)*

**Anmerkungen:** **1.** Nach meinem Dafürhalten hält der EuGH ohne überzeugenden Grund an einem stark bildhaft geprägten Verständnis der für eine Befreiung von der Vergaberechtsgeltung erforderlichen «Kontrolle» fest und übergeht damit die materielle Funktion dieses Erfordernisses zugunsten der Wettbewerbsneutralität, die sich m. E. schlicht darauf beschränkt, dass sichergestellt ist, dass die auftragnehmende Stelle keine (mehr als marginalen) Marktaktivitäten entfaltet und dass an ihr keine Privaten beteiligt sind (vgl. BR/DC 2009, S. 75 f., Nr. S4; BR/DC 2009, S. 172 f., Nr. S59; BR/DC 2013, S. 196 ff., Nr. 244). **2.** Vgl. zur (künftigen) Zulässigkeit der horizontalen Quasi-in-house-Vergabe Art. 12 Abs. 2 der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU. (mb)

**EuGH – Öffentliche Zusammenarbeit** (*CJUE – Coopération publique*)

**(302)** Der EuGH bestätigt die grundsätzliche Vergaberechtsfreiheit der Öffentlichen Zusammenarbeit im Sinne des Urteils C-159/11 (Azienda Sanitaria Locale di Lecce), hält aber fest, dass die Beschaffung einer Hochschulmanagement-Software durch eine Universität bei einer (öffentlich gehaltenen) Softwareunternehmung «nicht der

Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe im Sinne dieser Rechtsprechung» dient, so dass diese Beschaffung nicht unter den Titel der Öffentlichen Zusammenarbeit fällt. *EuGH C-15/13 (8.5.2014; Technische Universität Hamburg-Harburg)*

**Anmerkung:** Zum Urteil Azienda Sanitaria Locale di Lecce BR/DC 2013, S. 30 f., S. 185 ff. Vgl. auch das Urteil Piepenbrock (C-386/11), BR/DC 2014, S. 16 ff. Vgl. ferner zur «gemeinsamen öffentlichen Aufgabe» sowie zur Art der im Rahmen einer öffentlichen Zusammenarbeit möglichen Tätigkeiten Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU: «Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen.» (mb)

### ■ Soumissionnaires particuliers / Besondere Anbieter

**Luzern – Gemeinnützige Genossenschaft** (*Lucerne – Co-opérative d'intérêt général*)

**(303) 1.** Aufträge, die öffentliche Auftraggeberinnen zugunsten von Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten erteilen, bleiben grundsätzlich von der Geltung des Vergaberechts ausgenommen (vgl. Art. XXIII:2 GPA; § 2 lit. d öBG-LU). Die entsprechend zur Vergaberechtsfreiheit führenden Begriffe sind allerdings eng auszulegen. **2.** Eine durch kirchennahe Personen gegründete privatrechtliche Genossenschaft mit gemeinnützigem Zweck, welche dem Kanton eine Baute erstellen und sodann langfristig vermieten soll (vgl. Nr. 292 im vorliegenden Heft), wofür sie nach kaufmännischen Grundsätzen kalkuliert und eine gewisse Rendite erwartet, erfüllt die Kriterien des Begriffs der Wohltätigkeitseinrichtung nicht. **a.** Nur Einrichtungen, die Leistungen anbieten, welche sie zur Unterstützung bestimmter Personenkreise durch diese herstellen lassen, können vergaberechtsfrei beauftragt werden, sofern die Auftraggeberin damit auch die Unterstützung der Leistungsherstellung als solche beabsichtigt. Eine solche vorbestehende Tätigkeit liegt in casu nicht vor, und ohnehin sollen die Bauarbeiten an gewöhnliche Unternehmen vergeben und soll die Vermietung nicht durch benachteiligte Personen bewerkstelligt werden. **b.** Dazu kommt, dass die Genossenschaft das Geschäft ohne eigenen Verlust, sondern mit einer gewissen Rendite kalkuliert und ihr ein – wenngleich beschränktes – Gewinnstreben nicht abgesprochen werden kann. Nur mit nichtkommerzieller Absicht und auf ebensolcher Basis angebotene Leistungen jedoch entgegen dem Vergaberecht unter dem Titel der Vergabe an

eine Wohltätigkeitseinrichtung. *KGer LU 7H 13 98 (12.2.2014)*

**Anmerkung:** Vgl. auch *VGer ZH VB.2007.00531, 1.10.2008, E. 3 (BR/DC 2009, S. 74 f., Nr. S2).* (mb)

## 2. Récusation et préimplication / Ausstand und Vorbefassung

**Bund – Ausstand – Grundsätze** (*Confédération – Récusation – Principes*)

**(304) 1.** Nach der «höchstrichterlichen Rechtsprechung [gelten] für die Anforderungen an die Unabhängigkeit entscheidender Behörden je nach den Umständen und je nach Verfahrensart unterschiedliche Massstäbe, d.h. für verwaltungsinterne Verfahren gilt nicht der gleich strenge Massstab wie ... für unabhängige richterliche Behörden. Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden.» **2.** «Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege – und damit auch die regelhafte Zuständigkeitsordnung nicht illusorisch wird – ist ein Ausstandsbegehren gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen.» **3.** «Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz ist formeller Natur. Eine in Missachtung der Ausstandsvorschriften getroffene Verfügung ist daher anfechtbar und aufzuheben, und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an ihrer Aufhebung besteht. Aus diesem Grund muss die den Entscheid wegen Verletzung der Ausstandsbestimmungen anfechtende Person nicht nachweisen, dass dieser ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre. Soweit demnach die Vergabestelle darauf hinweist, dass das Evaluationsteam aus mehreren Personen besteht, womit der Einfluss des zuständigen Projektleiters beschränkt sei, ist sie von vornherein nicht zu hören.» **4.** Die «Bestätigung des Mitarbeiters, wonach keine Ausstandsgründe vorliegen, ... genügt [nicht], um eine entsprechende Rüge zu entkräften». *BVGer B-4958/2013 (30.4.2014)* (mb)

**Bund – Ausstand – Frühere Anstellung bei der Zuschlagsempfängerin** (*Confédération – Récusation – Emploi antérieure chez l'adjudicataire*)

**(305) 1.** Herr P. war als Angestellter der öffentlichen Auftraggeberin an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt. Von 2001 bis 2003 stand er im Lohn der heutigen Zuschlagsempfängerin und war da hauptsächlich mit der Implementierung der Vorgängerleistungen der heute umstrittenen Beschaffung bei der heutigen Auftraggeberin betraut. Zwischen 2003 und 2007 war er auf anderen Fel-

dern tätig, um 2007 schliesslich zur Auftraggeberin zu stossen. **2.** Das BVGer erkennt in diesem Sachverhalt alleine keinen objektiven Grund, um auf einen Anschein von Befangenheit von Herrn P. zu schliessen. Tragend ist dabei vorab der Umstand, dass die Anstellung rund zehn Jahre zurückliegt und dass nicht erstellt ist, dass in der Zwischenzeit spezifische Kontakte stattgefunden hätten oder eine besondere Verbindung aufrechterhalten worden wäre. Unterstützend wirkt ferner, dass sich Herr P. vor der streitbetroffenen Ausschreibung einmal für eine freihändige Beschaffung der infrage stehenden Leistungen bei einer Konkurrentin der Zuschlagsempfängerin ausgesprochen hatte. *BVGer B-4958/2013 (30.4.2014)*

**Anmerkung:** Vgl. demgegenüber für einen Fall, in dem die Anstellung des Angestellten der Vergabestelle bei der nachmaligen Zuschlagsempfängerin vergleichsweise kurze Zeit vor der Vergabe beendet worden war und spezifische Kontakte auch danach gepflegt worden waren *BVGer B-4852/2012 (15.11.2012), BR/DC 2013, S. 192 ff., Nr. 243.* (mb)

**Confédération – Récusation d'un privé** (*Bund – Ausstand eines Privaten*)

**(306) 1.** Récusation: il y a lieu d'admettre qu'une personne qui prend part à la procédure d'adjudication et qui, en tant qu'ancien cadre d'un soumissionnaire, a créé un service ou l'a dirigé pendant une longue période ou qui, en qualité d'expert, a développé dans un service de nouveaux procédés ou de nouveaux produits apparaît en principe, prévenu si le changement d'emploi est récent et si le marché en cause concerne principalement le même service. **2.** L'intérêt public à l'exécution la plus rapide possible du marché attribué revêt d'emblée une importance considérable; il n'y a toutefois pas lieu de lui attribuer d'aussitôt un poids prépondérant. Plus l'examen *prima facie* révèle que le recours a des chances d'être admis, plus les intérêts publics invoqués par le pouvoir adjudicateur doivent être importants pour que la demande d'effet suspensif soit rejetée. En l'espèce, l'autorité adjudicatrice n'a pas démontré l'urgence à entreprendre sans délai les travaux. L'intérêt de la recourante l'emporte et l'effet suspensif est accordé. *TAF (BVGer) B-804/2014 (16.4.2014).* (j bz)

## 3. Procédure d'adjudication / Vergabeverfahren

### ■ Principes de procédure / Verfahrensgrundsätze

**Bund – Gleichbehandlung – nachgereichte Nachweise** (*Confédération – Egalité de traitement – Communication tardive d'une preuve*)

**(307)** Die «Gleichbehandlung in der Eignungsprüfung [im Vergabeverfahren gebietet], dass für den Fall, dass so-

wohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin Referenzen nachliefern, die Vergabestelle, welche die nachgelieferten Belege der Zuschlagsempfängerin berücksichtigt, auch diejenigen der Beschwerdeführerin würdigt. ... Andererseits kann auch die Beschwerdeführerin ohne widersprüchliches Verhalten nicht rügen, die Vergabestelle berücksichtigte nachgereichte Unterlagen der Zuschlagsempfängerin, wenn sie selbst ebenfalls Referenzangaben nachgereicht hat.» *BVGer B-4958/2013* (30.4.2014) (mb)

**Wallis – Wahl des Verfahrens – Selektives Verfahren** (*Valais – Choix de la procédure – Procédure sélective*)

**(308) 1a.** Der Ausschreibung der Vergabestelle liess sich nicht der geringste Hinweis darauf entnehmen, um welche Vergabeart es sich handelte, doch führte sie anschliessend ein selektives Verfahren mit Beschränkung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Anbieter durch. **b.** Das Kantonsgericht hielt fest, dass diese Limitierungsabsicht in der Ausschreibung oder aber jedenfalls in den Präqualifikationsunterlagen im Voraus bekannt zu geben gewesen wären. Überdies hätte die Ausschreibung in der ersten Phase des selektiven Verfahrens, eine Rechtsmittelbelehrung enthalten müssen. **c.** Hätte die Vergabestelle den Nachweis, dass die effiziente Durchführung des Verfahrens eine Beschränkung der Anbieter erfordere, erbringen können, hätte sie immer noch die Zahl der Anbieter nicht auf weniger als drei beschränken dürfen – es wurden nur zwei Anbieter zur Offerteinreichung eingeladen. **2a.** Das Kantonsgericht hielt der Vergabestelle im Übrigen vor, dass sie die nicht präqualifizierten Anbieter nie darüber informiert hatte, dass sie zur zweiten Stufe des Verfahrens (Offerteinreichung) nicht zugelassen wurden. Diese Nichtberücksichtigung von Anbietern bedürfe im selektiven Verfahren einer anfechtbaren Verfügung. **b.** Die Vergabestelle habe erst dann die präqualifizierten Unternehmen zur Einreichung einer Offerte einladen dürfen, nachdem der Selektionsentscheid rechtskräftig geworden ist. *KGer (TC) VS A1 13 230* (20. September 2013) (sts)

**Graubünden – Freihändiges oder Einladungsverfahren – Auftragswert** (*Grisons – Procédure de gré à gré ou sur invitation – Valeur seuil*)

**(309) 1a.** Die Architekturdienstleistungen *Vorprojekt* über CHF 70000 (inkl. MWST) und *Bauprojekt* über CHF 208764 (inkl. MWST) wurden je einzeln als selbständige Aufträge vergeben **b.** Die Beschwerdeführer rügten, dass unrechtmässig eine freihändige Vergabe stattgefunden (Verletzung des Zerstückelungsverbots) und aus diesem Grund kein Zuschlagsentscheid vorgelegen habe. **2.** Während sich die freihändige Vergabe des Vorprojekts an den Architekten als rechtmässig erwies, wurde die freihändige Vergabe des Auftrages Bauprojekt als rechtswidrig beurteilt, weil der Schwellenwert zum Einladungsverfahren überschritten werde. **3.** Eine Zurückweisung des

Auftrages Bauprojekt an die Vergabestelle zur neuen Vergabe scheiterte allerdings daran, dass verschiedene Arbeiten *bereits ausgeführt* waren: Mit den noch offenen Leistungen über CHF 39315 wurde der Schwellenwert für ein Einladungsverfahren von CHF 100000 nicht (mehr) erreicht. *VGer (TA) GR U 13 86 und 87* (13.1.2014) (sts)

**Graubünden – Wahl des Verfahrens – Einladungsverfahren – Vorbefassung** (*Grisons – Choix de la procédure – Procédure sur invitation – Préimplication*)

**(310) 1a.** An der Wahl des Einladungsverfahrens gab es vorliegend aufgrund des Auftragswertes nichts auszusetzen. Hingegen hatte die Vergabestelle lediglich zwei Anbieterinnen zur Offertstellung eingeladen. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. c SubG sollten aber nach Möglichkeit mindestens drei Angebote eingeholt werden. **b.** Die Beschwerde wurde deshalb wegen Verletzung der Regeln zum Vergabeverfahren gutgeheissen und der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben. **2.** Das Verwaltungsgericht machte in Bezug auf das zu wiederholende Verfahren darauf aufmerksam, dass gewisse Gemeinsamkeiten zwischen den Ausschreibungsunterlagen der umstrittenen Arbeitsvergabe und den eingereichten Dokumenten der Zuschlagsempfängerin aus anderen Vergaben auffallend seien und mit einer pauschalen Bestreitung durch die Vergabestelle auch (noch) nicht ausgeräumt werden könnten. *VGer (TA) GR U 13 91* (20.12.2013) (sts)

#### ■ Procédure de gré à gré / Freihändiges Verfahren

**Luzern – Beweislast** (*Lucerne – Fardeau de la preuve*)

**(311)** Die Beweislast für die eine Freihandvergabe (allenfalls) rechtfertigenden Umstände – namentlich für unverschuldete Dringlichkeit – liegt bei der Vergabestelle. *KGer LU 7H 13 98* (12.2.2014) (mb)

**Luzern – Dringlichkeit – Voraussetzungen** (*Lucerne – Urgence – Conditions d'application*)

**(312) 1.** Dringlichkeit liegt nach dem Wortlaut der entsprechenden Freihand-Ausnahmebestimmungen (Art. XV Abs. 1 lit. c GPA; § 6 Abs. 2 lit. a öBV-LU) nur vor, wenn die Zeit für ein öffentlich ausgeschriebenes Verfahren (auch mit verkürzten Fristen) nicht ausreicht. **2.** Die Dringlichkeit muss zudem Folge eines unvorhergesehenen Ereignisses sein. **a.** Ausgeschlossen ist die Anrufung des Dringlichkeits-Tatbestands daher, wenn die Vergabestelle die Dringlichkeit aufgrund eigener Handlung oder Unterlassung selbst zu vertreten hat. **b.** In diesem Sinne genügt es nicht, dass die Dringlichkeit aus Gründen eingetreten ist, die ausserhalb des Machtbereichs der Vergabestelle liegen, wenn die Vergabestelle zunächst genügend Zeit für eine ordentliche Beschaffung gehabt hätte, diese

aber aus eigenem Verschulden nicht sorgsam und umsichtig genutzt hat. *KGer LU 7H 13 98 (12.2.2014)*

