

Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

1/2023

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu suspensiv erteilten Baubewilligungen

Alexander Rey / David Hofstetter

Le coût du cycle de vie comme critère alternatif au prix ?

Domenico Di Cicco

Détermination de l'espace réservé aux eaux dans le canton de Vaud

Matthieu Carrel

Rechtsprechung zum Vergaberecht – Jurisprudence en droit des marchés publics

Private Übernahme eines Quasi-inhouse-Vehikels

Martin Beyeler

Die Folgen der Unterlassung eines Rechtserwerbs

Martin Beyeler

Quod licet mandatori non licet iudici

Martin Beyeler

Von Parkierungsschreiben und Shortlists

Martin Beyeler

Weitere Rechtsprechung / Autres arrêts

Beyeler / Jäger / Scherler / Zufferey





Le Conseil fédéral construit à la vitesse de l'électricité

Le hasard a voulu que je visite le Musée d'art moderne de Paris (MAM) dans les jours qui ont suivi le communiqué de presse du DETEC du 23 septembre 2022, annonçant que le Conseil fédéral avait conclu un contrat et adopté deux ordonnances assurant la construction d'ici février 2023 d'une centrale électrique de réserve sur le site de l'entreprise GE Gas Power à Birr (AG). D'ordinaire, j'aurais passé du temps à admirer La Danse inachevée de Matisse, mais ce jour-là, je fus fasciné par La Fée électricité de Dufy. Il s'agit d'une fresque monumentale de 600 m² commandée par la Compagnie parisienne de distribution d'électricité pour l'exposition internationale des arts et des techniques de 1937, afin de décorer le Pavillon de l'Electricité et de la lumière édifié par Mallet-Stevens sur le champ de Mars.

Depuis 1964, La Fée électricité est installée au MAM dans une salle qui rappelle l'abside d'une cathédrale, avec son gigantesque mur incurvé aussi lumineux qu'un vitrail. De fait, le sujet n'est pas moins grave pour la Modernité qu'à la Renaissance le Jugement dernier, que Michel-Ange a peint sur le mur situé derrière l'autel de la chapelle Sixtine. Pour nous autres modernes, qui ne misons plus trop sur la vie éternelle, la peur de l'enfer ressemble à une menace de délestage vers la fin de l'hiver – même si les Ukrainien.ne.s pourraient nous en apprendre beaucoup sur les autres aspects de l'enfer sur terre. La composition de la fresque de Dufy illustre bien la place centrale de l'électricité dans nos vies, puisque toute l'économie, la science, l'histoire, la géographie ou encore la mythologie y sont représentées comme en gravitation et en adoration autour de générateurs électriques, positionnés comme de juste à l'axe de symétrie du dispositif. Le titre de la fresque est tout aussi explicite: une fée est un être doté de pouvoirs surnaturels; issue d'un monde parallèle imaginaire, elle apparaît et disparaît mystérieusement, aussitôt ses bienfaits accomplis.

Les ordonnances «Birr» du Conseil fédéral ne font pas autre chose que la fresque de Dufy, qui mettent l'électricité au centre du village et de l'ordre juridique suisse, «pour parler à une pénurie grave imminente dans [son] approvisionne-

ment». Fondées sur les art. 32 et 34 de la loi du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement économique du pays (LAP, RS 531), elles suspendent pour ainsi dire jusqu'au printemps toutes les dispositions du droit public de la construction applicables à ce projet, soit de manière inconditionnelle (ainsi les art. 2, 8 et 22 LAT ou l'art. 10a LPE), soit dans la mesure où elles «sont en contradiction avec la mise à disposition en temps voulu de la centrale de réserve» (tels le reste de l'aménagement du territoire et du droit de l'environnement ou les obligations de disposer d'une autorisation communale ou cantonale). Les lecteurs de la revue BR/DC, dont le métier consiste à construire, n'ont sans doute jamais rêvé d'un pareil passe-droit, même durant leurs nuits peuplées des fées les plus bienveillantes!

Certains collègues publicistes n'ont pas manqué de réagir à cet événement sensationnel, en pointant avec plus ou moins de vigueur tantôt une menace, tantôt une atteinte à l'État de droit. Les nuances d'un auteur à l'autre tiennent à l'appréciation portée sur l'urgence et la gravité de la pénurie. Selon moi, s'il fallait s'étonner de quelque chose, ce serait plutôt que le Conseil fédéral interprète la notion de «mesure d'intervention économique» des art. 31 ss LAP en ce sens qu'elle comprend la réglementation de la construction. En revanche, l'urgence ne me semble pas pouvoir être définie selon la même approche à propos de la construction que des autres activités d'approvisionnement. Au jour de la rédaction de ces lignes, soit le 15 décembre 2022, je n'en sais pas plus que mes collègues de ce qu'il en sera de la pénurie à la période critique de la fin de l'hiver. Mais à l'Université de Fribourg, on sait que quand une famine éclate au printemps, il est trop tard pour planter de nouvelles patates. Nos lecteurs le savent aussi: la construction ça prend du temps à sortir de terre. La peinture aussi prend du temps. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la pratique de la fresque est réservée aux meilleurs artistes, car il s'agit d'apporter la couleur sur un enduit encore humide parce que frais – *affresco* en italien. L'avenir dira si le Conseil fédéral a su légiférer avec une semblable maîtrise, en conciliant vitesse et habileté. Pour ma part, je lui pardonnerai bien des maladresses, pour les miracles de la Fée.

