

NEWSLETTER

INHALT

Neuerungen in Vergaberecht
— 1 —

Wann liegt eine schlüsselfertige Baute nach
Art. 6a HG vor?
— 3 —

VERGABERECHT

Neuerungen im Vergaberecht

Mathias L. Zürcher, Rechtsanwalt

Die gesetzlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes und der Kantone wurden harmonisiert. Dieser Artikel gibt eine kurze Übersicht über die wesentlichen Änderungen.

Am 1. Januar 2021 sind die Änderungen des Submissionsrechts (Vergaberecht) des Bundes in Kraft getreten. Parallel zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) wurde die Interkantonale Vereinbarung über das Beschaffungsrecht (iVöB) angepasst. Ziel war es einerseits, die Regelungen von Bund und Kantonen zu vereinheitlichen und andererseits, das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) aus dem Jahre 2012

umzusetzen. Die iVöB tritt in Kraft, sobald ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind.

Eine wesentliche Änderung ist, dass der Zuschlag nicht mehr dem *wirtschaftlich günstigsten Angebot*, sondern dem **vorteilhaftesten Angebot** erteilt wird. Mit der neuen Formulierung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass neben dem Preis weitere Faktoren (Zuschlagskriterien) mitbewertet werden, es also um die Gesamtqualität des Angebots geht. Neben dem Preis soll deshalb neu auch die Qualität stets als **Zuschlagskriterium** berücksichtigt werden. Es soll damit erreicht werden, dass nicht mehr nur ein Preiswettbewerb stattfindet, sondern auch die Qualität im Fokus steht.

Weiter wurden als mögliche Zuschlagskriterien neben den bisherigen Kriterien der Wirtschaftlichkeit, des Kundendienstes, der Zweckmässigkeit und der Ästhetik auch die Zuschlagskriterien Termine, technischer Wert, Lebenszykluskosten (Oberbegriff für Beschaffungs-

Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten), Nachhaltigkeit (beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales), Plausibilität des Angebots, die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, Verlässlichkeit des Preises, Kreativität, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik ins BöB und die iVöB aufgenommen. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann die Auftraggeberin ergänzend berücksichtigen, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

Nicht mehr erlaubt sind reine **Abgebotsrunden** (also Preisverhandlungen). Weiterhin möglich sind aber **Bereinigungen der Angebote**. Ziel ist dabei die Angebote objektiv vergleichbar zu machen, indem Missverständnisse geklärt und Lücken in den Ausschreibungsunterlagen gefüllt werden können. Unzulässig ist aber die Anpassung von unvollständigen oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Angeboten. Diese sind vom Verfahren auszuschliessen. Die Bereinigungsgespräche müssen protokolliert werden.

Weiter muss die Beschwerde gegen einen Zuschlag nicht mehr bei einer unteren kantonalen Instanz (in Bern beim Regierungsstatthalteramt), sondern direkt beim kantonalen **Verwaltungsgericht** eingereicht werden. Damit fällt eine Instanz weg. In Angelegenheiten des BöB ist die Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht resp. beim Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdefrist beträgt neu auch in den Kantonen **20 Tage** statt die bisherigen 10 Tage.

Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.

Erweist sich im kantonalen Bereich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter bereits abgeschlossen, stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das **anwendbare Recht verletzt**. Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges **Schadenersatzbegehren** (bisher mussten Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren geltend gemacht werden). Der Schadenersatz ist jedoch auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind, beschränkt. Ersetzt werden also bloss die **Offertkosten**, d.h. die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten. Darüber hinausgehende Kosten (wie der entgangene Gewinn) können nicht geltend gemacht werden.

Die Aufhebung der Verfügung und eine Erteilung des Zuschlags an den Beschwerdeführer sind auf kantonaler Ebene nur dann möglich, wenn der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger noch nicht abgeschlossen wurde. Auf Bundesebene kann bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs mit der Beschwerde nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit verlangt werden. Eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer kann nicht verlangt werden.

Gerne beraten und unterstützen wir Sie beim Verfassen einer Beschwerde in Submissionsangelegenheiten. Selbstverständlich stehen wir Ihnen mit unserer langjährigen Erfahrung auch bei sämtlichen anderen Fragen rund um das Vergaberecht gerne zur Verfügung.

www.haeusermann.ch

BERNISCHES STEUERRECHT

Wann liegt eine schlüsselfertige Baute nach Art. 6a HG vor?

Andreas Gubler, Notar

Die Empörung war gross, als die Grundbuchämter des Kantons Bern die Praxis bei der Veranlagung von Handänderungssteuern im Zusammenhang mit dem Erwerb von Bauland verschärft haben, umso mehr, da diese Verschärfung wiederholt vom Verwaltungsgericht geschützt wurde. Auf politisches Drängen wurde diese Entwicklung nun etwas gebremst. Dennoch bestehen weiterhin Unklarheiten, ab wann ein Käufer Bauland erwirbt – und somit Handänderungssteuern ausschliesslich auf dem Kaufpreis für das Land zahlt – und wann die Erstellungskosten eines Bauprojekts (sog. schlüsselfertige Baute) ebenfalls der Handänderungssteuer unterliegen.