**Anmerkungen:** **1.** Tatsächlich vorliegende Dringlichkeit ist im Sinne der Regeln über die Freihandvergabe grundsätzlich nur dann rechtserheblich, wenn die Vergabestelle deren Eintritt weder durch eigene vermeidbare Handlungen herbeigeführt noch sorgfaltspflichtwidrig übersehen oder geschehen lassen hat (vgl. auch BVGer B-4657/2009, 20.7.2010, E. 2.6.4, BR/DC 2010, S. 215, Nr. S56: Dringlichkeit liegt nicht vor, wenn genügend Zeit für ein Ausschreibungsverfahren mit gekürzten Fristen bliebe). **2.** In Ausnahmefällen werden allerdings derart hoch zu gewichtende öffentliche Interessen derart stark gefährdet sein (falls nicht umgehend beschafft wird), dass auch ein Verschulden der Vergabestelle der Freihandvergabe nicht entgegenstehen kann und die Verletzung der Ausschreibungspflicht zumindest vorläufig unbehoben bleibt. (mb)

**Neuchâtel – Appel d’offres infructueux (Neuenburg – Fruchtlose Ausschreibung)**

(313) Une seule offre ayant été déposée et l’aptitude de ce soumissionnaire étant niée, il n’y avait plus aucune offre qui satisfaisait aux exigences des documents de soumission. Le pouvoir adjudicateur pouvait donc interrompre la procédure et même entamer une procédure de gré à gré conformément à l’art. 4 al. 1 lit. a RELCMP. *TC (KGer) NE CDP.2013.370 (5.3.2014)*. (jzb)

#### ■ Le choix de la procédure / Wahl des Verfahrens

**Solothurn – Zulassung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren, Anforderungen an das freihändige Verfahren (Soleure – Adjudication de gré à gré sous un régime de concurrence, exigences en matière de procédure de gré à gré)**

(314) **1.** Der Zweckverband W. holte für den Neubau einer Verbindungsleitung verschiedene Offerten ein. Die B.-AG reichte ein Preisangebot von CHF 120910.00 und die Z.-AG eines von CHF 120950.00 ein. Der Zweckverband W. erteilte den Zuschlag der Arbeiten in der Folge an die (teurere) Z.-AG mit der Begründung, die Angebote seien nahe beieinander (Differenz lediglich CHF 40.00), weshalb andere Kriterien massgebend sein sollten wie die *gute Erfahrung* und die *Nähe* der Z.-AG zum Verbandsgebiet. **2.** Das Verwaltungsgericht hielt in seinem Entscheid vorab fest, dass mit der Zulassung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren der Verpflichtung zum sorgsamem Umgang von öffentlichen Mitteln Rechnung getragen werde. Das Einholen mehrerer Offerten dürfe aber nicht dazu führen, dass automatisch das nächsthöhere Vergabeverfahren – das Einladungsverfahren – zur Anwendung gelange. Dadurch, dass die Vergabestelle mehrere Offerten eingeholt habe, werde auch im Kanton

Solothurn nicht per se das Einladungsverfahren anwendbar. **3a.** Bezüglich der Erteilung des Zuschlagsentscheids stellte das Verwaltungsgericht fest, dass weder im Brief zur Submission noch im Offertformular oder dem Leistungsverzeichnis, Zuschlagskriterien angegeben wurden. Obschon es sich nicht um den klassischen Fall weitgehend standardisierter Güter handelte, könne damit einzig der *Preis* als Zuschlagskriterium entscheidend sein. **b.** Mit dem Heranziehen weiterer Kriterien während des Verfahrens sei der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung verletzt worden. **c.** Das Zuschlagskriterium der Beheimatung sei gleichzusetzen mit der Ortsansässigkeit und Ortskenntnissen, welche als unzulässige vergabefremde Zuschlagskriterien gälten. Diese könnten nur in Ausnahmefällen – welche hier nicht vorliegen – als Zuschlagskriterien angewendet werden. *VGer (TA) SO VWBES.2013.383 (16.12.2013)* (sts)

**Tessin – Annulation d’une procédure sur invitation (Tessin – Aufhebung eines Einladungsverfahrens)**

(315) Annulation d’office d’une procédure sur invitation en raison du caractère artisanal du marché et du dépassement de la valeur seuil. *TA (VGer) TI 52.2013.334 (27.9.2013)* (jzb)

## 4. Appel d’offres / Ausschreibung

### ■ Interprétation et principes / Auslegung und Grundsätze

**Bund – Auslegungsgrundsätze (Confédération – Principes d’interprétation)**

(316) **1.** Die Vergabestelle hat technische Spezifikationen sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsdokumenten so zu umschreiben, dass die gewöhnliche Bedeutung ihrer Wortwahl mit ihrem tatsächlichen Erklärungswillen übereinstimmt. Die Bieterinnen dürfen nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass die Anforderungen und Kriterien im herkömmlichen Sinne zu verstehen sind, sofern die Vergabestelle keine ausdrücklichen abweichenden Erläuterungen abgibt. Das heisst, dass die Vergabestelle ihre Erklärungen im Verfahren in diesem herkömmlichen Sinne anzuwenden und umzusetzen hat. **2.** Weil das Vergaberecht dem Grundsatz nach einen möglichst breiten Wettbewerb fördern soll, sind technische Spezifikationen im Zweifel nicht leichthin in einer Art zu verstehen, die zu einer starken Verengung des möglichen Anbieterkreises (allenfalls auf einen einzigen Kandidaten) führt; solche Spezifikationen müssten durch die Vergabestelle in besonders klarer Weise entsprechend formuliert werden. *BVGer B-4958/2013 (30.4.2014)*

**Anmerkung:** Vgl. zu Ziff. 1 des obenstehenden Berichts auch BVGer B-4902/2013, 14.3.2014, E. 4.5; BVGer

B-4904/2013, 14.3.2014, E. 4.5; BVGer B-6876/2013, 20.2.2014, E. 3.4.1; BVGer B-6533/2013, 14.1.2014, E. 5.2. Vgl. auch Nr. 291 im vorliegenden Heft. (mb)

**Graubünden/BGer – Hierarchie der Vorgaben – Definitionsfreiheit** (*Grisons/TF – Hiérarchie des instructions – Liberté dans la définition du marché*)

(317) «Eine generelle Vorgabe, wonach die Anlage dem neusten Stand der Technik entsprechen müsse, kann nicht Vorrang haben vor den detaillierten Einzelvorgaben, würden diese doch sonst überflüssig. Es ist der Vergabestelle im Übrigen auch nicht verwehrt, sich mit einem weniger leistungsfähigen Gerät zufrieden zu geben, selbst wenn auf dem Markt leistungsfähigere erhältlich wären.» *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)* (mb)

■ **Spécifications techniques / Technische Spezifikationen**

**Bund – Auslegung – Angedrohter Ausschluss** (*Confédération – Interprétation – Menace d'exclusion*)

(318) **1.** Ausgeschrieben war die Lieferung von 22- sowie 24-Zoll-PC-Monitoren. Die Vergabestelle hatte dabei gemäss (korrigiertem) Pflichtenheft unter ausdrücklicher Ausschlussdrohung für die sichtbare Diagonale der Pannelanzeige der 22-Zoll-Geräte insbesondere spezifiziert: «mind. 535 mm – (bis) 575 mm / mind. 21.06 Zoll – (bis) 22.637 Zoll» (für die anderen Monitore bestanden analoge Vorgaben; im ursprünglichen Pflichtenheft stand: «mind. 535 mm x 575 mm / mind. >21.06 Zoll x <22.637 Zoll»). **2.** Die Beschwerdeführerin hatte (u.a.) ein Angebot für einen 22-Zoll-Monitor mit einer Diagonalen von 584 mm bzw. 22.9921 Zoll eingereicht, das die Vergabestelle ausschloss. **3.** Das BVGer hält das Pflichtenheft im umstrittenen Punkt auch in der korrigierten Fassung noch nicht für besonders klar, geht aber davon aus, dass die Beschwerdeführerin verstanden haben musste, dass die Vergabestelle eine Bandbreite von zulässigen Bildschirmdiagonalen hatte vorgeben wollen. **4.** Das Gericht schützt den Ausschluss der Offerte in der Folge. Nicht entscheidend ist, dass die Vergabestelle auch die betreffenden Monitore zum Testbetrieb angefordert und der Beschwerdeführerin dabei oder danach keine Mitteilung betreffend Nichtkonformität gemacht hatte. **5.** Die Vergabestelle ist im Übrigen grundsätzlich frei in der Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfs (die Beschwerdeführerin hatte in einem anderen Angebot auch ausschreibungskonforme 22-Zoll-Monitore offeriert), und ihr Beharren auf einem ausgeschriebenem Toleranzbereich ist auch bei geringen Abweichungen nicht überspitzt formalistisch. Ob die Vergabestelle geringfügige Abweichungen von Spezifikationen unter Umständen nach Ermessen akzeptieren dürfte, wenn sie das wollte, ist im Übrigen eine andere Frage. *BVGer B-3526/2013 (20.3.2014)* (mb)

**Bund – Auslegung – Fragenbeantwortung** (*Confédération – Interprétation – Réponse aux questions*)

(319) «Eine Antwort auf eine Anbieterfrage darf selbst für den Fall, dass sie missverständlich sein sollte, nicht leichthin dahingehend verstanden werden, dass die Vergabestelle technische Spezifikationen lockert.» *BVGer B-3526/2013 (20.3.2014)*

**Anmerkung:** Diesem Satz kann ich zustimmen, soweit es um «missverständliche» Antworten geht, welche zweideutig sind und der Anbieter beide Lesarten erkennen kann. Sind zwei Verständnismöglichkeiten erkennbar, soll der Anbieter nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich jener folgen, bei dem die Ausschreibung stabil bleibt und nicht verändert wird. Echte Missverständnisse aber, bei denen ein Bieter tatsächlich etwas anderes verstanden hat, als die Vergabestelle mitteilen wollte, und er nicht bemerkt hat, dass die Erklärung der Vergabestelle auch in einem anderen Sinne verstanden werden könnte, gehen nur dann zu Lasten des Bieters, wenn dessen Verständnis im Lichte von Treu und Glauben nicht schützenswert ist, wenn also gehörige Sorgfalt dazu geführt hätte, dass er den von der Vergabestelle beabsichtigten Sinn der Erklärung oder zumindest deren Mehrdeutigkeit erkannt hätte. (mb)

■ **Appel d'offres et protection juridique / Ausschreibung und Rechtsschutz**

**Bund – Ausschreibungsunterlagen – Zeitpunkt der Anfechtung** (*Confédération – Documents de soumission – Moment de la contestation*)

(320) **1.** In bewusster Abweichung von der zum kantonalen Recht ergangenen Praxis des BGER bestätigt das BVGer, dass die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Punkte in unter dem BöB geführten Vergabeverfahren nicht selbständig angefochten werden können und auch nicht mit Beschwerde gegen die öffentliche Ausschreibung gerügt werden müssen. Vielmehr können Rügen gegen diese Punkte noch mit Beschwerde gegen die nächstfolgende Verfügung – in der Regel ist das der Zuschlag, allenfalls ein Ausschluss – erhoben werden. **2.** Weiter ist das BVGer nicht der Auffassung, dass sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergäbe, dass alle mit dieser späteren Beschwerde in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen erhobenen Rügen ungeachtet ihrer Art verwirkt wären, wenn die entsprechende Rüge nicht schon vorher (als Soforträge) gegenüber der Vergabestelle erhoben worden ist. *BVGer B-3526/2013 (20.3.2014)*

**Anmerkungen:** **1.** Diese Rechtsprechung ist zu begrüßen; ebenso, dass sie nun gefestigt ist (vgl. auch BR/DC 2014, S. 35 f., Nr. 20; BR/DC 2013, S. 33 f., Nr. 5; BR/DC 2011, S. 115 f., Nrn. S19–S22). Die separate Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen ist gesetzlich nicht vorgesehen, und

die Anfechtung via Ausschreibungsverfügung binnen der entsprechenden Frist ist in den meisten Fällen nicht zumutbar. Treu und Glauben gebieten im Übrigen bei Weitem nicht in allen Fällen, dass eine Anbieterin alles, was sie an oder in den Ausschreibungsunterlagen als rechtlich problematisch erachtet, umgehend rügen müsste. Eine solche Rügeobliegenheit kann m.E. nur dann angenommen werden, wenn die Anbieterin davon ausgehen muss, dass die Vergabestelle die Problematik nicht kennt, jedoch Massnahmen ergriffe, wenn sie darauf aufmerksam gemacht würde (vgl. auch VGer ZH VB.2012.00657, 13.3.2013, E. 4.2.2). Dazu kommt der Fall, in dem die Anbieterin meint, an einer Offertstellung in sinnvoller Weise (oder überhaupt) gehindert zu werden. **2.** Vgl. zur Frage der Rügeobliegenheit gegenüber *Änderungen* der Ausschreibungsbedingungen Nr. 321 im vorliegenden Heft. \_\_\_\_\_ (mb)

**Bund – Änderung der Ausschreibungsunterlagen – Zeitpunkt der Rüge** (*Confédération – Modification des documents de soumission – Moment de la protestation*)

**(321) 1.** Die Vergabestelle hatte allen Anbieterinnen im Rahmen der Offertprüfung mitgeteilt, dass sie ein ausgeschriebenes Eignungskriterium (EK 8) streichen würde. Sie war zum Schluss gekommen, dass keine Anbieterin es erfüllte bzw. dass es sich als nicht prüfbar erwiesen hatte. **2.** Die spätere Beschwerdeführerin antwortete umgehend, sie erachte sich unter dem EK 8 als geeignet, und widersetzte sich der Streichung. Die Vergabestelle antwortete, dass die Beschwerdeführerin das EK 8 auch nach erneuter Prüfung nicht erfülle, und sie bat um eine Empfangsbestätigung. Die Beschwerdeführerin bestätigte den Empfang und äusserte sich im Vergabeverfahren nicht weiter zu diesem Punkt. **3.** «Während sich ohne erneute Prüfung der Referenzangaben durch die Vergabestelle die Frage stellen würde, ob blosses Stillschweigen als Verzicht auf den Protest verstanden werden kann, durfte die Auftraggeberin vorliegend angesichts der erneuten Prüfung ... und der blossen Empfangsbestätigung ... davon ausgehen, dass der Protest betreffend die Streichung des infrage stehenden Eignungskriteriums nicht aufrechterhalten wird.» **4.** Die Beschwerdeführerin kann «die Unzulässigkeit der Streichung des EK 8 im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags ... nach Treu und Glauben nicht mehr geltend machen». *BVGer B-3526/2013 (20.3.2014)*

