

LU_GERICHTE 7H 22 67 vom 11. Februar 2022

LU Gerichte, 2022-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_7H_22_67

FR: LU_GERICHTE 7H 22 67 du 11 février 2022

IT: LU_GERICHTE 7H 22 67 del 11 febbraio 2022

Regeste

Zur Frage der Zulässigkeit eines Subsubkriteriums "Distanz Firmensitz - Baustelle" und seiner Anwendung im Einzelfall. | § 5 Abs. 2 öBG. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2

Subeventualiter sei die Sache mit verbindlichen Anweisungen zur Zuschlagserteilung oder Neubewertung der Angebote an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

E. 3

Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen." In prozessualer Hinsicht beantragte sie: "4. Es sei der Beschwerde – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu erteilen, insbesondere in dem Sinne, dass der Beschwerdegegnerin untersagt wird, vor Abschluss des vorliegenden Verfahrens entsprechende privatrechtliche Verträge abzuschliessen.

E. 5

Es sei der Beschwerdeführerin vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin und zur allfälligen Stellungnahme der Zuschlagsempfängerin einzuräumen.

E. 6

Es sei der Beschwerdeführerin vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren (unter Abdeckung von allfälligen Geschäftsgeheimnissen der Zuschlagsempfängerin) und Gelegenheit einzuräumen, sich dazu zu äussern und die Beschwerde zu ergänzen.

E. 7

Für den Fall, dass sich die Zuschlagsempfängerin am Verfahren beteiligt, sei ihr keine Einsicht in als "vertraulich" bezeichnete Beschwerdebeilagen sowie in die Vergabeakten mit Angaben aus dem Angebot der Beschwerdeführerin zu gewähren.

E. 8

Eventualiter sei der Zuschlagsempfängerin nur Einsicht in Auszüge aus diesen Dokumenten zu gewähren, nachdem der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben wurde, diejenigen Stellen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, genau zu bezeichnen und diese zu schwärzen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin." Mit Verfügung vom 17. März 2022 wurde der Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorläufig die aufschiebende Wirkung erteilt. B. _____ liess innert erstreckter Frist folgende Anträge einreichen: "1. Die Beschwerde sei abzuweisen,

