

En bref / Auf einen Blick

140 L'article / Der Aufsatz

Le nouveau règlement des mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie SIA-143/2009

Une forme de mise en concurrence entre concours et dialogue

Jacques Dubey, Professeur associé à l'Université de Fribourg

En octobre 2009, la SIA a publié deux nouveaux règlements: le Règlement 142 sur les concours et le Règlement 143 sur les mandats d'étude parallèles (cf. déjà BR/DC 2009, p. 44 ss). La SIA innove avec une réglementation détaillée sur les mandats d'étude parallèles; ils étaient jusqu'alors réglés de façon très rudimentaire dans une annexe au Règlement sur les concours. Les mandats d'étude parallèles (au sens du Règlement 143) sont une «forme particulière de mise en concurrence pour des prestations en architecture et ingénierie». La première particularité tient au fait que le Règlement conseille la procédure sélective et non la procédure ouverte. Une autre particularité réside en ce que les mandats d'étude parallèles (contrairement aux concours) ne sont pas exécutés de façon anonyme, mais «en dialogue direct entre l'instance d'évaluation et les participants» (art. 1.1.4). Ils conviennent à «l'élaboration de réponses pour des tâches complexes, dont le cadre ne peut a priori pas être défini de façon suffisamment nette. Le dialogue direct qu'autorise le mandat d'étude parallèle permet de préciser et de compléter les données du programme de manière interactive et flexible». Ainsi, le préambule définit le but du mandat d'étude parallèle comme un programme et non de manière contraignante. Cette souplesse dans la forme de la procédure se heurte à la rigidité de la procédure d'adjudication publique. Compte tenu des conceptions de l'Accord OMC, la question reste ouverte de savoir si les adjudicateurs publics peuvent recourir au mandat d'étude parallèle. Cette contribution aborde ce problème, parmi d'autres; elle examine d'un œil critique le Règlement 143 et n'en cache pas les lacunes. A signaler enfin que le prochain numéro de cette revue (1/2010) contiendra un exposé approfondi du Règlement «frère»: le Règlement 142 sur les concours.

Im Oktober 2009 publizierte der SIA zwei neue Ordnungen: die Ordnung 142 für Wettbewerbe und die Ordnung 143 für Studienaufträge (siehe schon BR/DC 2009, S. 44. ff.). Neuland betritt der SIA mit der umfassenden Regelung der Studienaufträge, die bis anhin in einem Anhang zur Wettbewerbsordnung und dort nur sehr rudimentär geordnet wurden. Studienaufträge sind (im Sinne der Ordnung 143) eine «besondere Beschaffungsform für Architektur- und Ingenieurleistungen». Besonders ist schon, dass die Ordnung von offenen Verfahren abrät und das selektive Verfahren empfiehlt. Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass Studienaufträge (anders als Wettbewerbe) nicht anonym, sondern «mit direktem Dialog zwischen Beurteilungsgremium und Teilnehmenden» (Art. 1.1.4) durchgeführt werden. Angelegt sind sie auf die

«Ausarbeitung von Lösungen komplexer Aufgabenstellungen, deren Rahmenbedingungen im Voraus nicht genügend und abschliessend bestimmt werden können. Der direkte Dialog während des Studienauftrags erlaubt es, die Programmbestimmungen auf interaktive und flexible Art zu präzisieren und zu vervollständigen», wie die Präambel den Zweck des Studienauftrages programmatisch (und nicht rechtsverbindlich) umschreibt. Diese Offenheit im Verfahrensdesign kollidiert mit der Rigidität der öffentlichen Vergabeverfahren. Auch vor dem Hintergrund des GPA ist offen, ob öffentliche Auftraggeber zu Studienaufträgen greifen können. Dies und weitere Punkte kommen in diesem Beitrag zur Sprache, der sich kritisch mit der Ordnung 143 auseinandersetzt und auch deren Unzulänglichkeiten nicht verschweigt. Im Sinne einer Vorankündigung: Die vertiefte Auseinandersetzung mit der «Schwester»-Ordnung 142 für Wettbewerbe folgt im nächsten Heft (BR 1/2010).