Über viele Jahre war die Praxis unbestritten. Wer ein unbebautes Grundstück erwirbt **und** keinen Werkvertrag mit der Verkäuferschaft oder einer ihr nahestehenden Person für die Erstellung eines Bauprojekts abgeschlossen hat, zahlt die Handänderungssteuern lediglich auf dem Kaufpreis für das Bauland. Ebenfalls unbestritten war – und ist immer noch –, dass beim Kauf eines unbebauten Grundstücks, auf welchem die **Verkäuferschaft** ein Bauprojekt realisiert (z.B. Wohnungen zu Stockwerkeigentum) die Handänderungssteuer auf dem Kaufpreis für das Land sowie den Baukosten erhoben werden. Hier wird sowohl Bauland, wie auch ein Bauprojekt erworben (sog. schlüsselfertige Baute).

In der Praxis wurde die Abgrenzungsproblematik so gelöst, dass die Parteien im Kaufvertrag eine sogenannte

"Baulanderklärung" abgegeben und dadurch bestätigt haben, dass auf dem Bauland aktuell nicht gebaut wird und dass die Käuferschaft mit der Verkäuferschaft (oder nahestehenden Dritten) keine Werkverträge für die Errichtung einer Baute abgeschlossen haben.

Im Laufe der Zeit haben einzelne Grundbuchämter (als Veranlagungsbehörde für die Handänderungssteuern) damit begonnen, vertiefter zu prüfen, ob allenfalls eine schlüsselfertige Baute vorliegt und dadurch mehr Handänderungssteuern geschuldet sind. Dies ging so weit, dass bereits beim Vorhandensein eines Vorprojekts, welches die Käuferschaft in Auftrag gab, eine schlüsselfertige Baute angenommen wurde. Diese Haltung wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern wiederholt geschützt. In der Praxis und der Lehre stiess diese Praxis vermehrt auf Unverständnis und Widerstand. De facto führte diese strenge Auslegung aus steuerrechtlicher Sicht dazu, dass Bauland nur noch erworben werden konnte, wenn noch keine Abklärungen für eine zukünftige Überbauung vorgenommen wurden.

In der Praxis wird sich aber jeder vernünftige Käufer zunächst genau informieren, ob ein Bauprojekt auf dem zu erwerbenden Grundstück realisiert werden kann. Oft wird dazu vor Unterzeichnung des Kaufvertrags ein Vorprojekt in Auftrag gegeben, in einzelnen Fällen liegt im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Kaufvertrags sogar bereits eine Baubewilligung vor oder das Baugesuch wird kurz danach eingereicht.

Dass die Haltung der Grundbuchämter nicht realitätsnah war, hat der Grosse Rat im Frühling 2019 festgestellt und eine Überarbeitung der gesetzlichen Grundlage veranlasst (Motion Haas). Dieses politische Machtwort führte dazu, dass die Grundbuchämter im Mai 2019 ihre Praxis neu definiert haben. Gemäss dieser Praxisänderung ist nicht mehr entscheidend, ob bereits ein Bauprojekt besteht, sondern wer organisatorisch

und finanziell dahinter steht (sogenanntes "Motorprinzip").

Aufhorchen lassen nun aber drei Entscheide des Verwaltungsgerichts vom August 2020, worin an der bisherigen Rechtsprechung unbeirrt festgehalten wird. In diesen Entscheiden wird zwar auf die Kritik aus der Lehre hingewiesen, diese wird aber auch gleich wieder verworfen. Der politische Widerstand sowie die neue Praxis der Grundbuchämter werden mit keinem Wort erwähnt.

In der Praxis wird daher weiterhin unklar sein, wann eine schlüsselfertige Baute vorliegt. Die Praxisänderung der Grundbuchämter vom Mai 2019 lässt wenigstens hoffen, dass die Veranlagungspraxis nicht mehr so streng gehandhabt wird. Allerdings steht diese im klaren Widerspruch zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts. Die heute bestehende Rechtsunsicherheit kann wohl erst durch die geplante Revision des umstrittenen Art. 6a des Handänderungssteuergesetzes des Kantons Bern (HG) behoben werden. Dabei ist aber noch nicht klar, ob die Politik der Kritik aus der Lehre oder der aktuellen Praxis des Verwaltungsgerichts folgt.

Bis auf weiteres ist somit beim Kauf von Bauland für die Realisierung eines Bauprojekts Vorsicht geboten. Insbesondere ist es ratsam, das Baugesuch erst einige Zeit nach dem Erwerb des Baulandes und im eigenen Namen einzureichen. Zudem sollte bei der Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit der Überbauung (Vorprojekt, Bauarbeiten etc.) weiterhin jegliche Verbindung zur Verkäuferschaft vermieden werden.

Planen Sie im Zusammenhang mit einem Bauprojekt Bauland zu erwerben? Gerne beraten und begleiten wir Sie mit unserem breiten Know-how bei Fragen zur Handänderungssteuer sowie bei der Umsetzung des Baulandkaufs.

www.haeusermann.ch