**Anmerkung:** Im referierten Urteil (E. 5.3) lässt das BVGer im Übrigen auch anklagen, dass es die Streichung eines Eignungskriteriums, das wider Erwarten durch keine (oder fast keine) Anbieterin erfüllt wird, ohne dass deswegen die materielle Eignung der Anbieterinnen infrage stände, während eines laufenden Verfahrens für zulässig halten könnte – zumindest solange nicht angenommen werden muss, dass ohne Ausschreibung dieses Kriteriums ein anderer Teilnehmerkreis zu erwarten wäre. Diese m.E. richtige Überlegung ist in casu aber nicht entscheidend und begründet daher für sich genommen noch keine Praxis. \_\_\_\_\_ (mb)

**Valais – Interruption de la procédure** (*Wallis – Abbruch des Verfahrens*)

**(322)** Dans son recours, le soumissionnaire contestait la décision de l'adjudicateur d'interrompre la procédure d'adjudication. L'affaire est rayée du rôle, dès lors qu'il retire son recours. *TC (KGer) VS AI 13 323 (17.9.2013)* \_\_\_\_\_ (jzb)

**Neuchâtel – Interruption de la procédure d'adjudication** (*Neuenburg – Abbruch des Vergabeverfahrens*)

**(323) 1.** Il faut distinguer l'interruption définitive de la procédure d'adjudication d'une interruption suivie de sa répétition ou, le cas échéant, d'une adjudication de gré à gré. **2.** Le pouvoir adjudicateur ne saurait être contraint à poursuivre une procédure qu'il a décidé d'abandonner. L'autorité de recours vérifiera uniquement si la raison d'être de la soumission a effectivement disparu, voire faisait défaut. **3.** Le pouvoir adjudicateur ne peut valablement interrompre la procédure de soumission et renoncer au marché que s'il invoque de justes motifs. Ceux-ci doivent être suffisamment importants, ils ne peuvent être le fait de l'adjudicateur ni avoir été prévisibles. En l'espèce, le fait qu'une seule offre ait été déposée et l'inaptitude du soumissionnaire constituent de justes motifs pour interrompre la procédure. *TC (KGer) NE CDP.2013.370 (5.3.2014)* \_\_\_\_\_ (jzb)

**Vaud – Cahier des charges** (*Waadt – Pflichtenheft*)

**(324)** Le cahier des charges précise l'objet du marché. Il présente un caractère unilatéral et n'est pas propre à chaque soumissionnaire. Ce document ne constitue pas une pièce déterminante pour l'adjudication du marché. L'omission de la remise de la page de garde du cahier des charges constitue un défaut véniel. L'adjudicateur aurait dû inviter les recourantes à le réparer. Le recours est admis et leur offre doit être réintégrée dans la procédure d'évaluation. *TC (KGer) VD MPU.2013.0021 (19.12.2014)* \_\_\_\_\_ (jzb)

**Vaud – Interruption de la procédure d'adjudication** (*Waadt – Abbruch des Vergabeverfahrens*)

**(325)** L'autorité intimée a décidé de lancer l'appel d'offres litigieux, alors que le devis réévalué suite au développement définitif du projet était supérieur au crédit accordé. Le procédé consistant à sonder le marché et à interrompre la procédure si les offres rentrées n'atteignent pas la cible du devis initial est manifestement contraire à la bonne foi. Le pouvoir adjudicateur ne saurait en effet invoquer comme motif d'interruption de la procédure une situation qu'il a lui-même provoquée. Recours admis et annulation de la décision d'interruption. *TC (KGer) VD MPU.2013.0028 (14.5.2014)* \_\_\_\_\_ (jzb)

## 5. Aptitude / Eignung

### ■ Principes / Grundsätze

**Bund – Einzelerfüllung und Gesamtbetrachtung** (*Confédération – Observation individuelle et appréciation générale*)

(326) **1.** Die «Vergabestelle ging davon aus, die Eignung sei gesamtheitlich zu beurteilen; sie sei dann gegeben, wenn die Mehrheit der vielen einzelnen Detailprüfpunkte erfüllt sei.» **2.** «Diese Auffassung ist vergaberechtswidrig. ... Eignungskriterien, welche in dieser Art in den Ausschreibungsbestimmungen publiziert sind, müssen grundsätzlich alle erfüllt werden. ... [Deswegen ist] eine «Gesamtbetrachtung» im Sinne einer Kompensation ungenügender Eignungsnachweise durch den Nachweis entsprechender Erfahrung des Schlüsselpersonals nicht zulässig. Die Nichterfüllung derartiger Eignungskriterien führt vielmehr grundsätzlich zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden». *BVGer B-4902/2013 (14.3.2014); BVGer B-4904/2013 (14.3.2014)*

**Anmerkung:** Etwas anderes gilt, wenn sich aus der Ausschreibung etwas anderes ergibt. Grundsätzlich aber verträgt sich die hinter den Eignungskriterien stehende Idee, nämlich dass jedes dieser Kriterien ein Minimum beschreibt, das bei einem Bieter vorhanden sein muss, ansonsten nicht hinreichende faktische Gewähr für eine gehörige Auftragsbefriedigung nicht angenommen werden kann, nur in bestimmten Fällen mit der Kompensation eines Mangels unter einem Kriterium mit einer Übererfüllung in einem anderen Kriterium. (mb)

**Bund – Referenzen – Abschluss der Referenzarbeiten** (*Confédération – Références – Achèvement des travaux cités comme références*)

(327) **1.** «Die Frage, ob es anhand eines nicht abgeschlossenen Projektes überhaupt möglich ist, den Schluss zu ziehen, der betreffende Anbieter habe bereits einmal erfolgreich eine vergleichbare Aufgabe erfüllt, kann wohl nicht generell verneint werden. Gerade im Bereich von Bauausschreibungen ist es nicht unüblich, auch noch nicht vollständig fertiggestellte Projekte als Referenzen zuzulassen.» **2.** «Indessen kommt der Auskunft des Bauherrn des Referenzprojekts bei einem noch nicht abgeschlossenen Projekt eine weit grössere Bedeutung zu als bei einem bereits fertiggestellten Projekt, das bereits seiner bestimmungsgemässen Nutzung übergeben wurde.» **3.** Beim «Referenzprojekt [X. hatten] die Bauarbeiten im Zeitpunkt der Offerteinreichung noch gar nicht begonnen ..., weshalb es offensichtlich nicht möglich ist, daraus den Schluss zu ziehen, der betreffende Anbieter habe diese Aufgabe erfolgreich ausgeführt. Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen die Referenz [X.] als gültigen

Eignungsnachweis akzeptierte, hat sie den ihr zustehenden Ermessensspielraum klarerweise überschritten.» *BVGer B-4902/2013 (14.3.2014); BVGer B-4904/2013 (14.3.2014)* (mb)

**Bund – Referenzen – Nachfrage** (*Confédération – Demande de références*)

(328) **1.** Die Vergabestelle hatte unter den Eignungskriterien u.a. Referenzen über ausgeführte Projekte verlangt. Eine Anbieterin führte ein noch nicht ausgeführtes Vorhaben an und wurde namentlich deswegen nicht präqualifiziert. **2.** Sie erhob Beschwerde und machte geltend, sie hätte auch ein genügendes und bereits ausgeführtes Projekt nachweisen können. **3.** Die «Anbieterin [hat] in der vorliegenden Situation keinen Rechtsanspruch darauf ..., dass sich die Vergabestelle – anstelle des nicht ausgeführten – nach einem anderen, ausgeführten Referenzprojekt erkundigt, welches die Beschwerdeführerin im Vorfeld nicht einmal erwähnt hatte». *BVGer B-5363/2013 (22.1.2014)*

**Anmerkung:** Diese Feststellung des BVGer ist im Grunde nicht erstaunlich, angesichts von BGE 139 II 489, E. 3.2 (vgl. BR/DC 2014, S. 22 ff., Nr. 3), jedoch erwähnenswert, weil das BGer hier betont, dass im Vergabeverfahren der Grundsatz der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen gilt. In Bezug auf lücken- oder mangelhafte Angaben in den Offerten ist die Vergabestelle jedoch auch nach dem Bundesgericht (a.a.O., E. 3.2) nicht verpflichtet, nachzufragen. (mb)

**Bund – Referenzen – Subunternehmer** (*Confédération – Références – Sous-traitant*)

(329) **1.** «Die Ausschreibung sieht ausdrücklich vor, dass die Untervergabe an Subunternehmer zugelassen ist, ohne Beschränkung auf bestimmte Leistungspakete oder Teilleistungen. Vom Sinn und Zweck eines Eignungsnachweises her betrachtet ist es naheliegend, dass der «Nachweis seiner Eignung für die Realisierung des Werkes» für denjenigen zu erbringen ist, der das Werk realisieren soll. Sofern also nicht der Anbieter selbst, sondern ein Subunternehmer für die Realisierung eines bestimmten Leistungspakets vorgesehen ist, muss als «Anbieter» im Sinne dieser Ausschreibungsbestimmung daher auch, wenn nicht sogar insbesondere, dieser Subunternehmer zu verstehen sein. Es erscheint daher nicht als unzulässig, die Eignung in Bezug auf dieses Leistungspaket durch den betreffenden Subunternehmer nachzuweisen.» **2.** Die Zuschlagsempfängerin hat «das Referenzprojekt ... weder selbst geplant noch selbst ausgeführt ... [Sie] war lediglich Teil der Arbeitsgemeinschaft [Y.], welche den entsprechenden Subunternehmervertrag an das Subkonsortium [W.] ... vergab, welches [die referenzierten Leistungen] plante und ausführte. ... Der Vergabestelle kommt zwar ein grosser Ermessensspielraum zu bezüglich der Frage, ob eine eingereichte Referenz die gestellten Anforderungen



erfüllt oder nicht. Wenn die Vergabestelle indessen allein aus der dargelegten Untervergabe des Oberkonsortiums [Y.] an das Subkonsortium [W.] den Schluss ziehen will, die [Zuschlagsempfängerin] habe bereits einmal erfolgreich eine vergleichbare Aufgabe ausgeführt, dann hat sie den ihr zustehenden Ermessensspielraum offensichtlich überschritten.» *BVGer B-4904/2013 (14.3.2014)*; vgl. zu *Ziff. 1 auch BVGer B-4902/2013 (14.3.2014)*

**Anmerkung:** Das BVGer erinnert zu Recht daran, dass die Eignungsprüfung dem materiellen Zweck dient, zu plausibilisieren, ob der Anbieter das abgegebene Leistungsversprechen tatsächlich gehörig erfüllen wird: Das Gericht hält den Grundsatz hoch, nach dem bei arbeitsteilig offerierter Leistung die Eignung primär bei jenem Subjekt (ARGE-Mitglied oder Subunternehmerin) vorliegen muss, das die Teilleistung erbringen soll, derentwegen das betreffende Eignungskriterium aufgestellt wurde. Das gilt vor allem für spezifisch gewisse Fähigkeiten und Erfahrungen prüfende Kriterien und ändert nichts daran, dass es auch allgemeine Eignungskriterien gibt (vgl. nur Art. 11 lit. f BÖB), welche stets durch die Anbieterin selbst bzw. durch sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft erfüllt werden müssen. (mb)

#### ■ Listes permanentes / Ständige Listen

**EuGH – Zwingende Zertifizierung von Anbietern – Niederlassungsfreiheit** (*CJUE – Certification obligatoire des soumissionnaires – Liberté d'établissement*)

(330) Die öffentlich-rechtliche Festlegung einer zwingenden Mindestgebühr für eine Zertifizierung, die durch unabhängige privatrechtliche Stellen (sog. «SOA») durchgeführt wird und durch die Anbieter im öffentlichen Vergabeverfahren vorgewiesen werden muss, stellt einen gerechtfertigten Eingriff in den (grenzübergreifenden) Wettbewerb dar: **1.** «Im vorliegenden Fall sind die SOA zum einen mit der Zertifizierung von Unternehmen betraut, da die Erlangung einer entsprechenden Bescheinigung eine notwendige Voraussetzung für die Teilnahme der betreffenden Unternehmen an den Ausschreibungen über öffentliche Bauaufträge ist. In diesem Kontext soll durch die italienischen Rechtsvorschriften gewährleistet werden, dass keine geschäftlichen oder finanziellen Interessen bestehen, die zu nicht unparteiischen oder diskriminierenden Verhaltensweisen der SOA gegenüber diesen Unternehmen führen könnten.» **2.** «Zum anderen können die SOA, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, keine anderen als die Zertifizierungstätigkeiten ausüben. Ausserdem müssen sie gemäss den nationalen Vorschriften über Ressourcen und Verfahren verfügen, die die Wirksamkeit und die Korrektheit der Erbringung ihrer Dienstleistungen garantieren können.» **3.** «Unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Dienstleistungsempfänger erhält die Unabhängigkeit der SOA gegenüber den Sonderinteressen

sen ihrer Kunden eine besondere Bedeutung. Eine gewisse Beschränkung der Möglichkeit, den Preis der Dienstleistungen mit diesen Kunden auszuhandeln, kann ihre Unabhängigkeit stärken.» *EuGH C-327/12 (12.12.2013; Ministero dello Sviluppo economico)* (mb)

## 6. Critères d'adjudication / Zuschlagskriterien

### ■ Principes / Grundsätze

**Bund – Referenzen – Vergleichbarkeit** (*Confédération – Références – Comparabilité*)

(331) **1.** Wenn es auch sein mag, dass mitunter faktische Abhängigkeiten zwischen den Bewertungen einer Offerte unter verschiedenen Zuschlagskriterien bestehen – beispielsweise, wenn (bewertete) gute Schlüsselpersonen aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten und Erfahrungen eine besonders gute (auch bewertete) Auftragsanalyse verfasst haben –, so ist es doch ausgeschlossen, ohne konkreten Bezug auf den Inhalt des Angebots und nur auf abstrakter Ebene beschwerdeweise eine Inkohärenz zwischen den Bewertungen unter verschiedenen Zuschlagskriterien zu rügen. Denn als solche bzw. im rechtlichen Sinne sind die Zuschlagskriterien grundsätzlich voneinander unabhängig; faktische Zusammenhänge schlagen sich in einer korrekten Bewertung automatisch nieder (andernfalls ist ein konkreter Bewertungsfehler zu rügen). **2.** In diesem Sinne hat von vornherein keinen Erfolg, wer ohne Bezugnahme auf sein Angebot behauptet, der Umstand, dass die Schlüsselpersonen mit der Note 4,5 bewertet worden seien, führe dazu, dass unter dem Zuschlagskriterium des Organigramms oder unter jenem der Auftragsanalyse mindestens die Note 3 erwartet werden dürfe. Das gilt erst recht, wenn eine Prüfung materieller Rügen keine Rechtsfehler bezüglich der einzelnen Bewertungen hervorgekehrt hat. *BVGer B-5164/2013 (27.11.2013)* (mb)

**Neuchâtel – Grille d'évaluation «transitoire»** (*Neuenburg – «Vorläufige» Bewertungsordnung*)

(332) Adjudication d'un marché portant sur des prestations d'ingénieur civil. Rien ne s'oppose à ce qu'une première grille d'évaluation «transitoire» soit complétée ou précisée après une séance de clarification, au risque sinon de priver de son but un telle séance, notamment au vu de l'art. 29 al. 2 LCMP; ce dernier prévoit qu'une telle séance doit être précédée d'un premier tableau comparatif de notes établi sur la base de l'examen des soumissions. *TC (KGer) NE CDP.2013.215 (19.12.2013)*. (j bz)