146 Le jugement / Das Urteil

«Es kann der Frömmste nicht im Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbar nicht gefällt» (Schiller, Wilhelm Tell)

Bemerkungen zu BGE 6B_778/2008 vom 13.1.2009

Franz Riklin, emeritierter Professor für Strafrecht der Universität Freiburg

Der kommentierte Entscheid, bei dem es um eine geringfügige Sachbeschädigung auf dem Nachbarsgrundstück ging, ist repräsentativ für viele Nachbarstreitigkeiten ähnlicher Art, die oft jahrelang verbissen ausgetragen werden und bei denen das Strafrecht ein beliebtes Kampfmittel darstellt. Nicht selten enthalten ausgerechnet solche Bagatellfälle juristische Knacknüsse, wie im vorliegenden Fall, wo es vor Bundesgericht um die Frage eines missbräuchlichen Strafantrags und den Eventualvorsatz ging, vor den Vorinstanzen

Impressum

Journal 4 Décembre/Dezember 2009

Droit de la Construction (DC): Communications de l'institut pour le droit suisse et international de la construction/**Parution:** 4 fois par an/**Prix de l'abonnement:** CHF 79.00/EUR 49.00.
ISSN 1017-0588

Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. P. Hänni (ph); Prof. P. Pichonnaz (pp); lic. iur. A. Loosli-Buschor.

Conseil de rédaction: Prof. P. Gauch (pg); Prof. P. Tercier (pt); Prof. U. Zimmerli (uz); Prof. F. Werro (fw); Prof. J. Dubey (jd); M^e D. Esseiva (de); Dr. M. Beyeler, Rechtsanwalt (mb).

Collaborateurs permanents: Prof. M. Borghi (mbo); Prof. C. Bovet (cb); Dr. M. Heinzmann (mh), avocat; Dr. A. Henninger (ah), Rechtsanwalt; Prof. B. Hürlimann-Kaup (bhk); Dr. R. Hürlimann (rh), Rechtsanwalt; Prof. J. Hurtado Pozo (jhp); P. Rechsteiner (pr), Rechtsanwalt; PD Dr. P. Reetz (pre); Prof. F. Riklin (fr); Prof. I. Romy (ir); Dr. S. Scherler (sts), Rechtsanwalt; Prof. Dr. R. Schumacher (rs), Rechtsanwalt; Prof. J. Schmid (js); Prof. P.-H. Steinauer (phs); Prof. B. Waldmann (bw)/**Redaktionssekretariat:** 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.

Abonnements et édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, 8022 Zürich, Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, www.schulthess.com

zudem um Rechtsirrtum und das Absehen von einer Bestrafung wegen Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen.

L'arrêt commenté concerne un dommage matériel mineur sur le fonds voisin. Il est symptomatique de nombreux conflits de voisinage comparables, qui souvent se poursuivent de manière animée durant des années et pour lesquels le droit pénal est un moyen d'action « privilégié ». Il n'est pas rare que de tels cas mineurs contiennent des questions juridiques ardues, comme dans le cas d'espèce. Le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la question de savoir si une plainte était abusive; à cela s'ajoutait la question du dol éventuel et, dans la procédure cantonale, celle de l'erreur de droit et de la renonciation à une poursuite pénale compte tenu du caractère mineur de la culpabilité et des conséquences de l'acte.

150 Enduit bitumineux et règles de l'art

Quelques réflexions sur le défaut d'étanchéité à l'aune de l'arrêt du TF du 2 décembre 2008, 4A_428/2007

Pascal Pichonnaz, Professeur à l'Université de Fribourg

Dans un arrêt non publié au Recueil officiel (4A_428/2007), le Tribunal fédéral a considéré que l'absence d'enduit bitumineux sur un mur contre terre était constitutif d'un défaut de l'ouvrage, même en l'absence de toute spécification à cet égard dans le contrat d'entreprise. Même un mur hydrofuge ne répond pas aux exigences auxquelles le maître peut raisonnablement s'attendre en matière d'étanchéité. Le Prof. Pichonnaz revient sur cet arrêt pour en dégager quelques enseignements relatifs à la portée de la présence ou de l'absence de règles de l'art de construire spécifiques dans les normes SIA.

