

III. Planungs- und Baurecht

Submissionsrecht

§ 52 Abs. 1 VRG, Art. 8 Abs. 2 Bst. a) und b) IVöB; Kann die Verletzung des kantonalen Submissionsrechts durch eine Gemeinde von einer Privatperson mit einer Aufsichtsbeschwerde gerügt werden? Wäre das neue Eisstadion in Zug unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen?

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 52 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) kann mit der Aufsichtsbeschwerde jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, die Art der Erledigung ist ihm mitzuteilen, eine Pflicht zur Begründung besteht nicht (Abs. 2 bis 4 von § 52 VRG). Nach ständiger Praxis wird eine Anzeige von der Aufsichtsbehörde nicht behandelt, sofern ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht. Die Anzeige richtet sich grundsätzlich immer an die Aufsichtsbehörde. Sie dient dem Ziel der Verwaltungskontrolle. Anknüpfungspunkt bildet somit die Pflicht der oberen Behörde, die nachgeordneten Stellen angemessen zu beaufsichtigen, um eine rechtmässige und gut funktionierende Verwaltung zu gewährleisten. Die Eingabe soll eine Aktion veranlassen, welche die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen durchführen müsste, würde sie selbständig auf den gerügten Missstand aufmerksam (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbemerkungen zu § 19 bis 28, N 29 ff.; Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Bern 2008, S. 891 ff.).

Die Aufsicht über die Gemeinden steht gemäss § 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1990 (GG, BGS 171.1) dem Regierungsrat zu. Stellt die Aufsichtsbehörde einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben fest, mahnt der Regierungsrat den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen (§ 37 GG). Nach fruchtloser Mahnung oder in dringenden oder offenkundigen Fällen kann der Regierungsrat Massnahmen treffen. Als Massnahmen kommen dabei unter anderem die Aufhebung von Beschlüssen der Gemeindeorgane in Frage (§ 39 GG). Nach konstanter Rechtspraxis schreitet der Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden nur

dann ein, wenn klares, materielles Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet werden (vgl. Entscheid des Regierungsrates vom 11. August 1998 in Sachen M.J.; Auer/Müller/Schindler, a.a.O., S. 895 ff.).

2. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass der Regierungsrat für die Beurteilung der vorliegenden Eingabe zuständig ist. Die Eingabe ist als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen, da der Anzeiger darin den Regierungsrat auf Tatsachen aufmerksam macht, die aus der Sicht des Anzeigers ein aufsichtsrechtliches Einschreiten durch den Regierungsrat erfordern. Konkret wirft der Anzeiger dem Stadtrat vor, dass er sich beim Neubau des Eisstadions nicht an das kantonale Submissionsgesetz gehalten habe. Diese Rüge kann im Rahmen der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht werden, da dem Anzeiger als Privatperson kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung stand, wo er seine Rügen betreffend die Missachtung des Submissionsgesetzes hätte geltend machen können. Wie bereits im Sachverhalt ausgeführt, wurde der Wettbewerb für die Suche nach einem externen Projektpartner für die Gesamtüberbauung des Stadion- und «Bossard»-Arealen zwar öffentlich ausgeschrieben, aber nicht nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes. So wurde die Ausschreibung nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und auch das Wettbewerbsverfahren wurde nicht nach den Regeln des Submissionsrechts durchgeführt. Der Grund dafür war, dass der Stadtrat immer davon ausging, dass dieser Wettbewerb nicht unter das Submissionsgesetz fallen würde. Die vom Anzeiger eingereichte Eingabe ist nun einer näheren Prüfung zu unterziehen. Es liegt auch im öffentlichen Interesse, dass die vom Anzeiger aufgeworfene Rechtsfrage geklärt wird.