### ■ Communication des critères et de leur pondération / Bekanntgabe der Kriterien und ihrer Gewichtung

**Zürich – Nachweis der Eignung, Ermessen der Vergabestelle – Angebotsbewertung** (*Zurich – Preuve de l'aptitude, pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur – Evaluation des offres*)

(333) **1.** Die Anbieterinnen hatten gemäss den Ausschreibungsunterlagen drei Referenzobjekte anzugeben. Diese waren sowohl für den Eignungsnachweis als auch bei der Prüfung der Zuschlagskriterien von Bedeutung. Die «Referenzprüfung» wurde mit 30% gewichtet (weitere Zuschlagskriterien: Preis 60%; Lehrlingsausbildung 10%). **2a.** Beim Entscheid der Vergabestelle darüber, ob eine Referenzarbeit mit der ausgeschriebenen Leistung als *vergleichbar* erachtet wird, verfügt sie über ein grosses Ermessen. Im vorliegenden Entscheid war nicht entscheidend relevant, ob alle Referenzobjekte die aufgeführten Kriterien optimal erfüllten. Massgeblich blieb vielmehr, ob die Vergabestelle die von den Anbieterinnen genannten Referenzobjekte in dem Sinn für mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar halten durfte, dass die Anbieterinnen aufgrund der ausgewiesenen Erfahrung als für den zu vergebenden Auftrag geeignet erschienen. Dazu durfte die Beschwerdegegnerin die Eignung der Anbieterinnen auch aufgrund einer *Gesamtbetrachtung* bejahen. **2.** Es lag damit im Ermessen der Vergabestelle, allfälligen Unterschieden bei der Qualität der Referenzobjekte bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums «Referenzprüfung» Rechnung zu tragen. Dass sie dies nur in beschränktem Umfang tat, verpflichtete sie nicht, bei der Eignungsprüfung einen strengeren Massstab anzulegen. *VGer (TA) ZH VB.2014.00179 (11.4.2014)* (sts)

### ■ Le prix / Der Preis

**Wallis/BGer – Preiskurve – Verhältnis zur Gewichtung** (*Valais/TF – La pondération du critère du prix*)

(334) **1.** Das «Angebot der Beschwerdegegnerin ist 7,2% teurer als dasjenige der Beschwerdeführerin. Dafür hat die Beschwerdegegnerin 13% weniger Punkte (gewichtet 2,60) erhalten als die Beschwerdeführerin (gewichtet 2,99).» **2.** «Die Preisdifferenz hat sich damit in einer mehr als proportionalen Benotungsdifferenz niedergeschlagen, was den rechtlichen Anforderungen [gemäss Rechtsprechung des BGer zur Bewertung des Preiskriteriums] genügt.» **3.** «Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat diese Methode auch nicht dazu geführt, das die festgelegte Gewichtung von 60% für das Kriterium Preis geändert worden wäre: Bei ihr macht die Note für den Preis (2,99) 71% der Gesamtnote (4,20) aus, bei der Beschwerdegegnerin 55%.» *BGer 2C\_1196/2013 (21.2.2014)*

**Anmerkungen: 1.** In der Tat scheint eine Punkteskala, welche die realen Unterschiede zwischen den Offerten über-

mässig einebnet – namentlich eine allzu flache Preiskurve –, im Widerspruch zur Gewichtung des betreffenden Kriteriums zu stehen, zumal dann, wenn die Gewichtung bedeutend ist. **2.** Es gibt jedoch keinen intrinsischen Zusammenhang zwischen der Gewichtung eines Zuschlagskriteriums und der Punkteskala, die zur konkreten Bewertung unter dem entsprechenden Zuschlagskriterium angewandt wird. Klar ist zwar, dass die maximale Anzahl an (gewichteten) Punkten, die unter einem bestimmten Kriterium erreichbar ist, im gleichen Verhältnis zu der unter allen Zuschlagskriterien gesamthaft erreichbaren Anzahl an (gewichteten) Punkten stehen muss wie die Gewichtung dieses Kriteriums zum vollen Wert von 100 Prozent – bei 100 gesamthaft erhältlichen Punkten müssen unter einem mit 20 Prozent gewichteten Kriterium 20 Punkte erreichbar sein. Doch m.E. ist die durch das BGer vorgenommene Prüfung der Frage, in welchem Verhältnis das Preiskriterium bezüglich der einzelnen konkreten Offerten zum individuellen Gesamtpunkteergebnis dieser Offerten beigetragen hat, nicht zielführend, da die unausgesprochene Prämisse des Gerichts, wonach dieses Verhältnis bezüglich jeder konkreten Offerte (ungefähr) der Gewichtung des betreffenden Kriteriums entsprechen müsse, nicht zutrifft. Wie viel (in Prozenten) ein bestimmtes Kriterium bezüglich einer bestimmten Offerte zum Gesamtbewertungsergebnis dieser Offerte tatsächlich beiträgt, hängt von dieser Offerte (und z.T. von den anderen Offerten) ab, hat aber nichts mit der Gewichtung des infrage stehenden Kriteriums zu tun; der Beitrag eines bestimmten Kriteriums zum Gesamtergebnis einer bestimmten Offerte kann sich unabhängig von der Gewichtung dieses Kriteriums immer zwischen 0 und 100 Prozent bewegen (0 Prozent, wenn eine Offerte unter diesem Kriterium keine Punkte erhält; 100 Prozent, wenn eine Offerte ausschliesslich unter diesem Kriterium Punkte erhält). **3.** Übermässig flache oder steile Preiskurven bzw. übermässig einebnende oder spreizende Punkteskalen sind demgemäss nicht als Widerspruch zur Gewichtung zu verstehen (insbesondere dann nicht, wenn Gewichtung und Punkteskala nicht voreingängig bekannt gegeben werden). Vielmehr verletzen sie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, indem sie die Realität verzerrt in die Angebotsbewertung übertragen. (mb)

**Valais – Notation du prix** (*Wallis – Preisbewertung*)

(335) Si l'autorité entendait user, pour noter le prix, d'autres éléments que le montant offert et quantifier les écarts autrement que par une méthode usuelle, elle devait en informer les soumissionnaires qui n'avaient pas de raison de s'attendre aux sous-critères mentionnés. *TC (KGer) VS AI 14 408 (17.4.2014)* (jzb)

**Genève – Correction du prix** (*Genf – Preisanpassung*)

(336) **1.** Dans le domaine technique et formaliste des marchés publics, on ne saurait faire preuve de formalisme

excessif en exigeant des parties, qu'elles soient représentées ou non, des conclusions claires. **2.** Distinction entre le contrat de location de services et le contrat d'entreprise ou de montage. **3.** En l'espèce, la correction du prix par l'autorité adjudicatrice se justifiait dans un souci d'égalité de traitement et pour permettre une meilleure comparaison des offres. *TC (KGer) GE ATA/776/2013 (26.11.2013)* (j bz)

#### ■ Autres critères / Weitere Kriterien

**Bund – Anbieterbezogene Zuschlagskriterien** (*Confédération – Critères d'adjudication liés spécifiquement aux soumissionnaires*)

(337) **1.** Das BVGer verweist auf BGE 139 II 489 (2C\_91/2013, 23.7.2013) und erinnert daran, dass auch gemäss seiner Praxis die Zulässigkeit von anbieterbezogenen (und damit: nicht direkt leistungsbezogenen) Zuschlagskriterien, wie insbesondere die Erfahrung und Qualifikation von Schlüsselpersonen, anerkannt wird. **2.** Es gibt zugleich zu bedenken, dass die im konkreten Fall unter einem Zuschlagskriterium gemessenen Anbieteraspekte im Zusammenhang mit der Wirtschaftlichkeit der ausgeschriebenen Leistungen stehen und in diesem Sinne einen spezifischen Auftragsbezug aufweisen müssen. In diesem Sinne kommt die Berücksichtigung von Anbieteraspekten im Rahmen eines banalen Lieferauftrags («una banale commessa di forniture») grundsätzlich nicht in Betracht. **3.** Im Übrigen deutet es die Auffassung an, dass unternehmensspezifische Referenzen eher als Eignungskriterien fungieren sollten und personenspezifische eher als Zuschlagskriterien. *BVGer B-5164/2013 (27.11.2013)*

**Anmerkungen:** **1.** Vgl. zu BGE 139 II 489 BR/DC 2014, S. 22 ff., Nr. 3. **2.** Währenddem es nicht sehr viele Fälle geben dürfte, in denen Unternehmensreferenzen als Zuschlagskriterien gerechtfertigt werden können (indem gezeigt wird, dass in concreto höherwertige Unternehmensreferenzen tatsächlich eine höhere Qualität der Leistung erwarten lassen), dürften die Fälle häufig sein, in denen Schlüsselpersonen mit bestimmter Ausbildung und Erfahrung schon für die Eignung unabdingbar scheinen. In jedem Fall wäre es allzu schematisch, bestimmte Kriterien a priori der Eignung und andere a priori der Angebotsbewertung zuzuordnen. (mb)

**Bund – Referenzen – Vergleichbarkeit** (*Confédération – Références – Comparabilité*)

(338) **1.** Die Vergabestelle hatte die Erstellung eines Umweltverträglichkeitsberichts (UVB) betreffend das Bauprojekt einer zweiten Gotthard-Strassentunnelröhre ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterium sah sie unter an-

derem ein Referenzobjekt des Projektleiters vor, spezifizierte aber nicht, unter welchen Gesichtspunkten sie dieses Objekt bewerten würde. **2.** Die Vergabestelle gewährte der Anbieterin, welche als Referenzobjekt den UVB betreffend den Bau des Ceneri-Basis-Eisenbahntunnels angegeben hatte, die Note 5, jener Anbieterin aber, welche einen UVB über ein freiliegendes Autobahnteilstück erstellt hatte, die Note 3. Die Letztere beschwerte sich hierüber. **3.** Nach dem BVGer fiel es in den Ermessensbereich der Vergabestelle, den Umweltverträglichkeitsbericht über ein Eisenbahn-Tunnelbauprojekt höher zu bewerten als jenen über ein nicht durch Tunnel führendes Strassenbauprojekt, auch wenn diese Wertung nicht ausgeschrieben war. Denn die Anbieterinnen mussten damit rechnen, dass die Vergleichbarkeit des Referenzobjekts mit dem Ausschreibungsgegenstand eine Rolle spielen würde, und im Übrigen stellt es keinen Rechtsfehler dar, davon auszugehen, dass sich im Tunnelbau stets spezifische Umweltschutzfragen stellen, die beim Bau einer freiliegenden Autobahn nicht vorkommen. *BVGer B-5164/2013 (27.11.2013)* (mb)

**Genève – Principe de transparence** (*Genf – Transparenzprinzip*)

(339) **1.** La ville de Genève a une pratique souple en matière de contrôle des signatures des documents d'appel d'offre. **2.** Si l'autorité adjudicatrice entend accepter des offres ne comprenant pas certaines prestations (transport et élimination des déchets), elle doit en informer tous les soumissionnaires et non se baser sur un cahier des charges erroné et des réponses vagues sur la plateforme simap.ch. Le principe de transparence a été violé. La décision d'adjudication est annulée. *TC (KGer) GE ATA/21/2014 (14.1.2014)* (j bz)

**Tessin – Service de déneigement – Véhicules écologiques** (*Tessin – Schneeräumung – Ökologische Fahrzeuge*)

(340) Validité de l'attribution d'un point pour l'utilisation de véhicules de déneigement écologiques euro-certifiés, alors qu'ils ne sont pas facilement disponibles sur le marché. *TA (VGer) TI 52.2013.189 (18.6.2013)* (j bz)

**Bund – Referenzen – Bewertungsermessen** (*Confédération – Références – Appréciation de l'évaluation*)

(341) Es ist der Vergabestelle nach dem BVGer erlaubt, im Rahmen der Bewertung von Schlüsselpersonen-Referenzen an die Projektleiterin höhere Anforderungen zu stellen als an deren Stellvertreter. In der Folge ist es zulässig, den beruflichen Lebenslauf der Projektleiterin der Beschwerdeführerin mit einer tieferen Note zu bewerten als den für sich genommen gleichwertigen Lebenslauf des Projektleiter-Stellvertreters der Zuschlagsempfängerin. *BVGer B-5164/2013 (27.11.2013)* (mb)

■ **Communication des critères et de leur pondération / Bekanntgabe der Kriterien und ihrer Gewichtung**

**Wallis/BGer – Bekanntgabe der Preiskurve – Zeitpunkt** (*Valais/TF – Communication de la courbe des prix – Moment*)

(342) 1. «Die Vorinstanz hat zutreffend die bundesgerichtliche Rechtsprechung wiedergegeben, wonach mit der Ausschreibung die Zuschlagskriterien nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Rangfolge genannt werden müssen (BGE 125 II 86 E. 7c S. 100; BGE 139 II 489 nicht publ. E. 4.1); sie hat ferner ausführlich begründet, dass dies nicht gilt für die Bekanntgabe des eigentlichen Notenschlüssels.» 2. «Diese Auffassung ist im Lichte der Rechtsprechung (BGE 130 I 241 E. 5.1 S. 248) jedenfalls nicht willkürlich». *BGer 2C\_1196/2013 (21.2.2014)*

**Anmerkung:** Zwar hat die Vorinstanz in der Frage des Zeitpunkts der Bekanntgabe der Preisbewertungsformel (Preiskurve) konform zur bundesgerichtlichen Judikatur entschieden, doch gleichwohl ist eine entsprechende Bekanntgabe bereits in den Ausschreibungsunterlagen im Sinne einer erhöhten Transparenz zum Schutze vor Manipulationen uneingeschränkt zu befürworten. Zahlreiche Vergabestellen, die durch die anwendbare (kantonale) Gesetzgebung nicht dazu verpflichtet wären (vgl. demgegenüber insb. Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBG-BE), praktizieren erfreulicherweise solche Transparenz. (mb)

■ **Questions choisies d'évaluation / Ausgewählte Bewertungsfragen**

**Neuchâtel – Echelles des notes et méthode d'évaluation – Forclusion** (*Neuenburg – Notenskala und Bewertungsmethode – Ausschluss*)

(343) 1. Pour des motifs de transparence, l'adjudicateur devrait établir préalablement aux dépôts des offres l'échelle des notes et la méthode d'appréciation prévue, ce même s'il n'a pas obligation d'en donner connaissance à l'avance. 2. L'emploi et le sens usuel des pourcentages de pondération imposent l'utilisation d'une échelle uniforme et identique pour tous les critères. 3. Les principes de la bonne foi et de la sécurité du droit exigent que le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans la procédure d'appel d'offres en informe sans attendre l'adjudicateur. Toutefois, les effets de la forclusion sont réservés aux seules irrégularités particulièrement évidentes ou manifestes: on ne saurait exiger des soumissionnaires un examen juridique approfondi. *TC (KGer) NE CDP.2012.334 (5.2.2013); RJN 2013 p. 453 ss.* (jbz)