In seinem nicht amtlich publizierten Entscheid (4A_428/2007) hat das Bundesgericht erwogen, dass das Fehlen einer Bitumen-Beschichtung an einer im Erdreich angelegten Mauer einen Werkmangel darstellt, auch wenn diesbezüglich im Werkvertrag keine Regelung getroffen war. Selbst eine wasser-abstossende Mauer erfüllt die Voraussetzungen nicht, die der Bauherr in Bezug auf die Abdichtung erwarten durfte. Professor Pichonnaz kommt auf diesen Entscheid zurück, um daraus gewisse Lehren zu ziehen. Welche Bedeutung kommen Vorhandensein oder Fehlen spezifischer Regeln der Baukunde in den SIA-Normen zu?

154 La jurisprudence / Die Rechtsprechung

Heinzmann/Hürlimann-Kaup/Pichonnaz/Reetz/Romy/
Schmid/Schumacher/Steinauer/Stöckli

Contrat de vente immobilière/Grundstückkaufvertrag	154
Contrat d'entreprise/Werkvertrag	154
Contrat d'architecte et d'ingénieur/Architekten- und Ingenieurvertrag	156
Autres contrats/Andere Verträge	157
Droits réels/Sachenrecht	157
Droit foncier rural/Bäuerliches Bodenrecht	165
Procédure civile et poursuites/Zivilprozessrecht und SchKG	165
Arbitrage international/Internationale Schiedsgerichts- barkeit	169

171 Marchés publics/Vergaberecht

Esseiva/Scherler/Beyeler/Dubey

Der Bundesrat hat die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB teilrevidiert. Die Teilrevision wird bereits auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt. Aus der Medienmitteilung vom 18. November 2009:

«Die Verordnungsänderung soll rasch wichtige Anliegen seitens der Wirtschaft und der öffentlichen Hand an das öffentliche Beschaffungswesen umsetzen. Das Vergabeverfahren des Bundes wird modernisiert und flexibilisiert. So z.B. werden in Zukunft Ausschreibungen auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen elektronischen Plattform simap.ch publiziert. Zudem werden Unsicherheiten in der Rechtsanwendung geklärt, um Kosteneinsparungen, Zeitgewinn und klarere rechtliche Rahmenbedingungen für die Anbieter und die öffentliche Hand zu erreichen. Die laufenden Konjunkturprogramme können mithin möglichst rasch wirken. Ebenfalls sollen dadurch die KMU gefördert und die Innovationskraft der Unternehmen unterstützt werden.»

Mit den gewichtigeren Änderungen befassen wir uns eingehend an der Vergabetagung 10 in Zürich (11. Juni 2010) und in einem nächsten Heft.

Le Conseil fédéral a approuvé la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP). Extrait du communiqué du 18 novembre 2009:

«L'ordonnance a été modifiée avant la loi afin de répondre le plus rapidement possible à d'importantes attentes de l'économie et des pouvoirs publics en ce qui concerne les marchés publics. Ces modifications, ainsi que d'autres nouveautés, conduisent à une modernisation et à un assouplissement des procédures d'adjudication de la Confédération. Ainsi, les appels d'offres seront désormais publiés sur la plateforme électronique simap.ch, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons; les autres conditions formelles d'utilisation des technologies électroniques de l'information sont également définies. Des incertitudes relatives à l'application du droit ont par ailleurs été levées. Les modifications apportées à l'ordonnance doivent permettre non seulement d'économiser du temps et de l'argent, mais également de clarifier les conditions-cadres juridiques qui s'appliquent aux soumissionnaires et aux pouvoirs publics. Ce dernier point est essentiel pour que les programmes conjoncturels en cours puissent porter leurs fruits dans les meilleurs délais. Ces modifications doivent également contribuer à soutenir les PME et à encourager l'esprit d'innovation des entrepreneurs.»

La prochaine numéro de cette revue et le colloque Marchés Publics 10, qui aura lieu le 9 juin 2010 à Fribourg présenteront en détail les modifications les plus importantes.