

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00369 vom 15. Dezember 1998

ZH Verwaltungsgericht, 1998-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.1998.00369](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.1998.00369)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00369 du 15 décembre 1998

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00369 del 15 dicembre 1998

## Regeste

Submission | Für Vergaben mit einem Auftragsvolumen, das den Schwellenwert von Art. 7 IVöB nicht erreicht, gelten gemäss § 1 II SubmV die kant. Bestimmungen über den Rechtsschutz im Rahmen des BGBM. Da hier u.a. zu entscheiden war, u. welchen Vss. ein ortsansässiger Anbieter aus Gründen des Umweltschutzes i.S.v. Art. 3 II lit. b BGBM gegenüber auswärtigen Anbietern bevorzugt werden darf, ist das VGr zur Beurteilung der Beschwerde (auch unterhalb des Schwellenwerts) zuständig (E. 1). Aufhebung des angefochtenen Zuschlags, weil die Art der Preisbildung (Nutzwärmmenge v. Holzschnitzeln) weder aus der Publikation noch aus den Ausschreibungsunterlagen hervorging (vgl. § 16 II u. § 17 I), ist der angefochtene Zuschlag aufzuheben (E. 2). Die Distanz zw. dem Bereitstellungsort des Anbieters und dem Verwendungsort der Leistung erweist sich - zumind. bei isoliert. Betrachtung nicht als geeignetes Zuschlagskriterium nach § 31 I SubmV, dies v.a. auch im Hinblick auf das internat. Verhältnis (E. 3 - 5).

## Erwägungen

### E. 1

Die strittige Vergabe betrifft eine Lieferung an eine kantonale Amtsstelle im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB), welcher der Kanton Zürich mit Gesetz vom 22. September 1996 beigetreten ist (Beitrittsgesetz; IVöB-BeitrittsG). Ob der für die Anwendung der Vereinbarung erforderliche Schwellenwert von Fr. 383'000.– gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b IVöB in Verbindung mit Ziffer III des Inkraftsetzungsbeschlusses des Regierungsrats vom 8. Oktober 1997 (RRB 2194/1997) erreicht wird, geht aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht hervor, da diese keine Angaben über die vorgesehene Dauer des Liefervertrags enthalten. Für Vergaben mit einem Auftragsvolumen, welches die Schwellenwerte von Art. 7 IVöB nicht erreicht, gelten gemäss § 1 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) die kantonalen Bestimmungen über den Rechtsschutz im Rahmen der Anforderungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM). Im vorliegenden Fall ist unter anderem zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen ein ortsansässiger Anbieter aus Gründen des Umweltschutzes im Sinn von Art. 3 Abs. 2 lit. b BGBM gegenüber auswärtigen Anbietern bevorzugt werden darf, so dass hier gemäss § 1 Abs. 2 SubmV die speziellen Rechtsmittelbestimmungen des Vergabeverfahrens ohne weiteres zur Anwendung kommen. Wieweit der Geltungsbereich dieser Bestimmungen reicht, wenn eine Beschwerde ohne Anwendung des Binnenmarktgesetzes zu beurteilen ist, kann vorliegend offenbleiben. Gemäss § 3 IVöB-BeitrittsG entscheidet das Verwaltungsgericht über Beschwerden gegen Vergabeentscheide im Sinn von Art. 15 IVöB. Dasselbe gilt nach dem Gesagten gestützt

auf § 1 Abs. 2 SubmV für kantonale Vergaben unterhalb der Schwellenwerte von § 7 IVöB. Das Verwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde unabhängig vom Erreichen des Schwellenwerts zuständig. Auf das Beschwerdeverfahren finden im übrigen die für das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz geltenden Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) ergänzend Anwendung (§ 5 IVöB-BeitrittsG).