soweit darauf einzutreten ist. 2. Der Beschwerde sei per sofort die aufschiebende Wirkung zu entziehen. 3. Der Beschwerdeführerin sei nur Akteneinsicht zu gewähren, sofern sich diese nicht auf die Offerten der anderen Teilnehmerinnen bezieht. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Beschwerdeführerin." Der A. _____ AG wurde Einsicht in die Akten gewährt und Gelegenheit zur Replik eingeräumt. Von Letzterem machte sie keinen Gebrauch. Der Zuschlagsempfängerin, der D. _____ AG, wurde das Beschwerdeverfahren angezeigt. Sie liess sich jedoch nicht vernehmen und verzichtete somit auf eine Teilnahme am Verfahren. Aus den Erwägungen: 4. 4.1. Sodann rügt die Beschwerdeführerin, das Subsubkriterium "Distanz Firmensitz-Baustelle" wirke protektionistisch und sei vergaberechtswidrig. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso der Transportweg eine entscheidende Rolle für die Bemessung der ökologischen Kriterien in dieser Ausschreibung darstelle. Die Transportdistanz dürfe sodann nicht berücksichtigt werden, wenn der Transportvorgang insgesamt eine nebensächliche Rolle spiele. Bei der Beurteilung der "Distanz Firmensitz-Baustelle" sei es überdies unterlassen worden, andere Kriterien wie die Ökobilanz der Fahrzeuge mit Kompensationsmassnahmen oder die Verfügung einer Umwelt-ISO-Zertifizierung zu berücksichtigen. 4.2. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Berücksichtigung des Transportwegs sei nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr sei die Differenz der zu fahrenden Distanz bei der Beurteilung von Offerten in einem gewissen Mass zu berücksichtigen, sofern dies sachlich geboten sei. Des Weiteren besage selbst das Koordinationsgremium der Bauorgane des Bundes, auf welches sich die Beschwerdeführerin beziehe, dass Nachhaltigkeitskriterien berücksichtigt werden dürften. Das Koordinationsgremium nenne dabei auch explizit die Transportdistanz als mögliches Kriterium. Ferner wirke das Subsubkriterium "Distanz Firmensitz-Baustelle" im vorliegenden Fall nicht protektionistisch. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine inländische Anbieterin, welche auch im Kanton Luzern ansässig sei. Der Ausschreibung könne keine Bevorzugung oder eine Absicht für eine Beschränkung ortsansässiger Anbieter attestiert werden. Die Beschwerdeführerin sei denn auch gar nicht ortsfremd, sondern in F. _____ ansässig. Schliesslich weise das Subsubkriterium "Distanz Firmensitz-Baustelle" auch einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand auf, weil damit auch die Interventionsdistanz für die nach dem Anlagenbau benötigte Inbetriebnahme und Betriebsoptimierung berücksichtigt werden könne. 4.3. 4.3.1. Gemäss der bisherigen Luzerner Rechtsprechung ist der Anfahrtsweg als Zuschlagskriterium grundsätzlich ein nicht zulässiger Bewertungsgesichtspunkt, weil damit nicht ortsansässige Anbieter benachteiligt werden können (Urteile des Verwaltungsgerichts V 04 149 vom 2.7.2004 E. 4b/aa mit Hinweisen und V 09 342 vom 12.3.2010 E. 4b/bb, a.z.F.). Die Länge eines Anfahrts- oder Transportwegs darf nur dann als Zuschlagskriterium (vgl. § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen [öBG; SRL Nr. 733]: "Ökologie und Umweltverträglichkeit") berücksichtigt werden, wenn dafür klare und sachliche Gründe vorhanden sind. Dabei kann es sich um die Sicherstellung der Abrufbarkeit des Unternehmens (jederzeitige Erreichbarkeit des Erfüllungsortes) oder um klar erkennbare ökologische Vorteile handeln, wenn z.B. in grossem Mass Material über weite Strecken transportiert werden muss. Demnach setzt die Berücksichtigung der Zufahrtswege in den massgeblichen Zuschlagskriterien voraus, dass der Anfahrtsweg nicht nur eine nebensächliche Rolle spielt, sondern sich über eine längere Zeitspanne auswirkt. Eine ungerechtfertigte Benachteiligung der weiter entfernt liegenden Anbieter ist denn auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben, wenn bei der Vergabe eines Kehrrichtabfuhrauftrags nur der Transportweg und nicht auch das Emissionsverhalten der

tatsächlich zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge berücksichtigt werde. Die Länge der Anfahrtswege darf daher nur im Rahmen einer Gesamtbeurteilung berücksichtigt werden, die auch andere Umweltaspekte angemessen einbezieht (vgl. zum Ganzen BGer-Urteil 2P.342/1999 vom 31.5.2000 = ZBl 2001 S. 316 ff. = URP 2000 S. 613). Ein kurzer Anfahrtsweg kann etwa dann als sachlich gerechtfertigtes Kriterium gelten, wenn für den fraglichen Auftrag ein Pikettdienst mit kurzen Reaktionszeiten notwendig ist. Selbst in diesem Fall muss jedoch die Verhältnismässigkeit, insbesondere mit Bezug auf die Dauer der Reaktionszeit und die Gewichtung des Kriteriums, gewahrt bleiben (Urteile des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2010.00171 vom 17.5.2010 E. 5.5.1, VB.2006.00220 vom 28.6.2006 E. 7; vgl. auch zum Anfahrtsweg als mit dem Umweltschutz begründetes Zuschlagskriterium: VB.2007.00388 vom 12.11.2008 E. 3.2). Demnach ist die Berücksichtigung der Unterschiede bei den Transportstrecken nur dann zulässig, wenn sie während einer längeren Zeitspanne aufgrund des Umfangs der Fahrten (Vielzahl an Fahrten oder lange Wegstrecken) oder ihrer Art und Intensität Auswirkungen auf die Umweltbelastung zeitigen. Der Transportvorgang darf mithin insgesamt nicht nur eine nebensächliche Rolle spielen. Da beim Schadstoffausstoss indessen bezüglich Quantität und Qualität je nach Alter und Typ der verwendeten Transportfahrzeuge grosse Unterschiede auftreten können, sind in der Regel auch die für die Transporte vorgesehenen Fahrzeuge mitzubedenken (BGer-Urteil 2P.342/1999 vom 31.5.2000 = ZBl 2001 S. 316 ff. = URP 2000 S. 613; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 01 32 vom 21.5.2001 E. 6a).