3. Der Anzeiger wirft dem Stadtrat vor, dass sich dieser bei der Auftragsvergabe für den Neubau des Eisstadions nicht an das kantonale Submissionsgesetz gehalten habe. Als Beispiel nennt der Anzeiger eine Arbeitsausschreibung vom 18. Mai 2009 (richtig 1. Mai 2009) im Amtsblatt, wo darauf hingewiesen werde, dass gegen den Entscheid der Vergabeinstanz keine Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Begründet werde dies damit, dass weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt würden, so dass die Submissionsvorschriften nicht zur Anwendung gelangen würden.

a) Am 1. Mai 2009 ist im kantonalen Amtsblatt, bei den amtlichen Bekanntmachungen der Stadt Zug, das vom Anzeiger erwähnte Inserat mit dem Titel «Arbeitsausschreibung im offenen Verfahren» erschienen. Der Text des Inserates lautete auszugsweise wie folgt: «Im Auftrag der Stadt Zug soll die Anliker AG als Generalunternehmerin die Neubauten auf dem Areal Herti für die Eissportanlagen erstel-

len. Da weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt werden, kommen die Submissionsvorschriften nicht formell zur Anwendung (Art. 8 Abs. 2 lit. b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)). Das Vergabeverfahren soll aber analog den Submissionsvorschriften durchgeführt werden. Gegen die Entscheide der Vergabeinstanzen ist aber kein Rechtsmittel gegeben. ... (Es folgt nun die Ausschreibung der Arbeiten mit dem Hinweis, dass die Anliker AG Auftraggeberin ist).»

Ähnliche Arbeitsausschreibungen wie die vorliegende sind schon früher im Amtsblatt publiziert worden, wie aus den vom Stadtrat eingereichten Vorakten hervor geht.

b) Die im amtlichen Teil des Amtsblattes publizierte Arbeitsausschreibung der Firma Anliker AG ist in der Tat aussergewöhnlich und nicht ohne weiteres verständlich. Seltsam ist, dass eine Arbeitsausschreibung von einer privaten Auftraggeberin im amtlichen Teil des Amtsblattes publiziert wird. Im amtlichen Teil des Amtsblattes erscheinen üblicherweise nur Arbeitsausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern oder von anderen Auftraggebern, die dem kantonalen Submissionsgesetz unterstellt sind. Aussergewöhnlich ist auch die Begründung im Amtsblattinserat, weshalb diese Arbeitsausschreibung nicht unter das kantonale Submissionsgesetz fallen soll. Als Begründung wird, wie bereits erwähnt, angegeben, dass weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt würden.

c) Zum besseren Verständnis der ganzen Angelegenheit ist an dieser Stelle kurz auf das von der Stadt Zug durchgeführte Wettbewerbsverfahren einzugehen. Am 12. Januar 2004 wurde in verschiedenen schweizerischen Tageszeitungen ein Inserat publiziert, wonach die Stadt Zug und die Kunsteisbahn AG Zug eine Trägerschaft für die Planung, die Finanzierung und die Realisierung eines Überbauungskonzeptes im Gebiet Herti suchen. In der Ausschreibung wurde darauf hingewiesen, dass das Überbauungskonzept unter anderem neue Eissportanlagen enthalten muss. In einer ersten Phase konnten alle interessierten Bewerber ihre Bewerbung einreichen. Die Ausschreibung und das Auswahlverfahren wurden nicht nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes vorgenommen, so gab es unter anderem keine Rechtsschutzmöglichkeiten. Von den zwölf interessierten Teams wurden durch eine Jury fünf Teams für die zweite Phase ausgewählt und diese Teams durften ein Überbauungskonzept und eine Offerte einreichen. Eine Jury beurteilte die eingereichten Konzepte und Offerten. Am 13. September 2004 publizierte die Stadt Zug das Ergebnis des Wettbewerbsverfahrens wie folgt: «Die Stadt Zug wird das neue Eisstadion mit dem Projektteam Anliker AG, Emmenbrücke, Scheitlin-Syfrig + Partner Architekten AG, Luzern, Leutwyler Partner Architekten AG, Zug, planen und realisieren. ...»