## 7. Offre et variantes / Angebot und Varianten

■ **Ouverture et examen des offres / Öffnung und Prüfung der Angebote**

**Graubünden/BGer – Zusicherungen betreffend das Produkt – Massstab der Überprüfung** (*Grisons/TF – Déclaration spontanée – Echelle d'examen*)

(344) 1. Das BGER verweist auf den § 28 Abs. 1 VRöB und hält fest, «dass die Vergabestelle die Angebote prüfen muss und dazu auch Sachverständige beiziehen kann». 2. Die Angebote müssen zwar in jedem Fall mindestens einer «Plausibilitätsprüfung» unterzogen werden. Mehr ist jedoch nicht ohne Weiteres erforderlich. Insbesondere müssen nicht alle Selbstdeklarationen «durch aussenstehende Experten verifiziert werden». 3. Das gilt vor allem dann, wenn es um Eigenschaften der offerierten Leistung geht. Weil das Angebot im Vergabeverfahren grundsätzlich eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, deren Annahme durch die Auftraggeberin beide Parteien zur Erfüllung der erklärten Versprechen verpflichtet und im Verletzungsfall entsprechende Rechtsbehelfe (z.B. Mängelrechte) auslöst, reicht nach dem BGER eine Plausibilitätsprüfung aus, soweit keine konkreten Hinweise darauf bestehen oder bei der Prüfung hervorkommen, dass ein Versprechen nicht gehalten werden könnte. 4. «Der blosser Umstand, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren die Erfüllung der entsprechenden Anforderungen bestritt, verpflichtete die Vergabebehörde oder die Vorinstanz nicht dazu, diese Erfüllung beweismässig – z.B. durch Expertisen – zu überprüfen.» *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)*

**Anmerkungen:** 1. Die Vergabestelle ist nach dem BGER in jedem Fall berechtigt, die Angebote weiter als nur auf Plausibilität zu prüfen, auch unter Beizug von Hilfspersonen und Hilfsmitteln aller Art, und sie ist zugleich immer verpflichtet, im Minimum eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen (vgl. auch BGER 2C\_720/2012, 1.2.2013, BR/DC 2013, S. 208 f., ferner S. 188 ff.). 2. Macht ein Konkurrent mit Beschwerde geltend, der Zuschlagsempfänger werde seine Versprechen nicht erfüllen, und das hätte sich aus einer vertieften Überprüfung der Offerte ergeben, ist eine Überprüfung anzuordnen, wenn konkrete Indizien für eine mögliche Nichterfüllung vorliegen, welche die Vergabestelle unberücksichtigt gelassen oder nicht gekannt hat und deren Betrachtung zu einer weitergehenden Überprüfung verpflichtet hätte. (mb)

**Graubünden/BGer – Produktanforderungen – Beurteilungsspielraum** (*Grisons/TF – Exigences relatives au produit – Marge d'appréciation*)

(345) 1. Die «Frage, ob [Produktanforderungen] erfüllt sind, [ist] nicht eine Ermessensfrage, sondern eine Tat- und Rechtsfrage ... Das schliesst allerdings nicht aus,

dass ein Beurteilungsspielraum vorliegt, in welchem eine gerichtliche Instanz die Beurteilung durch die fachkundigen Stellen nur mit Zurückhaltung überprüft». **2.** Das gilt insbesondere dann, wenn die Vergabestelle für die Bilder eines CT-Geräts «eine Schichtdicke von  $\leq 0,6$  mm verlangt», dabei aber nicht bestimmt hatte, «auf welche Weise dieser Wert erreicht werden müsse»: In diesem Fall kann eine Konkurrentin beschwerdeweise grundsätzlich nicht verlangen, dass eine bestimmte Messweise massgeblich sein und jene der Vergabestelle unerheblich bleiben solle. **3.** Ebenso gehört es zum Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde, bei einer Abweichung von  $0,025$  mm (von der Grenze von  $0,6$  mm) davon auszugehen, dass ein Ausschluss jedenfalls nicht zwingend ist – umso mehr, wenn die Ausschreibung nicht « $0,600$  mm» vorgab. *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)* (mb)

**Graubünden/BGer – Nachweise – Nachreichung** (*Grisons/TF – Attestation déposée tardivement*)

**(346) 1.** «Auch wenn grundsätzlich die Anforderungen bei Offerteinreichung erfüllt sein müssen, kann es nicht als unhaltbar betrachtet werden, wenn ergänzende Nachweise über technische Einzelheiten bis zum Vergabezeitpunkt nachgereicht werden können.» **2.** «Dabei ist auch zu beachten, dass ein Ausschluss eines Angebots unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch wäre, wenn die Abweichung von den Anforderungen geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend ist; umso mehr kann die Vergabestelle willkürfrei eine nachträgliche Einreichung von Detailnachweisen zulassen». *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)* (mb)

■ **Interprétation et révision des offres / Auslegung und Bereinigung der Angebote**

**Genève – Evaluation des offres** (*Genf – Angebotsbewertung*)

**(347)** La jurisprudence reconnaît une grande liberté d'appréciation des offres au pouvoir adjudicateur, notamment quant à la méthode de notation. Seul l'abus ou l'excès de pouvoir d'appréciation doit être sanctionné. En l'espèce, le caractère illicite de la décision d'adjudication en cause n'a pas été démontré; le recours est rejeté. *TC (KGer) GE ATA/20/2014 (14.1.2014)* (jzb)

**Genève – Attestation de soumission** (*Genf – Submissionsbestätigung*)

**(348)** Lors de la phase d'examen de la recevabilité des soumissions, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation. En l'espèce,

l'attestation de soumission ne respectait pas le délai de validité exigé; l'autorité avait l'obligation d'écarter d'office la recourante. *TC (KGer) GE ATA/129/2014 (4.3.2014)* (jzb)

**Graubünden – Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung – Angebotsbewertung** (*Grisons – Principe de la stabilité de l'appel d'offres – Evaluation des offres*)

**(349) 1.** Die Aufzählung der Zuschlagskriterien ohne Angabe der Gewichtung ist an sich wenig transparent, aber zulässig, wenn zumindest die Kriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung aufgezählt werden. Im vorliegenden Fall war indessen nicht einmal diese Anforderung erfüllt, da sich die nachträglich festgelegte Gewichtung nicht mit der anfänglich festgelegten Reihenfolge deckte. **2.** Unzulässig war weiter die Erweiterung der Zuschlagskriterien mit dem Kriterium «Liefertermin/Ersatzfahrzeug»: «Wenn in den Ausschreibungsunterlagen einzig ein Lieferdatum anzugeben ist (was nicht als Zuschlagskriterium angegeben wurde), kann anschliessend nicht die Tatsache, dass man bis zum Lieferdatum hin kein Ersatzfahrzeug zur Verfügung stellt, negativ bewertet werden, auch wenn andere Offerten ungefragt ein solches Angebot enthalten. Da die Beschwerdeführerin das zweitbeste Angebot bezüglich Lieferdatum abgegeben hatte, war es willkürlich, ihr beim Kriterium «Liefertermin/Ersatzfahrzeug»,  $0$  Punkte und der Zuschlagsempfängerin für ihre Offerte  $10$  Punkte zu geben.» *VGer (TA) GR U 13 68 (22.10.2013)* (sts)

**Valais – Explications après le dépôt des offres – Egalité de traitement** (*Wallis – Erläuterung nach Einreichung von Angeboten – Gleichbehandlung*)

**(350) 1.** Au vu du principe de l'égalité de traitement entre concurrents, les délais de dépôts échus, l'autorité adjudicatrice ne peut accepter que des explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier. **2.** Une offre qui ne correspond pas au cahier des charges doit par principe être exclue. *TC (KGer) VS A1 13 2 (21.6.2014); RVJ 2014 p. 30 ss.* (jzb)

**Zürich – Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung – Angebotsbewertung** (*Zurich – Principe de la stabilité de l'appel d'offres – Evaluation des offres*)

**(351) 1.** Die Stadt Uster führte zur Beschaffung einer Amok-Alarmierung in den Schulhäusern der Primarschule eine Submission im Einladungsverfahren durch. Das (Angebots-)Raster listete zunächst die *einmaligen* Kosten auf. Danach waren die *wiederkehrenden* Kosten über fünf Jahre anzugeben, was zusammenfassend zu den *Gesamtkosten* über fünf Jahre führte. **2.** Die Vergabestelle begründete den nachträglichen Verzicht auf den Einbezug der wiederkehrenden Kosten und damit das Abstellen auf die Gesamtkosten über fünf Jahre damit, dass der

Vergleich der Gesamtkosten nicht möglich gewesen sei, weil einige Firmen einen minimalen Support berechnet hätten, andere die umfassende technische und betriebliche Unterstützung offeriert und wieder andere zusätzlich zur umfassenden Unterstützung auch noch Optionen in die Gesamtkosten eingerechnet hätten. Mangels vorgegebener Kriterien sei eine Bereinigung der Offerten bezüglich der Gesamtkosten nicht möglich gewesen. **3.** Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass die Ausschreibungsunterlagen zwar nicht ausdrücklich festlegten, dass allein die Gesamtkosten über fünf Jahre massgebend sein würden. Dies bedeute indessen nicht, dass die Vergabestelle völlig frei gewesen sei, nur die einmaligen Kosten zu berücksichtigen. Die Anbieter hätten unter den vorliegenden Umständen davon ausgehen können, dass letztlich die Gesamtkosten über fünf Jahre relevant sein würden. Bei fehlenden Preisangaben hätte die Vergabestelle entweder den *Ausschluss* verfügen oder den Mangel – bei einer unwesentlichen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen – selbständig oder nach dem Einholen einer Erläuterung *bereinigen* müssen. *VGer (TA) ZH VB.2013.00600 (5.12.2013)* (sts)

#### ■ **Caractère obligatoire des offres / Verbindlichkeit der Angebote**

**Graubünden/BGer – Bejahung der Verbindlichkeit** (*Grisons/TF – Approbation de l'engagement*)

(352) Es ist «zu beachten, dass ein Angebot ... eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung.» *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)*

**Anmerkung:** Diese zutreffende Feststellung trifft das BGer, ohne auf BGE 134 II 297, E. 4.2 zu verweisen oder sich mit der dort geäusserten Auffassung auseinanderzusetzen. Das ist deswegen zu bedauern, weil so unklar bleibt, ob das BGer seine Rechtsprechung ändern will. Fraglich bleibt dies auch deswegen, weil der hier referierte Entscheid im Unterschied zu BGE 134 II 297 dem Anschein nach nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen werden soll. Umso mehr ist der hier referierte Entscheid über diese Zeitschrift bekannt zu machen, da er zu begrüssen ist (vgl. GAUCH, Von den Submissionangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind, in: BR/DC 2009, S. 52 ff.; BEYELER, Angebot oder Nichtangebot?, in: recht 2009, S. 34 ff.) (mb)

#### ■ **Sous-enchère / Unterangebote**

**Jura – Offre anormalement basse – Attribution de la note la plus basse** (*Jura – Ungewöhnlich niedriges Angebot – Bewertung mit der tiefsten Note*)

(353) **1.** En cas d'offre anormalement basse, l'adjudicateur est tenu de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais. **2.** L'attribution de la note 0 à un candidat ne signifie pas que celui-ci soit mauvais. Elle intervient en particulier lorsque le soumissionnaire n'a pas fourni l'information demandée par rapport à un critère annoncé. *TC (KGer) JU ADM 119/2012 (21.11.2013)* (jzb)

#### **8. Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication / Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags**

##### ■ **Exclusion pour non-conformité à l'appel d'offres / Ausschluss wegen ausschreibungswidrigen Angebotes**

**Bund – Nichtbeachtung der vorgegebenen Arbeitszeiträume** (*Confédération – Inobservation du temps de travail imposé*)

(354) **1.** Im Rahmen der Ausschreibung eines Strassenunterhaltsprojekts hatte die Vergabestelle unter dem Titel der Vermeidung von «verwaiste[n] Baustellen» vorgegeben, dass die Arbeiten von Montag bis Samstag zwischen 05.00 und 22.00 Uhr (samstags: 17.00 Uhr) ausgeführt werden und dass diese Betriebszeiten nicht unterschritten werden dürfen: «Daher darf die Baustelle selbst bei einem Vorsprung auf das vereinbarte Bauprogramm, auch nur kurzzeitig, nicht ohne ausdrückliches Einverständnis der Bauleitung verlassen werden.» **2.** Die spätere Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte angegeben, dass in ihrem offerierten Bauprogramm die Samstagsarbeiten grundsätzlich nicht eingeplant seien und daher als Reservezeit (insb. für Aufholmassnahmen) dienen könnten. Hieraufhin wurde ihr Angebot wegen Ausschreibungswidrigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. **3a.** Nach dem BVGer hat die Vergabestelle «die vorgegebenen Arbeitszeiten, darunter das Erfordernis der Samstagarbeit, unter anderem mit dem Hinweis auf die besonderen klimatischen Bedingungen und die topographische Lage» der betroffenen Strasse begründet, und es «sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern die Vergabestelle dadurch ihren breiten Ermessensspielraum überschritten hätte». Das Gericht nimmt zudem Kenntnis von den Bestrebungen der Vergabestelle hinsichtlich der Vermeidung von verwaist scheinenden Baustellen. **b.** Das BVGer hält den Ausschluss für (*prima facie*) zulässig, weil es feststellt, dass die Vorgabe der Samstagarbeit und deren zwingende Natur klar aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen sind und dass

die Beschwerdeführerin tatsächlich dem Grundsatz nach keine Samstagarbeit in ihre Zeitplanung einbezogen hat. *BVGer B-6876/2013 (20.2.2014; Zwischenentscheid)*

**Anmerkungen: 1.** Die Vorgabe von zwingend auszufüllenden Arbeitszeiträumen steht unter der vergaberechtlichen Freiheit des auftraggeberischen Entscheids über die Definition der Beschaffung unter all ihren Aspekten. Das gilt für Baustellen und erst recht für Aufträge, in denen die Präsenz von Personal eine Hauptpflicht darstellt (z. B. Bewachung). Die Bieter haben damit umzugehen und sollten die entsprechenden Kosten kalkulieren. **2.** Die vergaberechtliche Rekursinstanz greift in den Definitionsentscheid nur ein, wenn er den Markt ohne sachliche Gründe mehr einschränkt als nötig (bei Einschränkung auf einen Bieter gelten im Übrigen die Regeln über die Freihandvergabe) oder wenn er direkt diskriminierend beabsichtigt ist (vgl. insb. *BVGer B-822/2010, 10.3.2010, E. 4–5, BR/DC 2010, S. 209 f., Nr. S47*). **3.** Die Wirtschaftlichkeit der Folgen des Definitionsentscheids aus Sicht der öffentlichen Finanzen kann im Übrigen nicht vergaberechtlich, sondern allenfalls haushaltsrechtlich diskutiert werden. (mb)

**Graubünden – Ausschluss vom Verfahren – widersprüchliche Angaben in den Unterlagen** (*Grisons – Exclusion de la procédure – Indications contradictoires dans les documents*)