4.3.2. In der Lehre ist ebenfalls anerkannt, dass es im Rahmen einer umfassenden Betrachtung der wesentlichen Umweltauswirkungen eines Auftrags zulässig ist, auch die durch die Transportdistanz mitbestimmte Umweltbelastung zu berücksichtigen. Diese Herangehensweise, bei der die Emissionen auf dem Transport in eine Gesamtbetrachtung der wichtigsten Aspekte der ökologischen Nachhaltigkeit des Beschaffungsgegenstands einbezogen werden, verdiene in der Regel den Vorzug (Hauser/Piskóty, Ökologische öffentliche Beschaffung – Möglichkeiten und Grenzen nach der Totalrevision des BöB und der IVöB unter Berücksichtigung des EU-Beschaffungsrechts, in: URP 2021 S. 791). Insofern dürfe der Anfahrtsweg im Rahmen der "ökologischen Überlegungen" nicht das einzige Kriterium sein, ansonsten dessen Bedeutung überbewertet und daraus eine unzulässige Benachteiligung ortsfremder Anbieter resultieren würde (De Rossa Gisimundo, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen, in: recht 2019 S. 166 m.w.H.). Der Vergabestelle komme zwar ein grosser Spielraum bei der Auswahl der zu berücksichtigenden Umweltbelastungen zu. Es sei jedoch nicht zulässig, in sachlich nicht vertretbarer Weise einzelne Umweltaspekte herauszugreifen, die ökologisch untergeordnet sind und sich spezifisch zum Nachteil ortsfremder Anbieterinnen auswirken, während andere ebenso wichtige Aspekte der Umweltverträglichkeit ausser Acht gelassen werden (Hauser, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, URP 2002, S. 379 f.). Weil mit der Berücksichtigung der Fahrdistanz eine erhöhte Gefahr der Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen verbunden sei, seien bei der Festlegung und Ausgestaltung transportbezogener Kriterien der sachliche Bezug zum Beschaffungsgegenstand und die Verhältnismässigkeit besonders sorgfältig zu prüfen. Die mit dem Transport verbundenen Emissionen würden nicht nur von der Entfernung abhängen, sondern namentlich auch von den eingesetzten Fahrzeugen und von organisatorischen Massnahmen. Deshalb seien in der Regel nicht die Fahrdistanz, sondern die Umweltbelastung selbst oder aussagekräftige Indikatoren als Anforderung festzulegen. Unzulässig sei es beispielsweise, als Mass für die durch Transporte verursachten Emissionen ausschliesslich auf die Transportdistanz