Nach der Auswahl des Gesamtüberbauungskonzeptes holte der Stadtrat beim Grossen Gemeinderat die erforderlichen Kredite sowie die Zustimmung zum Verkauf des «Bossard»-Areal sowie eines Anteils des Stadionareals für das Wohn- und Geschäftshaus «Scheibenhaus» ein. Am 12. November 2007 bewilligte der Grosse Gemeinderat von Zug für den Neubau des Eisstadions mit Ausseneisfeld und Parkhaus einen Bruttobaukredit von CHF 60'960'000.- inkl. MWST und er stimmte dem Verkauf von einzelnen Grundstücken an den ausgewählten Investor zu. An der Urnenabstimmung vom 24. Februar 2008 wurde der Beschluss des Grossen Gemeinderates von den Stimmberechtigten der Stadt Zug angenommen. Aus dem Bericht an die Stimmberechtigten geht hervor, dass nach dem Verkauf der Grundstücke Nord und «Bossard»-Areal und dem Beitrag von Kanton und Gemeinden für die Stadt Zug ein Nettoaufwand von CHF 22.51 Mio. resultiere. Am 13. März 2008 schloss die Stadt Zug mit der Anliker AG einen Totalunternehmerwerkvertrag ab. Im Totalunternehmerwerkvertrag erklärte sich der Totalunternehmer unter anderem bereit, Arbeiten über CHF 80'000.- im Amtsblatt zur freien Konkurrenz auszuschreiben. Aufgrund dieser Vertragsbestimmung ist die vom Anzeiger erwähnte Arbeitsausschreibung im Amtsblatt erschienen.

4. Nach diesen Ausführungen allgemeiner Art ist die Kernfrage der Aufsichtsbeschwerde zu beantworten, ob der Auftrag für den Neubau des Eisstadions und der übrigen Teilen des Überbauungskonzeptes unter das Submissionsgesetz gefallen wäre und der Auftrag somit nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes hätte vergeben werden müssen. Die indirekte Redeform wird bei der Fragestellung bewusst gewählt, weil die Stadt Zug mit der Firma Anliker AG schon vor längerer Zeit einen Totalunternehmerwerkvertrag abgeschlossen hat und sich das neue Eisstadion und die übrigen Teile des ganzen Überbauungskonzeptes bereits im Bau befinden. Aus Gründen von Treu und Glauben kann dieses Verfahren für den Bau des Eisstadions und der übrigen Teile des Überbauungskonzeptes nicht mehr gestoppt, geschweige denn rückgängig gemacht werden. Die neuen Eisportanlagen können wie vorgesehen und bewilligt zu Ende geführt werden. In diesem Aufsichtsbeschwerdeverfahren kann daher nur noch die eingangs erwähnte Frage beantwortet werden, damit in Zukunft Klarheit herrscht, ob vergleichbare Aufträge eines öffentlichen Auftraggebers dem Submissionsrecht unterstehen oder nicht.

a) Es gibt verschiedene Modelle, wie ein Gemeinwesen seine Infrastrukturprobleme lösen kann. Bekannt ist vor allem das übliche Modell, bei dem ein Gemeinwesen zunächst einen öffentlichen Projektwettbewerb durchführt und anschliessend die einzelnen Arbeitsgattungen für die Erstellung eines Gebäudes submissioniert werden. Es steht ausser Diskussion, dass derartige Aufträge für den Bau eines öffentlichen Gebäudes dem Submissionsrecht unterstehen (Art. 6