**(355)** «Die Grösse einer Belegschaft lässt Rückschlüsse auf die Kapazität und das Geschäftsvolumen einer Unternehmung zu. Das Bild einer Unternehmung mit 25 Angestellten ist dabei ein völlig anderes als dasjenige einer Unternehmung mit 6 Angestellten.» Wenn die Beschwerdeführerin zugestandenermassen *nicht von ihr angestellte Arbeitnehmer* als eigene Belegschaft ausgab, so ist dies eine objektiv unrichtige und inhaltlich erhebliche Falschaussage. Die Beschwerdeführerin hatte es bei ihren Selbstangaben insbesondere verpasst, Transparenz über die wahren Verhältnisse zu schaffen. Nach Ansicht des Gerichts war der erfolgte Ausschluss aus dem Verfahren deshalb rechtmässig und sachlich geboten. *VGer (TA) GR U 13 76 (26.11.2013)* (sts)

**Graubünden – Ausschluss – Verhältnismässigkeitsprüfung** (*Grisons – Exclusion – Examen de la proportionnalité*)

**(356) 1.** Der Zuschlag im zu beurteilenden Vergabeverfahren wurde bereits bis vor Bundesgericht gezogen. Streitpunkt waren strafrechtliche Verurteilungen eines der an der Zuschlagsempfängerin beteiligten Unternehmen X. Das Bundesgericht hielt im Wesentlichen fest, das Verwaltungsgericht habe insbesondere eine *Prüfung der näheren Umstände der damaligen Verurteilung der X.* im Königreich Y. unterlassen und nichts unternommen, um den Stand von Strafanzeigen gegen zwei verantwortliche Mitarbeitende ebendieser Firma in Erfahrung zu brin-

gen. Da sachdienliche Abklärungen unterlassen und dadurch die Unverhältnismässigkeit eines Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin vorschnell bejaht worden sei, habe sich das Verwaltungsgericht willkürlich verhalten. Es wies die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurück. **2.** Zunächst war die Frage zu beantworten, ob sich ein *Ausschluss* der Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren in Anwendung von Art. 22 lit. 1 SubG in zeitlicher und/oder sachlicher Hinsicht als verhältnismässig erweist. Das Verwaltungsgericht führte diesbezüglich aus, dass nach klassischem Verständnis das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV verlange, dass eine staatliche Massnahme mit Blick auf deren Ziel *geeignet, erforderlich* und *zumutbar* sei. **3a.** Art. 22 lit. 1 SubG sehe den generellen Ausschluss eines Anbieters von weiteren Vergabeverfahren vor, wenn im Zusammenhang mit der Erfüllung von anderen Aufträgen eine strafrechtliche Verurteilung erfolgt sei. Es bestehe zwar die Gefahr, dass durch die rigide Rechtsfolge von Art. 22 lit. 1 SubG allenfalls der Kreis von möglichen Anbietern in einem spezialisierten Tätigkeitsfeld (zu) stark dezimiert werde und Bemühungen von Unternehmen, die nachweislich einen Selbstreinigungsprozess erfolgreich durchlaufen hätten, nicht honoriert würden bzw. in Bezug auf solche Unternehmen keinerlei Anreize geschaffen würden, dass aus gemachten Fehlern gelernt werden könne. Diese Folgen seien aus Sicht der Öffentlichkeit sicherlich unerwünscht, doch könne der Massnahme deshalb nicht generell die (Teil-) *Eignung* abgesprochen werden. **b.** Anders sehe es allerdings bei der Beurteilung der *Erforderlichkeit* aus: Ein genereller Ausschluss einer Unternehmung, die in der Vergangenheit korrupte Geschäftsmethoden angewendet habe, sei nicht erforderlich, um das gewünschte Ziel der Massnahme zu erreichen, nämlich die öffentliche Hand vor einem Kontrahierungszwang mit zweifelhaften Unternehmungen zu schützen. Eine Massnahme dürfe in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen. **c.** Die *Zumutbarkeit* der Massnahme (d.h. die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) sei vorliegend ebenfalls zu verneinen: Eine Massnahme sei nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahre. «Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch ihre Wirkungen beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Mit einer zeitlich uneingeschränkten Eliminierung von nachweislich qualifizierten Anbietern würde der Wettbewerb im Kanton Graubünden spürbar und zum Nachteil der öffentlichen Hand reduziert.» **4.** Wie es sich mit den geltend gemachten schweren formellen und materiellen Mängeln des Verfahrens von Y. bzw. des Urteils des Court of Appeal in Y. verhielt, konnte das Verwaltungsgericht offenlassen, nachdem (erneut) die Unverhältnismässigkeit des Ausschlusses festgestellt wurde. *VGer (TA) GR U 11 22A (3.12.2013)* (sts)

**Neuchâtel – Informalité** (*Neuenburg – Formfehler*)

(357) Le fait pour un soumissionnaire de tracer un trait oblique pour une position afin d'indiquer la somme de 0.– CHF ne constitue pas un vice grave au sens de l'art. 23 al. 2 LCMP. S'il est vrai qu'il en résulte des problèmes d'interprétation pour l'adjudicateur, l'offre qui contient pareille informalité ne peut pas être écartée de la procédure d'adjudication. *TC (KGer) NE CDP.2013.243* (27.11.2013) (jbz)

**Valais – Exclusion de la procédure d'adjudication** (*Wallis – Ausschluss vom Vergabeverfahren*)

(358) L'offre doit être écrite, complète et postée dans le délai imparti à l'adresse mentionnée dans l'appel d'offres. En l'espèce, la recourante n'a pas dûment rempli les rubriques «durée estimée des travaux» et «personnel mis à sa disposition pour le chantier». C'est à raison que le pouvoir adjudicateur a exclu la recourante de la procédure de passation. Il n'avait pas à requérir d'informations additionnelles. *TC (KGer) VS AI 13 402* (7.3.2014) (jbz)

**Tessin – Exclusion de l'offre** (*Tessin – Offertausschluss*)

(359) Appel d'offres pour des travaux d'excavation: exclusion d'une offre dont le procédé utilisé ne correspond pas à ce qui était attendu. *TA (VGer) TI 52.2013.246* (20.9.2013) (jbz)

**Wallis – Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags – Angebotsbewertung** (*Valais – Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication – Evaluation des offres*)

(360) 1. Die Beschwerdeführerin macht der Zuschlagsempfängerin zunächst zum Vorwurf, dass sie im Rahmen ihrer Offerte *eklatant* von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sei. Die Zuschlagsempfängerin hatte in ihrer Offerte vorbehaltswise angeführt, dass Arbeitsunterbrüche, Verzögerungen und Umänderungen dem Bauherrn in Rechnung gestellt würden, sofern sie *nicht auf das Verschulden des Unternehmers* zurückzuführen sind. Die Ausschreibungsunterlagen hielten indes fest, dass Behinderungen und Mehraufwendungen in die Angebotspreise einzurechnen waren und dass keine Wartezeiten entschädigt würden («Einheitspreise mit Festpreischarakter»). 2a. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wich damit nach Auffassung des Kantonsgerichts in einem wesentlichen Punkt von den Ausschreibungsunterlagen der Gemeinde ab, sodass es sich nicht mehr mit den Offerten der übrigen Unternehmen vergleichen liess. b. Auch der Verweis der Vergabestelle auf Art. 58 ff. der SIA-Norm 118 verfiel nicht: Diese Bestimmung halte klar fest, dass der Unternehmer bei einer Bauleistung zu einem festen Preis die Leistung zum vereinbarten Preis zu erbringen habe, ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung. Vorbehalten

blieben erschwerende Umstände, die auf das *Verschulden des Bauherrn* zurückzuführen sind. Die Zuschlagsempfängerin wollte jedoch darüber hinaus Risiken «die nicht auf ihr eigenes Verschulden zurückzuführen sind» auf die Gemeinde als Bauherr überwälzen. c. Schliesslich verneinte das Gericht auch die Anwendbarkeit von Art. 59 der SIA-Norm 118. Darunter seien bloss wirklich aussergewöhnliche Umstände wie Erdbeben oder Störungen des Arbeitsfriedens zu verstehen. 3. Das Kantonsgericht stellte fest, dass die Vergabestelle mit Erteilung des Zuschlags das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden sowie der unparteiischen Vergabe verletzt habe. Da die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen nicht als geringfügig angesehen wurde, sei die Vergabestelle verpflichtet gewesen, die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren auszuschliessen. *KGer (TC) VS AI 13 229* (22.11.2013) (sts)

**Zug – Ausschluss wegen mangelhaften Angebotes – Nicht ausschreibungskonforme Offerte** (*Zoug – Exclusion pour offre insuffisante – Offre non conforme au cahier des charges*)

(361) 1. Die Beschwerdeführerin hatte darauf verzichtet, die Detailpositionen der Ausschreibungsunterlagen auszufüllen und dafür zum Teil einen eigenen Separatausdruck verwendet. Dieser Separatausdruck war einerseits nicht vollständig und enthielt andererseits Handeintragungen, welche bei der Addition der jeweiligen Kosten für die einzelnen BKP nicht berücksichtigt wurden. Der Übertrag in die originalen Ausschreibungsunterlagen erfolgte in Form von Beträgen, bei denen zum Teil schon die Rabatte eingetragen waren, ohne aber diese Rabatte in allen Positionen korrekt auszuweisen oder zu berechnen. 2. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass die Beschwerdeführerin mit dem unvollständig ausgefüllten Hauptangebot einen Ausschlussgrund gesetzt habe. Mit ihrem Separatausdruck habe sie zudem die Originalausschreibungsunterlagen inhaltlich verändert, was ebenfalls als Ausschlussgrund zu betrachten sei. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin auch deswegen ausgeschlossen werden müssen, weil sie die Verbindlichkeit ihrer Offerte auf drei Monate festsetzte, wogegen sechs Monate verlangt wurden. 3. Das Einholen fehlender Angaben seitens der Vergabestelle wäre als Verstoss gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens zu werten gewesen. Unter diesen Umständen war die Vergabestelle nicht gehalten, zu diesen Fehlern *vor dem Ausschluss das rechtliche Gehör zu gewähren*. *VGer (TA) ZG V 2012/150* (26.3.2013) (sts)

**Zürich – Ausschluss wegen ausschreibungswidrigen Angebotes – Nicht ausschreibungskonforme Offerte** (*Zurich – Exclusion pour non-conformité à l'appel d'offres – Offre non conforme au cahier des charges*)



**(362) 1a.** Aus den Ausschreibungsunterlagen ergab sich, dass die Honorarberechnungen des Architekten mit Generalplanerfunktion und des Baumanagements gemäss den einschlägigen SIA-Bestimmungen zu erfolgen hatte. Die Vergabestelle gab eine Bausumme vor, welche für die Berechnung des Honorars im Angebot massgeblich war. In den Vorgaben zur Honorarberechnung wurde beim Korrekturfaktor  $r$  auf den jeweiligen Artikel der entsprechenden SIA-Norm verwiesen. **b.** Die Beschwerdeführerin reichte ein *ungewöhnlich tiefes Angebot* ein: Für die Architekturleistungen wurde der Wert  $r = 0,385$  (SIA = 0,8 bis 1,2) eingesetzt und bei den Bauingenieuren mit einem Korrekturfaktor  $r = 0,45$  bzw.  $r = 0,5$  (SIA = 0,75 – 1,25) gerechnet. Sie sei zu diesem tiefen Korrekturfaktor  $r$  gekommen, weil sie ihrer Berechnung *tiefere Baukosten* zugrunde gelegt hätte. **2.** Das Verwaltungsgericht hält fest, dass angesichts der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen kein Grund zur Annahme bestanden habe, dass ein Pauschalangebot zugelassen werde. Die Bausumme sei offensichtlich zur Vergleichbarkeit der Angebote und nicht als feststehender Betrag für den nachmaligen Vertragsschluss vorgegeben worden. Indem die Beschwerdeführerin zum einen ihr Angebot als «Pauschalangebot» bezeichnet und zum andern die vom Bauherrn vorgegebene Bausumme faktisch reduziert habe, sei sie in zweifacher Hinsicht von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen bzw. habe sie diese massgeblich abgeändert. Damit erweise sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin als vertretbar und nicht rechtsverletzend. *VGer (TA) ZH VB.2013.00615 (30.1.2014)* (sts)

#### ■ Exclusion pour préimplication / Ausschluss infolge Vorbefassung

**Valais – Exclusion de la procédure – Préimplication** (*Valais – Exclusion vom Verfahren – Vorbefassung*)

**(363) 1.** La recourante reproche une préimplication aux administrateurs de l'adjudicataire E. SA. Ils auraient élaboré les documents de soumission de l'appel d'offres, ayant eu ainsi l'avantage de connaître l'ensemble du dossier avant les autres concurrents. Pour cette raison, l'adjudicataire E. SA aurait dû être exclu du marché. **2.** En l'espèce, il ressort clairement du cahier des charges que la société B. Sàrl a participé à l'élaboration de ce dernier en ce qui concerne les installations de chauffage, de ventilation et de sanitaires. Les extraits de registre du commerce montrent qu'il existe des liens entre l'adjudicataire E. SA et la société B. Sàrl: ces deux entreprises font partie d'une seule société, appelée Y. SA, dont certains des membres du conseil d'administrations dirigent les sociétés filles E. SA et B. Sàrl. L'élaboration de l'appel d'offres étant une opération essentielle, on ne peut pas exclure que B. Sàrl a donné un avantage sérieux à sa société sœur E. SA. Il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il y a effectivement eu intention de favoriser tel ou tel candidat. L'existence d'un risque concret fondé sur les liens étroits unissant ces deux

entreprises est suffisante. Le recours est admis, la décision attaquée annulée et l'affaire renvoyée au pouvoir adjudicateur. *TC (KGer) VS AI 13 228 (14.6.2013)* (jbz)

## 9. Négociations / Verhandlungen

**EuGH – Verhandlung über ausschreibungswidrige Angebote** (*CJUE – Négociation relative à des offres non conformes au cahier des charges*)

**(364) 1.** Die Vergabestelle hatte im Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Bekanntmachung einen Planungs- und Bauauftrag für ein neu zu errichtendes Autobahnstück ausgeschrieben und dabei bestimmt, dass der Trennstreifen dieses Strassenabschnitts auf einer bestimmten Strecke eine Breite von 13,5 m und im Übrigen eine Breite von 6 m aufweisen musste. Das Konsortium X. offerierte ein Autobahnprojekt mit einem durchweg nur 6 m breiten Trennstreifen. Die Vergabestelle erachtete (auch) dieses Angebot als zulässig. **2.** Im Rahmen von Verhandlungen lud sie die übrigen Anbieterinnen dazu ein, ebenfalls einen durchgehend 6 m breiten Trennstreifen und die finanziellen Konsequenzen davon zu offerieren. Der Zuschlag ging an das Konsortium X., woraufhin das Konsortium Y. Beschwerde erhob und Erfolg hatte. Der nun durch die Vergabestelle dem Konsortium Y. erteilte Zuschlag wurde durch das Konsortium Z. angefochten, welches sich mit der Sichtweise durchsetzte, dass das Angebot des Konsortiums X. hätte ausgeschlossen werden müssen. **3.** Die «Verpflichtung zur Transparenz [soll] im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschliessen. ... Der öffentliche Auftraggeber muss somit, auch wenn er im Rahmen des Verhandlungsverfahrens über einen Verhandlungsspielraum verfügt, gleichwohl dafür sorgen, dass die Anforderungen des Auftrags, die er als verbindlich eingestuft hat, erfüllt werden. Könnten Angebote, die zwingende Voraussetzungen nicht erfüllen, im Hinblick auf Verhandlungen zugelassen werden, wäre ... die Festlegung solcher Voraussetzungen in der Ausschreibung sinnlos und es wäre dem öffentlichen Auftraggeber nicht möglich, mit den Bietern auf einer diesen gemeinsamen, in den zwingenden Voraussetzungen bestehenden Grundlage zu verhandeln und sie somit gleich zu behandeln.» **4.** Daher ist «es einem öffentlichen Auftraggeber nicht erlaubt, mit den Bietern Verhandlungen über solche Angebote zu führen, die nicht den in den technischen Spezifikationen des Auftrags festgelegten verbindlichen Anforderungen entsprechen». *EuGH C-561/12 (5.12.2013; Nordecon AS)* (mb)

