

Recht informiert.

## Der Newsletter von Pfisterer Rechtsanwälte, Dezember 2016

**Submissionsrecht: Aargauische Pensionskasse APK untersteht dem kantonalen Submissionsrecht für Architekturarbeiten an Mietwohnungen. Sie muss diese öffentlich ausschreiben. Das entschied das Bundesgericht und wies eine Beschwerde der APK gegen einen Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts ab (Urteil des Bundesgerichts 2C\_6/2016 vom 18. Juli 2016).**



Die Aargauische Pensionskasse APK ist Eigentümerin von Mietwohnungen. Sie plante die Sanierung von Küchen und Bädern. Dazu gab sie Architekturleistungen über CHF 300'000 bei einer Firma direkt in Auftrag, ohne öffentliche Ausschreibung. Eine andere Firma beanstandete dies. Die APK stellte sich auf den Standpunkt, bei den geplanten Sanierungen handle es sich nicht um ein Geschäft, das öffentlich auszuschreiben sei. Das Verwaltungsgericht stellte auf Beschwerde hin jedoch fest, die Vergabe der Architekturleistungen sei rechtswidrig erfolgt. Das Gericht verpflichtete die APK, die noch ausstehenden Architekturleistungen gemäss dem Submissionsrecht auszuschreiben. Die APK führte dagegen Beschwerde vor Bundesgericht und unterlag.

Das Bundesgericht prüfte zuerst, ob die Beschaffung dem *Internationalen Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)* unterliegt (Anhang I, Annex 2, Ziff. 1 und Ziff. 2 GPA). Es verneinte dies, weil die APK selbständig ist, das heisst über eine eigene Rechtspersönlichkeit ausserhalb des Kantons verfügt, sie nicht mehrheitlich öffentlich finanziert ist (Arbeitgeberbeiträge stellen keine öffentliche Finanzierung dar), der Einfluss der kantonalen politischen

Behörden auf die Geschäftsführung durch das Bundesrecht ausgeschlossen und das oberste Leitungsgremium nicht mehrheitlich öffentlich bestimmt ist (Parität Arbeitgeber und Arbeitnehmer) - so die Kriterien aus dem GPA.

Das Bundesgericht prüfte weiter, ob das Verwaltungsgericht das *kantonale Submissionsdekret* SubmD willkürlich falsch angewendet hatte, das heisst grob falsch und auch im Ergebnis stossend. Das Verwaltungsgericht hatte festgehalten, dem SubmD unterstünden als Vergabestellen "der Kanton und seine Anstalten" (§ 5 Abs. 1 lit. a SubmD). Damit würden auch die selbständigen Anstalten des Kantons erfasst, wie die APK. Das kantonale Recht unterstelle die kantonalen Anstalten dem Vergaberecht, ohne Ausnahmen für kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten, anders als namentlich die *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen* IVöB (Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB). Zudem beruhe der Versichertenbestand der APK zu rund 55 % auf rechtlichen Vorgaben des Kantons, weshalb keine wirtschaftliche und kommerzielle Tätigkeit vorliege. Als Anstalt unterstehe die APK daher dem SubmD. Das habe zur Folge, dass die umstrittenen Planerleistungen sowie die Sanierungsarbeiten und die Bauleitung als Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge dem SubmD unterstünden (§ 6 SubmD). Das Bundesgericht schützte diese Überlegungen des Verwaltungsgerichts.

Weiter machte die APK geltend, das kantonale Recht SubmD verstosse gegen verschiedene Bestimmungen des *Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge* BVG und damit gegen Bundesrecht, wenn die APK dem Vergaberecht unterstellt werde: Das Bundesrecht regle die berufliche Vorsorge abschliessend, namentlich auch die Vermögensverwaltung der Vorsorgeeinrichtungen; die Kantone dürften den Anlageprozess von Vorsorgeeinrichtungen daher nicht weitergehend regeln; zur Vermögensverwaltung gehöre auch die Instandhaltung des Anlagevermögens und damit die hier umstrittenen Sanierungsarbeiten. Das Bundesgericht entgegnete, durch die Unterstellung unter das Vergaberecht werde das Beschaffungsverfahren für die Vergabestellen zwar komplizierter und aufwändiger. Insofern stehe das Vergaberecht tendenziell in einem Spannungsverhältnis zu einer effizienten Vermögensbewirtschaftung. Hier gehe es aber um Unterhalts- oder Sanierungsarbeiten an Liegenschaften, die bereits im Eigentum der APK als Beschwerdeführerin stünden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die wirtschaftliche Verwaltung dieser Liegenschaften durch eine Unterstellung unter das Vergaberecht erheblich beeinträchtigt werde. Die sinnvolle Bewirtschaftung des Anlagevermögens und die Durchführung der beruflichen Vorsorge würden dadurch

nicht vereitelt oder übermässig erschwert. Das aargauische Recht (SubmD) verletzte daher Bundesrecht nicht.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde der APK ab.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass der Entscheid Auswirkungen auf die Beschaffungen der APK hat. Sie muss künftig Arbeiten ausserhalb ihrer Kerntätigkeit, wie die hier betroffenen Sanierungsarbeiten, gemäss dem Submissionrecht ausschreiben. Die APK blieb hier nicht am *Internationalen Übereinkommen GPA* oder an der *Interkantonalen Vereinbarung IVöB* "hängen", sondern erst am *kantonalen Submissionsdekret SubmD*. Das bedeutet, es müssen jeweils alle "Gesetzes-Stufen" geprüft werden, bevor beantwortet werden kann, ob eine Beschaffung dem Vergaberecht untersteht. Dass Internationales, Bundes- oder interkantonales Recht nicht zu einer Unterstellung unter das Beschaffungsrecht führt, bedeutet nicht, dass das aargauische SubmD nicht doch "greift". Denn der aargauische Gesetzgeber hat sich mit dem Submissionsdekret bewusst für einen sehr weiten Kreis von Vergabestellen und Auftragsarten entschieden.

---