und 8 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB, BGS 721.52). Ebenfalls klar ist, dass je nach der Höhe des Auftragswertes unterschiedliche Verfahrensarten zur Anwendung gelangen. Neben dem üblichen Beschaffungsmodell gibt es seit einiger Zeit noch andere Zusammenarbeitsmodelle zwischen öffentlichen und privaten Partnern, die unter den Begriff «Public Private Partnership» (PPP) fallen. Das PPP-Modell gelangt häufig bei knappen öffentlichen Mitteln zur Bewältigung von komplexen Infrastrukturprojekten zum Einsatz. Im Ausland ist dieses Modell weit verbreitet, in der Schweiz gibt es auch einige Vorhaben, wo dieses Modell angewendet wurde. Unter dem Begriff «PPP» versteht man gemeinhin die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Rahmen einer langfristigen, gemeinsamen Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Partnern mit einer echten Risikoaufteilung. Wie beim üblichen Beschaffungsmodell, gibt es auch beim PPP-Modell verschiedene Formen der Kooperation zwischen öffentlichen und privaten Partnern. Bei den verschiedenen Arten von PPP-Zusammenarbeitsmodellen stellt sich immer wieder die Frage, inwiefern die Vorschriften des Submissionsrechts zu beachten sind (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, Public Privat Partnership – Wenn Staat und Private kooperieren, in: BR Sonderheft 2006, 27 ff.). Aufgrund der geltenden Rechtsprechung, die im zuvor erwähnten Artikel von Claudia Schneider Heusi/Felix Jost zitiert wird, steht fest, dass keine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn das Gemeinwesen eine öffentliche Aufgabe auf einen Privaten überträgt und dafür kein Entgelt leistet; im Rahmen eines PPP-Vorhabens mit einem privaten Unternehmen eine Träger- oder Betreibergemeinschaft gründet; für ein PPP-Vorhaben einen Investor sucht, ohne dass dieser ein Entgelt erhält. Von einer öffentlichen Beschaffung ist jedoch dann auszugehen, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt für das Gemeinwesen Leistungen erbringt und wenn es sich dabei um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, a.a.O., 30). Zum gleichen Ergebnis ist auch das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz in zwei Urteilen vom 29. August 2006 und 6. März 2007 gelangt, die beide eine sogenannte Infrastruktur PPP in der Gemeinde Galgenen betrafen. Gegen das zweite Urteil des Verwaltungsgerichtes Schwyz wurden zwei Beschwerden beim Bundesgericht eingereicht, welches in seinem Urteil 2C-116/2007 beziehungsweise 2C-396/2007 vom 10. Oktober 2007 nicht auf die beiden Beschwerden eingetreten ist. Zu diesen Bundesgerichtsurteilen sowie zu den Urteilen des Verwaltungsgerichtes Schwyz hat Martin Beyeler im Jusletter vom 7. Januar 2008 seine Bemerkungen abgegeben (vgl. Martin Beyeler, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht). Martin Beyeler gelangt in seinem Artikel zum Schluss, dass bei gemischten Geschäften (das heisst Geschäften, die Komponenten enthalten, die für sich betrachtet vom öffentlichen Submissionsrecht erfasst werden und solchen, auf die das Vergaberecht grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt

wie Veräusserungs- und Kommerzialisierungsgeschäfte) das gesamte Geschäft grundsätzlich unter die Regeln des öffentlichen Vergaberechts fällt. Nach der Auffassung von Martin Beyeler ist dort eine Ausnahme zu machen, wo der vergaberechtsfremde Geschäftsteil den anderen Teil überwiegt und der überwiegende Teil den Hauptzweck des Ganzen ausmacht. Obwohl im erwähnten Schwyzer Fall der vergaberechtsfreie Anteil überwog, gelangte das Schwyzer Verwaltungsgericht im erwähnten Urteil zum Ergebnis, dass das ganze Geschäft dem Vergaberecht untersteht. Dies, weil der öffentliche Auftrag der Hauptzweck des ganzen Geschäftes war.

b) Werden die zuvor erwähnten Grundsätze auf den vorliegenden Fall übertragen, so ist die Frage nach der Unterstellung des Auftrages der Stadt Zug für den Stadionneubau sowie für die Realisierung des gesamten Überbauungskonzeptes unter das öffentliche Submissionsrecht zu bejahen. Eine Ausnahme liegt nicht vor, obwohl der vergaberechtsfreie Geschäftsanteil (Überbauung «Bossard»-Areal, «Scheibenhochhaus») finanziell rund zwei Drittel der Gesamtkosten der ganzen Überbauung ausmacht und der öffentliche Anteil für den Stadionneubau bei rund einem Drittel liegt (rund CHF 61 Millionen von insgesamt CHF 180 Millionen). Die vom Stadtrat zitierte Ausnahmeregelung für die Nichtunterstellung des Auftrages unter das öffentliche Submissionsrecht, die sogenannte 50%-Regelung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB (Unterstellung von Objekten und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden) gelangt in diesem Fall nicht zur Anwendung. Massgebend für die Unterstellung des gesamten Geschäftes unter das öffentliche Submissionsrecht ist, dass der Hauptzweck des Auftrages der Stadt Zug die Erstellung eines neuen Eisstadions war und die anderen Teile des Geschäftes den Zweck hatten, die finanziellen Kosten der Stadt Zug möglichst gering zu halten. Die Hauptmerkmale einer öffentlichen Beschaffung, nämlich dass ein dem öffentlichen Submissionsrecht unterstellter Auftraggeber einen privaten Partner mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt und dafür ein Entgelt leistet, liegen im vorliegenden Fall vor. So erteilte die Stadt Zug der Firma Anliker AG im bereits erwähnten Totalunternehmerwerkvertrag den Auftrag zum Neubau der Eissportanlagen zu einem vereinbarten Werkpreis von CHF 56'753'975.- (Total TU-Kostendach). Durch das finanzielle Engagement der Stadt Zug ist der Stadionneubau zu einer öffentlichen Aufgabe geworden.