abzustellen und das Emissionsverhalten der eingesetzten Fahrzeuge ausser Acht zu lassen (Hauser, a.a.O., S. 379 f. und 382 mit Hinweis auf URP 2000 S. 619 f.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 945 ff.). Allfällige Nachteile für Anbieter könnten daher nur gerechtfertigt werden, wenn die ökologischen Vergabeanforderungen einen genügenden sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand haben und mit ihnen in sachgerechter und verhältnismässiger Weise ein Umweltziel verfolgt wird (Hauser/Piskóty, a.a.O., S. 791). Die Bedingung, wonach ein Kriterium einen Sachzusammenhang zum Beschaffungsgegenstand aufweisen muss, dürfte bei allen denkbaren Transportparametern erfüllt sein. Es ist aber klar zu definieren, welche Transportparameter gemessen werden und wie die Messwerte sich auf die Erfüllung der einzelnen Kriterien und damit den Zuschlagsentscheid auswirken. Die Verhältnismässigkeit von transportbezogenen, ökologischen Nachhaltigkeitskriterien ist gegeben, wenn der durch die Verwendung dieser Kriterien erwirkte Zuschlag voraussichtlich einen messbaren, ökologischen Vorteil im öffentlichen Interesse bringt, sich die Vergabestelle dabei bei der Kriterienwahl und -gewichtung an der Auswirkung der gemessenen Werte auf die natürliche Umwelt orientiert, und den übrigen öffentlichen Interessen angemessenen Raum lässt, bzw. diese nicht aushöhlt. Bei der Gestaltung der Gewichtung von transportbezogenen Zuschlagskriterien ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Unzulässig ist ein Kriterium namentlich dann, wenn ein faktisch verpönter Effekt (z.B. diskriminierender oder protektionistischer Effekt) auftritt (Stucki, Berücksichtigung der ökologischen Nachhaltigkeit, bei Transporten im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen, Rechtsgutachten, 2021, S. 15 und 19 f. <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaftskonsum/recht/rechtsgutachten.html>; zuletzt besucht am 17.5.2022).

4.4. 4.4.1. Auszugehen ist im vorliegenden Fall davon, dass die Vergabestelle ausschliesslich auf die Distanz in Kilometern vom Firmensitz (Werkstatt) zur Baustelle (Luftlinie) abgestellt hat. Dass sie weitere Kriterien oder Aspekte in diesem Zusammenhang berücksichtigt hätte, behauptet sie nicht und ist nach Lage der Akten auch nicht erstellt. Auch der Bewertungsraster ("bis 10 km volle Punktzahl; 10-15 km = 6 Punkte, bis 25 km = 4 Punkte, über 25 km = 0 Punkte") bestätigt dies. Insbesondere das Ausmass der mit dem Anfahrtsweg verbundenen Schadstoffemissionen hat die Beschwerdegegnerin nicht berücksichtigt. Damit hat sie wesentliche ökologische Aspekte des Transportwegs ausser Acht gelassen und folglich keine Gesamtbetrachtung vorgenommen, wie sie erforderlich wäre (vgl. vorne E. 4.3). Indem sie einzig die Länge des Anfahrtswegs bei diesem Subsubkriterium berücksichtigte, hat sie dessen Bedeutung überbewertet. Es kann daher nach Lage der Akten nicht beurteilt werden, ob der Anfahrtsweg bei der Erstellung der Heizungs- und Lüftungsanlagen nicht ökologisch untergeordnet ist. Ohne entsprechende Berechnung (Anzahl Fahrten) und weitere Informationen (u.a. zu den Fahrzeugen, mit welchen die Distanzen bewältigt werden oder das Gewicht des Materials, welches transportiert wird) ist eine sachgerechte Beurteilung der Zulässigkeit dieses Subsubkriteriums im vorliegenden Kontext nicht möglich.