**Tessin – Préimplication** (*Tessin – Vorbefassung*)

**(365)** Exclusion d'un concurrent dont le directeur a collaboré à la vérification d'un document servant à l'évaluation des offres. *TA (VGer) TI 52.2013.109 (23.5.2013)* (jbz)

## 10. Procédure de recours / Beschwerdeverfahren

### ■ Principes / Grundsätze

**Graubünden/BGer – Kognition der Beschwerdeinstanz** (*Grisons/TF – Pouvoir de cognition de l'instance de recours*)

(366) 1. Es «ist klar, dass die Rechtsmittelinstanz eine Rechts- und Sachverhaltsprüfung vornehmen muss (Art. 16 Abs. 1 IVöB) und sich nicht auf eine Willkürkognition beschränken darf.» 2. «Die Angemessenheit darf sie hingegen nicht überprüfen (Art. 16 Abs. 2 IVöB).» 3. «Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist nicht zu beanstanden bzw. erscheint es gar als geboten, dass die kantonalen Gerichte ihre Prüfung zurückhaltend vornehmen, soweit der Vergabebehörde ein Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht (Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 4.2, m.w.H.)» *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)* (mb)

**Graubünden/BGer – Rechtsbegehren** (*Grisons/TF – Conclusions*)

(367) «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ... ein Rechtsbegehren auf Aufhebung des Zuschlags nach Abschluss des Vertrags in ein Feststellungsbegehren umgedeutet werden, auch wenn ein solches nicht ausdrücklich gestellt wurde (Urteil 2C\_85/2007 vom 1. Oktober 2007 E. 3.2.)» *BGer 2C\_346/2013 (20.1.2014)*

**Anmerkung:** Im referierten Fall erfolgte der Vertragsschluss nach Beendigung des kantonalen Verwaltungsgerichtsverfahrens (welches in einer Beschwerdeabweisung gemündet hatte) und insofern nicht verfrüht (angeführter Entscheid, E. 1.4.1 m.w.H.). Es ging daher um die Umdeutung eines vor dem BGer gestellten Rechtsbegehrens – genauso in dem durch das BGer zitierten Entscheid 2C\_85/2007. Aus BGE 132 I 86, E. 3.2, ergibt sich im Weiteren, dass (nötigenfalls) auch das vor einem kantonalen Gericht gestellte Aufhebungsbegehren in ein Feststellungsbegehren umzudeuten ist, wenn der Vertrag während des Verfahrens (erlaubterweise) abgeschlossen wird. (mb)

**Wallis/BGer – Verfahren vor Bundesgericht – Massgeblicher Sachverhalt – Zulässige Rügen** (*Valais/TF – Procédure devant le Tribunal fédéral – Faits déterminants – Grièfs admis*)

(368) 1. «Neue Begehren sind [vor BGer] unzulässig (Art. 99 i.V.m. Art. 117 BGG).» 2. «Nicht unter das Novenverbot fällt grundsätzlich die rechtliche Argumentation; im Rahmen des Streitgegenstands können die Parteien ihre rechtliche Argumentation im Laufe des Rechtsmittelverfahrens anpassen, ohne dass darin ein unzulässiges Novum läge.» 3. «Hingegen sind im Geltungsbereich des Rügeprinzips neue rechtliche Rügen grund-

sätzlich nicht mehr zulässig (Grundsatz der relativen Subsidiarität).» 4a. «Sodann ist eine neue rechtliche Argumentation unzulässig, soweit sie sich auf neue Tatsachen stützt, die aufgrund von Art. 99 Abs. 1 BGG nicht zulässig sind. Eine Tatsache, die sich aus den vorinstanzlichen Akten ergibt, ist nicht neu.» b. «Da aber das Bundesgericht seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde legt, wird die Zulässigkeit neuer rechtlicher Argumentation grundsätzlich an die Voraussetzung geknüpft, dass sie sich auf einen im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt stützt.» c. «Will sich die Partei für ihre neue rechtliche Argumentation auf einen Sachverhalt stützen, der sich zwar in den Akten befindet, aber von der Vorinstanz nicht festgestellt wurde, muss sie in der Beschwerdeschrift – und damit innert der gesetzlichen Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) – darlegen, dass die Vorinstanz diesen Sachverhalt unter Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 118 i.V.m. 116 BGG) nicht oder unrichtig festgestellt hat.» *BGer 2C\_1196/2013 (21.2.2014)*

**Anmerkungen:** 1. Das BGer ist in Vergabesachen reine Überprüfungsinstanz: Die Verfeinerung oder Veränderung der vor der Vorinstanz vertretenen rechtlichen Argumentation ist im bundesgerichtlichen Verfahren nur im Rahmen der bereits erhobenen Rügen zulässig, und auch dies nur insoweit, als sich die neuen rechtlichen Argumente auf zulässige Sachverhaltselemente stützen. Zu diesen Elementen gehören nur die im vorinstanzlichen Urteil festgehaltenen Tatsachen, es sei denn, es werde bereits in der Beschwerdeschrift formal genügend und materiell im Erfolg gerügt, dass die Tatsachenfeststellung des angefochtenen Urteils Rechte von Verfassungsrang verletzt. 2. Vgl. zu echten Noven im bundesgerichtlichen Verfahren *BGer 2D\_14/2013, 23.7.2013, E. 2.* 3. Nicht sein eigenes, sondern das kantonale Verfahren und die da geltenden Grundsätze betreffend Tatsachen und Rügen zu beurteilen hatte das BGer im Urteil 2C\_984/2012, 21.3.2013, E. 2, BR/DC 2013, S. 216 f., Nr. 296. (mb)

**Valais – Question juridique de principe** (*Wallis – Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*)

(369) 1. L'appréciation anticipée des preuves en procédure cantonale ne peut être examinée par le Tribunal fédéral que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Il ne constitue dès lors pas une question juridique de principe. 2. L'examen abstrait des critères d'aptitude sans vérifier que l'exécution du marché en question entre en collision avec l'exécution d'un autre marché attribué au même adjudicataire peut impliquer des risques pour le pouvoir adjudicataire. Cette question aurait toutefois dû faire l'objet d'un recours immédiat contre les documents d'appel d'offres, sous peine de forclusion. De plus, il est possible de se prémunir contre ce risque. *TF (BGer) 2C\_354/2013 (11.9.2013)* (jbz)

**Valais – Omission d'indiquer la voie de recours** (*Wallis – Unterlassene Angabe des Rechtsmittelweges*)

(370) Alors même que les documents de soumission ne mentionnaient pas la possibilité de contester l'appel d'offres par la voie du recours, on peut certainement reprocher à l'offreur d'avoir déposé sans commentaire ou autre communication le cahier de soumission dûment rempli. Cette question peut rester ouverte en l'espèce: la procédure qui a conduit à l'adjudication n'est entachée d'aucune inégalité. *TC (KGer) VS AI 14 36 (2.5.2014)* (jzb)

■ **Effet suspensif / Aufschiebende Wirkung****Bund – Gewährung – Wiedererwägung** (*Confédération – Octroi – Reconsidération*)

(371) Das Gesuch einer Vergabestelle, wonach das BVGer der Beschwerde die bereits gewährte aufschiebende Wirkung wiederwägungsweise entziehen solle, hat nur Chancen, wenn Revisionsgründe vorliegen – oder wenn die Vergabestelle darlegt, dass neue Entwicklungen die Dringlichkeit der Beschaffung erheblich verschärft haben oder dass die Erfolgsaussichten der Beschwerde angesichts des seit dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung klarer gewordenen Streitgegenstandes (sukzessive Verdichtung des Prozessstoffs) massgebend weniger gut zu beurteilen sind. *BVGer B-4958/2013 (17.2.2014; Zwischenentscheid)* (mb)

**Bern – Aufschiebende Wirkung – Öffentliche Interessen** (*Berne – Effet suspensif – Intérêt public*)

(372) 1. Mit Verfügung vom 22. November 2013 wurde der C. AG der Zuschlag erteilt. Die Drittplatzierte opponierte am 5. Dezember 2013 mit Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Mit Zwischenverfügung vom 10. Januar 2014 wurde die aufschiebende Wirkung versagt. Am 22. Februar 2014 erhob die Beschwerdeführerin hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht untersagte den Vertragsschluss mit Verfügung vom 23. Januar 2014 antragsgemäss superprovisorisch. Dieser Vertragsschluss hatte vorliegend indes bereits am 21./22. Januar 2014 stattgefunden. 2. Art. 32 Abs. 1 lit. c ÖBV hält im Sinn einer «Standstill-Regel» und für Submissionsverfahren, welche nach dem Recht im Kanton Bern durchgeführt werden, ausdrücklich fest, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden darf, wenn im Fall einer Beschwerde mit Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung feststeht, dass die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wird. BEYELER weist mit Bezug auf den Rechtsschutz auf kantonaler Ebene darauf hin, dass das vergaberechtliche Abschlussverbot *fortdauern*, wenn der Akt (vorliegend: Zwischenverfügung) fristgerecht und mitsamt einem Ge-

such um aufschiebende Wirkung an das Verwaltungsgericht *weitergezogen* werde. Nur falls (auch) das Verwaltungsgericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung abweise, würden demzufolge Vollstreckbarkeit und Abschlussurteil sofort eintreten (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 2513 mit weiteren Hinweisen). 3. In seinem Urteil vom 24. Februar 2014 hielt das Gericht fest, dass einer Beschwerde auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilt werde, wenn diese als ausreichend begründet erscheine und *keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstünden*. Mit dieser Regelung habe der Gesetzgeber dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens bewusst von vornherein ein erhebliches Gewicht beigemessen. Mit Verweis auf LOCHER wird ausgeführt, die öffentlichen Interessen gelte es dabei auch bei vergaberechtlich unerlaubt abgeschlossenen Verträgen zu berücksichtigen (LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Bern 2013, S. 148 mit Hinweis). Das BVE habe vorliegend (mit dem bereits erfolgten Vertragsschluss) zu Recht das öffentliche Interesse gegenüber den privaten Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten bzw. an einem in diesem Sinn *effektiven Rechtsschutz*, stärker gewichtet. *VGer (TA) BE 100.2014.25U (24.2.2014)*

**Anmerkung:** Ob mit dieser Rechtsprechung nicht doch – wie die Beschwerdeführerin der Meinung ist – dem Rechtsschutz das Wasser abgegraben wird, ist zumindest diskutabel. Die «rasche Abwicklung des Vergabeverfahrens» mag grundsätzlich im öffentlichen Interessen stehen. Eine Zeitplanung soll diesbezüglich nach Ansicht des Gerichts nur «nicht offensichtlich ungenügend» sein, was immer darunter zu verstehen ist. Dass hierbei an genügend bemessene Reserven für Rechtsmittelverfahren gedacht wurde, ist nicht anzunehmen. Dem obsiegenden Beschwerdeführer bleibt bei vergaberechtlich unerlaubt abgeschlossenen Verträgen nur der Schadenersatz in Höhe seiner nutzlosen Aufwendungen, – wofür er den Prozess kaum in erster Linie anstrebt. So besteht zumindest bei Grossprojekten, die in der zeitlichen Abfolge und der Zusammenarbeit verschiedenster Akteure so aufwendig sind, dass eine Beschwerde das gesamte Projekt gefährden würde, für die (kleinen) Anbieter die Gefahr, dass ihnen der effektive Rechtsschutz verwehrt bleibt – wenn aufschiebende Wirkung erteilt wird. (sts)

**Genève – Effet suspensif** (*Genf – Aufschiebende Wirkung*)

(373) L'effet suspensif n'est pas accordé au recours, ses chances de succès apparaissant *prima facie* faibles. *TC (KGer) GE ATA/285/2014 (25.4.2014)* (jzb)

(374) Le refus de délivrer l'attestation permettant à une entreprise de soumissionner pour un marché public en

raison de la violation par celle-ci des conditions minimales de travail et prestations sociales constitue une décision à caractère négatif destinée, de par sa nature, à déployer un effet immédiat. L'effet suspensif ne peut être restitué. *TC (KGer) GE ATA/257/2014 (14.4.2014)* (jbz)

**(375)** En l'espèce, les critères en matière de qualification de l'entreprise constituent *prima facie* des critères d'aptitude, qui, s'ils ne sont pas réalisés, devraient conduire à l'exclusion du soumissionnaire concerné. Ainsi, le recours n'est pas dénué de chances de succès. De plus, l'intérêt au respect strict des normes de sécurité prédomine l'intérêt privé à l'exécution des travaux sans délai. L'effet suspensif est accordé. *TC (KGer) GE ATA/173/2014 (19.3.2014)* (jbz)

**(376)** L'adjudicatrice n'a fourni aucune explication sur les motifs pour lesquels elle a accepté qu'un concurrent présente, dans des circonstances non établies, deux offres alors que les variantes n'étaient pas admissibles, ni ce qui l'a amenée à décider laquelle des deux offres devait être qualifiée d'offre principale. Outre le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, se pose la question de l'offre anormalement basse. Dans ces circonstances, on peut envisager que l'adjudication soit annulée. L'effet suspensif est restitué au recours. *TC (KGer) GE ATA/124/2014 (27.2.2014)* (jbz)

**(377)** L'attestation de soumission ne respectait pas le délai de validité exigé; le recours paraît dénué de chances de succès, ce qui conduit au refus de la restitution de l'effet suspensif. *TC (KGer) GE ATA/112/2014 (21.2.2014)* (jbz)

**(378)** Les soumissionnaires ont l'obligation d'informer immédiatement l'autorité adjudicatrice de toute erreur manifeste dans les documents d'appel d'offres. Or, en l'espèce, le consortium n'a pas réagi d'une quelconque manière. La recevabilité du recours apparaît dès lors douteuse. De plus, *in casu*, l'intérêt public est très important et l'emporte sur l'intérêt privé. L'effet suspensif n'est pas restitué. *TC (KGer) GE ATA/109/2014 (20.2.2014)* (jbz)

**(379)** En l'espèce, la demande de restitution de l'effet suspensif, à l'appui de laquelle aucune motivation spécifique n'est formulée, se confond avec les conclusions au fond. La requête est rejetée dans la mesure où elle est recevable. *TC (KGer) GE ATA/90/2014 (14.2.2014)* (jbz)