Jacques Dubey

BR/DC

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

Februar 2023 / février 2023

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/ius/baurecht> / <www.unifr.ch/ius/droitconstruction>

Erscheinungsweise: 6 Printausgaben jährlich + Online-Zugang (inkl. E-Paper)

Parution: 6 numéros imprimés par an + l'accès en ligne (incl. E-paper)

Bezugsbedingungen: CHF 158.00 (für Studierende CHF 108.00), jeweils inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten (CHF 10.00)

Conditions d'abonnement: CHF 158.00 (pour les étudiants CHF 108.00) TVA comprise, frais d'envoi en sus (CHF 10.00)

ISSN 1017-0588

Redaktion / Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. M. Beyeler (mb); Prof. J. Dubey (jd); Prof. P. Pichonnaz (pp); Prof. B. Waldmann (bw); P. Vondrasek, MLaw (pv).

Redaktionssekretariat / Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. +41 (0)26 300 80 40, E-Mail: baurecht@unifr.ch

Kundenservice und Verlag / Service clientèle et Maison d'édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, service@schulthess.com, <www.schulthess.com>

Auf einen Blick / En bref

5 Öffentliches Recht / Droit public

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu suspensiv erteilten Baubewilligungen

Alexander Rey / David Hofstetter

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheidet bei unter Auflagen und Bedingungen erteilten Baubewilligungen in Teilbaubewilligungen und suspensiv bedingt erteilte Baubewilligungen. Es qualifiziert Letztere als Zwischenentscheide, die nur unter eingeschränkten Voraussetzungen angefochten werden können. ALEXANDER REY und DAVID HOFSTETTER zeigen in ihrem Beitrag die mit dieser Praxis einhergehenden praktischen Fragestellungen und Probleme auf.

La jurisprudence du Tribunal fédéral distingue deux types de permis de construire assortis de charges et conditions: les autorisations partielles et les autorisations avec condition suspensive. Ces dernières constituent des décisions incidentes qui ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'à des conditions restreintes. ALEXANDER REY et DAVID HOFSTETTER présentent dans leur contribution les questions et problèmes que cette pratique soulève.

10 Vergaberecht / Droit des marchés publics

Le coût du cycle de vie comme critère alternatif au prix ?

Domenico Di Cicco

Sur la base de sa thèse récemment publiée («Le prix en droit des marchés publics»), DOMENICO DI CICCIO examine la possibilité de remplacer le critère du prix par celui du coût du cycle. Dans ce cadre, il définit les aspects financiers pouvant être intégrés dans ce nouveau critère d'adjudication et fixe les conditions juridiques auxquelles est soumise sa bonne application.

Ausgehend von seiner kürzlich erschienen Dissertation («Le prix en droit des marchés publics») untersucht DOMENICO DI CICCIO in diesem Beitrag das neue Zuschlagskriterium «Lebenszykluskosten», das an die Stelle des Kriteriums «Preis» treten kann. Dabei geht es um die rechtlichen Bedingungen, die bei der Angebotsbewertung nach Lebenszykluskosten zu beachten sind, und die finanziellen Aspekte, die in dieses Kriterium einfließen können.

13 Öffentliches Recht / Droit public

Détermination de l'espace réservé aux eaux dans le canton de Vaud

Matthieu Carrel

Les cantons disposaient d'un délai au 31 décembre 2018 pour délimiter l'espace réservé aux eaux de l'art. 36a LEaux. Cela n'a que partiellement été fait, de sorte que l'ERE transitoire, plus étendu, a encore vocation à s'appliquer. L'administration vaudoise procédait néanmoins à des délimitations conventionnelles de l'ERE, au gré des projets de constructions qui se présentaient. Un nouvel arrêt de la cour cantonale ferme désormais cette possibilité. L'ERE transitoire a donc vocation à durer.

Die Kantone hatten bis zum 31. Dezember 2018 Zeit, um für ihr Gebiet den Gewässerraum gemäss Art. 36a des Gewässerschutzgesetzes festzulegen. Die Frist wurde nicht überall eingehalten, was zur Folge hat, dass die bundesrechtlichen Übergangsbestimmungen, die den Gewässerraum betreffen, weiterhin gelten. Gleichwohl hat die Waadtländer Verwaltung den Gewässerraum im Zusammenhang mit anstehenden Bauvorhaben vertraglich abgegrenzt. Nach einem neuen Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts steht dieser Weg nicht mehr offen; einzuhalten ist die bundesrechtliche Übergangsbestimmung.

16 Vergaberecht / Droit des marchés publics

Kommentierte Entscheide / Arrêts commentés

- Martin Beyeler
16 Private Übernahme eines Quasi-inhouse-Vehikels
- Martin Beyeler
18 Die Folgen der Unterlassung eines Rechtserwerbs
- Martin Beyeler
23 Quod licet mandatori non licet iudici
- Martin Beyeler
27 Von Parkierungsschreiben und Shortlists

32 Vergaberecht / Droit des marchés publics

Weitere Entscheide / Autres arrêts

- 2 Geltungsbereich / Champ d'application
- 36 Ausstand und Vorbefassung / Récusation et préimplication
- 39 Anbieter / Soumissionnaires
- 39 Vergabeverfahren / Procédure d'adjudication
- 41 Ausschreibung / Appel d'offres
- 43 Änderungen im laufenden Vergabeverfahren /
Modifications en cours de procédure d'adjudication
- 44 Teilnahmebedingungen / Conditions de participation
- 44 Eignung / Aptitude
- 46 Zuschlagskriterien / Critères d'adjudication
- 49 Angebot und Variante / Offres et variantes
- 52 Ausschluss vom Verfahren / Exclusion de la procédure
- 56 Abbruch des Verfahrens / Interruption de la procédure
- 56 Zuschlag und Widerruf / Adjudication et révocation
- 57 Beschwerdeverfahren / Procédure de recours
- 65 Schadenersatz / Dommages-intérêts
- 66 Vergabe und Vertrag / Adjudication et contrat
- 67 Sanktionen / Sanctions