4.4.2. Sollten diese zusätzlichen Abklärungen (E. 4.4.1) ergeben, dass die Anfahrtswege bezogen auf den konkreten Beschaffungsgegenstand nicht ökologisch untergeordnet oder nebensächlich sind sowie die Anwendung dieses Subsubkriteriums im Sinn der dargestellten Lehre und Rechtsprechung im Grundsatz zulässig ist, gilt es auch einen vergaberechtskonformen Bewertungsraster anzuwenden. Dabei ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Beachtung zu schenken. Ferner hat sich das Gewicht dieses Subsubkriteriums in den übrigen Bewertungsraster sachgerecht einzufügen. Ohne darüber abschliessend zu befinden, fällt auf, dass für dieses

Subsubkriterium maximal acht Punkte und damit fast ein Drittel des Unterkriteriums "Minergie P, 2'000 Watt-Gesellschaft" (total 22 Punkte) oder fast ein Fünftel des Zuschlagskriteriums "Leistung" (total 42 Punkte) vergeben werden konnten. Das Gericht verkennt nicht, dass der Vergabebehörde diesbezüglich ein Ermessensspielraum zu belassen ist. Doch mit Blick auf die zahlreichen Aspekte eines Minergie P-Standards oder den Anforderungen an eine 2'000 Watt-Gesellschaft kommt der Berücksichtigung des Anfahrtswegs (unter Einschluss der noch abzuklärenden Aspekte) eine sehr grosse Bedeutung zu. Dieses Gewicht gilt es je nach Resultat der Abklärungen ebenfalls zu hinterfragen. Hinzu kommt, dass gemäss dem angewandten Beurteilungsraster bereits eine Distanz von mehr als 25 km pro Anfahrtsweg dazu führt, dass keine Punkte vergeben werden. Ferner resultiert aus einem um 5 km längeren Anfahrtsweg bereits ein Abzug von 2 Punkten (bis 10 km volle Punktzahl; 10-15 km = 6 Punkte). Auch wenn die Auswirkungen dieses sehr engen Punkterasters erst unter Berücksichtigung der Anzahl Fahrten und – sofern in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand von Relevanz – der transportierten Materialgewichte und der eingesetzten Fahrzeuge beurteilt werden können, erweist sich ein solch eng gefasster Rahmen als sehr problematisch; dies auch mit Blick auf die Punkteraster beim Zuschlagskriterium "Preis", der hier nicht strittig und daher auch nicht zu hinterfragen ist. Anzumerken bleibt, dass in den Ausschreibungsunterlagen die "Transportdistanzen" sogar als Eignungskriterium definiert wurden. Die Verfügbarkeit eines Standorts in einer gewissen maximalen Distanz bzw. die Länge des Transport- oder Anfahrtswegs ist als ökologisch motiviertes Eignungskriterium im Sinn der technischen oder organisatorischen Leistungsfähigkeit aufgrund der distanzdiskriminierenden Wirkung nur in besonders gelagerten Fällen zulässig (Hauser/Piskóty, a.a.O., S. 787). Dass hier solch besondere Verhältnisse vorlägen, macht die Beschwerdegegnerin nicht geltend, braucht aber auch nicht abschliessend untersucht zu werden, da keine Ausschlussverfügung gestützt auf dieses Eignungskriterium erlassen wurde. 4.5. Nach dem Gesagten hat die Vergabebehörde das Subsubkriterium "Distanz Firmensitz-Baustelle" rechtsfehlerhaft angewandt. Sie hat weitere Abklärungen zu Anzahl, Art und Umfang der Fahrten und ihren Auswirkungen auf die Umweltbelastung im Sinn der vorangegangenen Erwägungen (vgl. vorne E. 4.3) vorzunehmen, um gestützt darauf – entsprechend der dargestellten Lehre und Rechtsprechung – neu zu beurteilen, ob eine Berücksichtigung dieses Kriteriums bezogen auf den konkreten Beschaffungsgegenstand überhaupt vergaberechtlich zulässig ist. Kommt die Beschwerdegegnerin zum Schluss, dieses Kriterium erneut anzuwenden, hat sie eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der insbesondere den Distanzen und der Umweltbelastung Rechnung getragen wird. Sieht sie von einer Anwendung dieses Subsubkriteriums ab, sind hierfür keine Punkte zu vergeben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.