c) Im Ergebnis steht damit fest, dass das PPP-Vorhaben der Stadt Zug für den Neubau der Eissportanlagen unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen wäre. Dieser Auftrag hätte somit nach den Vorschriften des Submissionsrechts abgewickelt werden müssen. Gleichzeitig muss an dieser Stelle aber auch erwähnt

werden, dass im Submissionsrecht der Grundsatz der Einmaligkeit der Ausschreibung gilt und es somit keine doppelte Ausschreibungspflicht gibt. Vereinfacht ausgedrückt heisst dies, dass dann, wenn ein PPP-Partner in einem Verfahren nach Submissionsrecht ausgewählt wurde, die Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Submissionsrechts vergeben werden müssen (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, a.a.O. 33). Dieses Prinzip entspricht schon heute der gängigen Praxis bei General- oder Totalunternehmervergaben. Es kommt jedoch immer wieder vor, dass der General- oder Totalunternehmer in einem Werkvertrag verpflichtet wird, Aufträge an Subunternehmer ab einem bestimmten Auftragswert nochmals zu submissionieren. In diesem Fall handelt es sich aber um private Submissionen des General- oder Totalunternehmers, die nicht mehr unter das öffentliche Submissionsrecht fallen. Dieser Hinweis ist im vorliegenden Fall insofern von Bedeutung, als es sich bei der vom Anzeiger erwähnten Submission im kantonalen Amtsblatt um eine solche Ausschreibung der Firma Anliker AG handelte. Dieser Auftrag wäre somit nicht mehr dem öffentlichen Submissionsrecht unterstanden, wenn der Hauptauftrag nach den Regeln des Submissionsrechts ausgeschrieben worden wäre.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Anzeiger in seiner Eingabe zu Recht darauf hinweist, dass der gesamte Auftrag der Stadt Zug an die Firma Anliker AG für den Neubau der Eissportanlagen sowie für die übrigen Teile des ganzen Überbauungskonzeptes dem öffentlichen Submissionsrecht unterstanden hätte und der Auftrag nach den Vorschriften des Submissionsrechts hätte abgewickelt werden müssen. Wie bekannt ist, befinden sich das neue Eisstadion sowie die übrigen Bestandteile des Überbauungskonzeptes bereits im Bau. Aus Gründen von Treu und Glauben kann der Bau des Eisstadions sowie der übrigen Teile des Überbauungskonzeptes weder gestoppt noch rückgängig gemacht werden. Aufsichtsrechtliche Massnahmen im Sinne von § 39 GG wie die Aufhebung von Beschlüssen oder eine Anordnung, dass weitere Auftragsvergaben der Firma Anliker AG nach den Vorschriften des Submissionsrechts erfolgen müssen, können bereits aus Gründen von Treu und Glauben nicht ergriffen werden. Als einzige Möglichkeit verbleibt der Hinweis, dass bei künftigen PPP-Vorhaben die Vorschriften des Submissionsrechts zu beachten sind. Aus den bereits erwähnten Gründen kann damit der Aufsichtsbeschwerde von ... keine Folge gegeben werden. Die Stadt Zug wird bei künftigen PPP-Vorhaben die Submissionsvorschriften beachten müssen.

Regierungsrat, 4. Mai 2010