**(380)** Décision de retrait de l'effet suspensif au recours. *TC (KGer) GE ATA/49/2014 (31.1.2014)* (jbz)

**(381)** **1.** Le refus de délivrer une attestation de respect des usages dès lors que l'entreprise ne respecte pas les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail constitue une décision à caractère négatif destinée, de par sa nature, à déployer un effet immédiat. L'effet suspensif ne peut être restitué. **2.** Les mesures provisionnelles demandées se recoupent avec ce qui fait l'objet du fond du contentieux judiciaire. Ce type

de mesures provisionnelles est proscrit par la jurisprudence et la doctrine; la requête est refusée. *TC (KGer) GE ATA/28/2014 (15.1.2014)* (jbz)

**(382)** La demande d'effet suspensif n'a plus d'objet: le contrat découlant de l'adjudication litigieuse a été conclu et exécuté avant même que l'autorité adjudicatrice n'ait informé le soumissionnaire écarté de sa décision. La requête est irrecevable. *TC (KGer) GE ATA/17/2014 (9.1.2014)* (jbz)

**(383)** Décision de restitution de l'effet suspensif au recours. *TC (KGer) GE ATA/817/2013 (17.12.2013)* (jbz)

**(384)** Accorder *a posteriori* au soumissionnaire la possibilité de substituer à l'attestation périmée celle plus récente reviendrait à violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et serait source d'insécurité juridique. Les chances de succès du recours apparaissent ténues: l'effet suspensif au recours est refusé. *TC (KGer) GE ATA/788/2013 (3.12.2013)* (jbz)

**(385)** S'agissant d'un examen *prima facie* des chances de succès du recours, il faut tenir compte notamment de la grande différence des résultats obtenus pour certains critères. Ces éléments objectifs indiquent que les chances de succès du recours ne sont pas suffisantes pour restituer l'effet suspensif au recours. *TC (KGer) GE ATA/787/2013 (28.11.2013)* (jbz)

**(386)** Dans son recours contre une décision portant sur le refus de l'effet suspensif, le soumissionnaire n'invoque la violation d'aucun droit constitutionnel, contrairement à ce qu'exige l'art. 108 LTF. Le recours est irrecevable. *TF (BGer) 2C\_265/2014 (18.3.2014)* (jbz)

## ■ Qualité pour recourir / Beschwerdelegitimation

**Bund – Gegenseitige Ausschlussrüge (Confédération – Contestation du grief de l'exclusion)**

**(387)** **1.** Die Beschwerdeführerin rügte, dass die Zuschlagsempfängerinnen ein Eignungskriterium nicht erfüllten, woraufhin diese entgegneten, die Beschwerdeführerinnen seien nach ihrer (strengen) Auslegung der Kriterien selbst nicht geeignet. **2.** Das BVGer trat auf diesen Einwand der Zuschlagsempfängerinnen nicht ein. **a.** «Streitgegenstand dieses Verfahrens ist die Zuschlagsverfügung... Diese Verfügung beinhaltet somit auch den Entscheid der Vorinstanz über die Frage, ob die [Zuschlagsempfängerinnen] die Eignungskriterien erfüllen oder nicht.» **b.** «Ob die Vorinstanz dabei die in den Ausschreibungsbestimmungen verlangten Eignungsanforderungen richtig ausgelegt und die erbrachten Nachweise zulässigerweise als gültig und ausreichend erachtet hat, ist im vorliegenden Fall umstritten und die materielle Haupt-

frage dieses Verfahrens.» **c.** «Ob die Beschwerdeführerinnen ihrerseits die in den Ausschreibungsbestimmungen verlangten Eignungsanforderungen erfüllen oder nicht, ist dagegen eine Frage, über welche die Vergabestelle bisher nicht verfügungsweise entschieden hat. Bei der Beantwortung dieser Frage stellen sich als Vorfragen die gleichen Auslegungsfragen, welche – in Bezug auf die Eignung der Beschwerdegegnerinnen – materielle Hauptfragen dieses Verfahrens sind. Es ist aber aus grundsätzlichen prozessualen Überlegungen nicht zugänglich, materielle Hauptfragen zu Vorfragen für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation zu machen.» **d.** «Diese Auffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung zum Beschaffungsrecht des Bundes.» *BVGer B-4904/2013 (14.3.2014)*

**Anmerkungen: 1.** Im referierten Fall griff eine Beschwerdeführerin den Zuschlag an und rügte, die Zuschlagsempfängerin sei auszuschliessen. **a.** Es lag somit zwar ein wechselseitiger Eignungsstreit, jedoch nicht die Konstellation vor, in welcher eine (über den Zuschlag) ausgeschlossene Anbieterin ihren Ausschluss anfecht und dabei geltend macht, falls ihr Ausschluss rechtmässig sei, sei auch die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen. In dieser Konstellation hat das Gericht die gegen die Zuschlagsempfängerin (bzw. gegen deren Offerte) gerichtete Ausschlussrüge der Beschwerdeführerin aus Gleichbehandlungsgründen auch dann noch zu prüfen, wenn der Ausschluss der Beschwerdeführerin bestätigt und die Beschwerde insofern abgewiesen wird (EuGH C-100/12, 4.7.2013, Rn. 28 ff., BR/DC 2014, S. 54, Nr. 60; VGer TI 52.2012.387, 7.1.2013, E. 3.1). Denn ansonsten könnte die Vergabestelle im Falle der gerichtlichen Zuschlagsbestätigung ohne Ausschlussprüfung in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin mit dieser den Vertrag ohne weitere Prüfung abschliessen. **b.** Im referierten Fall lagen die Dinge dagegen so, dass die Vergabestelle nach einer allfälligen Zuschlagsaufhebung (wegen Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin) der Beschwerdeführerin den Zuschlag erteilen würde, wenn sie der Auffassung wäre, dass diese geeignet ist. Dieser Zuschlag kann durch die vormalige Zuschlagsempfängerin trotz deren Ausschlusses zur Überprüfung angefochten werden, ob die neue Zuschlagsempfängerin nicht denselben oder einen gleichwertigen Ausschlussgrund erfüllt. Wer diese Anfechtungsmöglichkeit verneint, verweigert der ersten Zuschlagsempfängerin Gleichbehandlung bezüglich des Ausschlusses. **2.** Wenn man also davon ausgeht, dass dieser Rechtsschutz besteht, geht es grundsätzlich an, dass die Ausschlussrüge der angegriffenen Zuschlagsempfängerin nicht geprüft wird. Das hilft indes nicht darüber hinweg, dass der Rechtsschutz de facto empfindlich eingeschränkt wird, wenn die vormalige Zuschlagsempfängerin ein neues Beschwerdeverfahren einleiten und durchstehen muss, ohne dabei tatsächlich etwas ausser der Durchsetzung einer prinzipiellen Gleichbehandlung im Ausschluss erreichen zu können. Das hinter diesem Grundsatz stehende öffentliche Interesse bleibt so de facto ungeschützt. (mb)

**Genève – Intérêt à recourir** (*Genf – Rechtsmittelinteresse*)

**(388) 1.** La recourante qui conteste une décision d'adjudication et qui déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat, conclut au moins implicitement à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non. Il conserve un intérêt actuel à recourir. **2.** L'autorité adjudicatrice n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation ni violé le principe de la transparence. *TC (KGer) GE ATA/800/2013 (10.12.2013)* (jzb)

#### ■ Frais et dépens / Kosten und Parteientschädigung

**Vaud – Avance de frais** (*Waadt – Kostenvorschuss*)

**(389)** Irrecevabilité du recours pour défaut de paiement de l'avance de frais. *TC (KGer) VD MPU.2013.0030 (21.1.2014)* (jzb)

**Vaud – Exclusion – Emolument** (*Waadt – Ausschluss – Gebühr*)

**(390) 1.** Lorsqu'une offre est exclue pour des motifs formels, une audition n'est pas nécessaire car le soumissionnaire évincé ne peut plus se voir adjuger le marché. **2.** En l'espèce, il se justifie de s'écarter à la hausse du montant maximum de l'émolument de base en raison de la valeur litigieuse qui dépasse les 20 millions de francs. *TC (KGer) VD MPU.2013.0027 (4.2.2014)* (jzb)

**Valais – Retrait du recours** (*Wallis – Rückzug der Beschwerde*)

**(391)** Après avoir reçu un nouveau courrier du Conseil d'Etat contre lequel les recourants ont interjeté un recours le 10 septembre 2013, ceux-ci ont déclaré la présente procédure comme sans objet et retiré leur recours par courrier du 12 septembre 2013. Ce retrait du recours entraîne le classement de l'affaire sous suite de frais et sans allocation de dépens. *TC (KGer) VS AI 13 316 (20.9.2013)* (jzb)

**Valais – Retrait du recours** (*Wallis – Rückzug der Beschwerde*)

**(392)** En date 13 mai X. SA a formé un recours de droit administratif auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais contre la décision d'attribuer un marché de travaux de maçonnerie au consortium que forment Y. SA et E. SA. Le 6 juin, X. SA a retiré son recours de façon licite. Ce retrait entraîne le classement de l'affaire. *TC (KGer) VS AI 13 265 (27.6.2013)* (jzb)

**Genève – Avance de frais – Nullité** (*Genf – Kostenvorschuss – Nichtigkeit*)

**(393) 1.** Le recours est irrecevable, l'avance de frais n'ayant pas été versée dans le délai. **2.** En l'espèce, la «décision» d'exclure le recours du concours n'émane pas du pouvoir adjudicateur; il ne s'agit pas d'une décision au sens de la LPA. En outre, elle n'a pas été notifiée en la forme écrite et l'indication des voies de recours y faisait défaut. Elle apparaît ainsi si profondément viciée que sa nullité ne peut qu'être constatée. *TC (KGer) GE ATA/54/2014 (4.2.2014)* (jzb)

■ **Autres questions / Weitere Fragen**

**Neuchâtel – Accès au dossier** (*Neuenburg – Aktenzugang*)

**(394)** L'adjudicateur doit transmettre au juge l'intégralité du dossier de passation des marchés publics. Il revient à la juridiction administrative d'effectuer, le cas échéant, la pondération entre le droit d'accès au dossier et la protection du secret d'affaires. *TC (KGer) NE CDP.2013.215 (19.12.2013)* (jzb)

## 11. Sanctions / Sanktionen

**Vaud – Sanctions pour l'emploi de travailleurs au noir** (*Waadt – Sanktionierung von Schwarzarbeit*)

**(395) 1.** Exclusion des marchés publics d'une société qui a employé des travailleurs au noir. **2.** Les sanctions prononcées par le Département des infrastructures et des ressources humaines se révèlent disparates: elles reposent sur une application automatique d'un barème interne rigide et produisent des résultats arbitraires et constitutifs d'inégalités de traitement. Pour déterminer la sanction, le Département doit tenir compte des infractions aux obligations de l'employeur en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers (en particulier durée de l'infraction, récidive, activité dans le domaine des marchés publics). En l'espèce, le Tribunal réduit la sanction prononcée. *TC (KGer) VD MPU.2013.0025 (26.3.2014)* (jzb)



## Aktuelles Vergaberecht 2014/ Marchés publics 2014

**Band 25/Volume 25**

Jean-Baptiste Zufferey/  
Hubert Stöckli (Hrsg.)

Die Beiträge zur «Vergabetagung 2014» informieren über aktuelle Themen aus dem gesamten Vergaberecht:

Neue Themen, neue Urteile; Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven; Die Verhandlungen im Vergaberecht – Dauerbrenner im Streitgespräch; Erfolg in IT-Projekten – trotz Vergaberecht?; Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken; Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz.

Les contributions de l'ouvrage «Marchés publics 2014» présentent les développements les plus récents en droit des marchés publics; les auteurs – scientifiques et praticiens – y abordent les thèmes suivants: les nouvelles réglementations; la jurisprudence récente; le nouveau Règlement SIA 144; les marchés de gré à gré; les «concours d'investisseurs» (textes des participants à une table ronde).

Herausgeber:

Prof. Dr. iur. Jean-Baptiste Zufferey  
Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli

404 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7255-7054-6  
CHF 128.00



## Das Vergaberecht der Schweiz Überblick | Erlasse | Rechtsprechung

**9. Auflage**

**Band 26 / Volume 26**

Hubert Stöckli / Martin Beyeler (Hrsg.)

### Der Überblick

Die vielfältigen Erlasse, aus denen das schweizerische Vergaberecht besteht, im systematischen Überblick. Mit Hinweisen zum revidierten GPA und Erläuterungen zu wichtigen Einzelpunkten.

### Die Erlasse

Die drei Staatsverträge (GPA, bilaterales Abkommen CH/EG und EFTA-Abkommen) sowie das revidierte GPA, das Vergaberecht des Bundes (BöB, VöB und revidierte Org-VöB) und die Interkantonale Vereinbarung (IVöB) im Volltext. Darüber hinaus enthält dieser Band namentlich auch (zum Teil auszugsweise): MG und VAMAT; BGBM; UWG; KG; BGSA; EntsG; BGG und VGG; aus dem StGB die Bestechungsnormen. Zahlreiche, aufdatierte Querverweise, mit welchen die Zusammenhänge sichtbar werden.

Systematische Aufstellung des kantonalen Rechts. Weitere Hinweise und Dokumente (etwa zu den Arbeitsbedingungen) sowie die für Fragen des Geltungsbereichs relevanten Passagen aus der Zentralen Gütersystematik (CPC).

### Die Rechtsprechung

Wichtige Urteile zum Vergaberecht (EuGH, Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht und kantonale Verwaltungsgerichte) der Jahre 2012–2013 (prägnant zusammengefasst).

Herausgeber:

Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli  
PD Dr. iur. Martin Beyeler

632 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-7255-7032-4  
CHF 98.00



## Réglementation des marchés publics en Suisse

**Textes | Références | Commentaires divers**

**Edition 2014**

**Volume 27**

Jean-Baptiste Zufferey (éd.)

### Le sommaire

Les divers textes qui réglementent les marchés publics en Suisse en un seul coup d'œil.

### Les textes – avec des commentaires divers

Les traités internationaux, le droit fédéral pertinent et le droit intercantonal dans sa version complète. La grande nouveauté est l'Accord de l'OMC révisé en 2012, avec ses annexes. A signaler en particulier: la Loi sur le marché intérieur, la Loi contre la concurrence déloyale, la Loi sur les cartels, la Loi sur le travail au noir ainsi que la Loi sur les travailleurs détachés. Des commentaires mettent en évidence les liens entre les réglementations. Énumération systématique du droit cantonal. D'autres indications et documents dont des extraits de la Classification centrale des produits (CPC) ou encore les valeurs seuils pour 2014 et 2015.

Editeur:

Jean-Baptiste Zufferey, professeur

442 pages, broché  
ISBN 978-3-7255-7044-7  
CHF 98.00

Jetzt lieferbar

## Frust am Bücherregal?



Wir feiern die  
**50.**  
Auflage

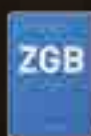
**ZGB/OR ist seit über  
100 Jahren gut aufgelegt.**

**Die klassische Textausgabe von  
Gauch/Stöckli mit Anhängen,  
Querverweisen, Sachregister und  
Anmerkungen.**

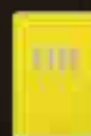
Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.



50. Auflage  
2268 Seiten, gebunden  
CHF 158.00  
978-3-7255-6976-2



50. Auflage  
1052 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6978-6



50. Auflage  
1366 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6977-9