## **E. 2**

a) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass der Beschwerdeführer ein unvollständiges Angebot eingereicht habe, da er den offerierten Preis nur pro m<sup>3</sup> Holzschnitzel, nicht jedoch pro kWh produzierter Wärme angegeben habe. Dieser Einwand wird erstmals mit der Beschwerdeantwort erhoben. Da er sich - wie darzulegen sein wird - jedoch bereits aufgrund der eingereichten Unterlagen als unmassgeblich erweist, erübrigt sich hierzu eine Stellungnahme des Beschwerdeführers. b) Das von der Beschwerdegegnerin abgegebene Formular für die Offerteingabe, welches die Anbietenden ausgefüllt einzureichen hatten, enthält unter anderem ein Feld mit den Bezeichnungen "Preis" und "Rappen pro kWh produzierter Wärme" sowie ein weiteres Feld mit der Bezeichnung "Angaben zur Preisberechnung". Der in diesem Zusammenhang erwartete Inhalt der Angebote wird aus den Korrespondenzen ersichtlich, welche die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu den Akten eingereicht hat. Danach soll der Preis der Schnitzellieferungen nicht mehr wie bisher nach dem Volumen des Lieferguts, welches mit Bezug auf den Heizwert beträchtlichen Schwankungen unterliegt, sondern anhand der erzeugten Nutzwärmemenge, die mittels eines geeichten Wärmezählers im Primärkreis des Heizkessels gemessen wird, berechnet werden (Schreiben der Beschwerdegegnerin an die Gesundheitsdirektion vom 27. August 1998 mit Kopie eines bereits abgeschlossenen Vertrags über Holzschnitzellieferungen durch die Staatsforstverwaltung vom 31. Mai 1996 und Schreiben des Hochbauamts an die Gesundheitsdirektion vom 28. August 1998). Dass sich die Angebote auf diese Art der Preisberechnung zu beziehen hätten, war indessen aus dem Offertformular und den abgegebenen Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Von den eingegangenen Offerten enthalten denn auch mehrere entweder nur den Preis pro m<sup>3</sup> oder nur denjenigen pro kWh produzierter Wärme. Andere Angebote führen zwar beide Preise auf, lassen jedoch nicht erkennen, auf welche der beiden Grössen sich das Angebot bezieht; in vielen Fällen wurde der genannte Preis pro kWh wohl lediglich als Umrechnung des offerierten Kubikmeterpreises im Sinn einer zusätzlichen Qualitätsangabe verstanden. c) Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit dem ausgewählten Anbieter. Mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlichrechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen daher alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen. Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen sowie allfällige wesentliche Nebenbestimmungen (vgl. Evelyne Clerc, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, AJP 1997 S. 804 ff., 807). Im Rahmen des Vertragsschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder in Frage gestellt würde (vgl. Clerc, S. 808). Um ein eindeutiges Ergebnis des Vergabeverfahrens zu erreichen, müssen Gegenstand und Umfang des Auftrags sowie dessen weitere Modalitäten in der Publikation und den an die Interessenten abgegebenen Ausschreibungsunterlagen (§

16 Abs. 2 lit. c, d und f sowie § 17 Abs. 1 lit. b, f, g und j SubmV) klar und deutlich umschrieben sein. Nötigenfalls können anschliessend im Rahmen von Auskünften der Vergabeinstanz (§ 19 SubmV) einzelne Elemente des vorgesehenen Auftrags präzisiert werden, wobei wesentliche Zusatzinformationen stets allen Interessenten gleichermaßen mitzuteilen sind. Bestehen nach Einreichung der Angebote Unklarheiten über deren Inhalt, kann die Vergabeinstanz von den Anbietenden zusätzliche Erläuterungen verlangen (§ 28 SubmV). Diese dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (§ 29 SubmV; vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [EBRK], VPB 1998 Nr. 32 II E. 3b; Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996, N. 1940 f., 1963 ff.). Auf der Grundlage dieser gegenseitigen Informationen muss im Zeitpunkt des Vergabeentscheids sowohl den Anbietenden wie der Vergabeinstanz bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird. d) Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung hinsichtlich der Art der Preisbildung nicht erfüllt; diese war aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich und wurde auch im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens nicht geklärt. Den eingereichten Angeboten kann mehrheitlich ebenfalls nicht entnommen werden, ob sie auf die beabsichtigte Preisberechnung anhand der am Kessel gemessenen Wärmeproduktion Bezug nehmen; bei den meisten Offerten dürfte dies eher nicht der Fall sein. Möglicherweise war die ausgewählte Anbieterin über die Modalitäten der Preisberechnung orientiert, da sie im Zusammenhang mit der Kündigung ihres früheren Liefervertrags zusätzliche Informationen erhalten hatte. Das würde jedoch nicht genügen, da wesentliche Informationen allen Anbietenden in gleicher Weise zur Verfügung stehen müssen. Dass die Beschwerdegegnerin die Offerten der Anbietenden mittels eines angenommenen Durchschnittsheizwerts umgerechnet hat, um eine bessere Vergleichbarkeit zu erzielen, hilft bei dieser Sachlage nicht weiter. Denn verbindliche Angebote, die sich auf die beabsichtigte Preisberechnung anhand der am Kessel gemessenen Wärmeproduktion beziehen, konnten aus dieser Umrechnung nicht hervorgehen. Zweckmässiger wäre es gewesen, wenn die Anbietenden auf die vorgesehene Preisberechnung hingewiesen und um eine entsprechende Präzisierung ihrer Offerten gebeten worden wären. Die Beschwerdegegnerin teilte zwar allen Anbietenden mit Brief vom 9. Oktober 1998 mit, dass bei vielen Offerten noch Fragen offen seien, die sie vor der endgültigen Entscheidung klären möchte; als Beispiele nannte sie Angaben zur Mehrwertsteuer sowie zu Art und Herkunft des Holzes. Eine Klärung hinsichtlich der Offertpreise wurde jedoch nicht vorgenommen. Unter diesen Umständen darf dem Beschwerdeführer aus der Tatsache, dass er im ausgefüllten Offertformular keinen Preis pro kWh Heizenergie angab, kein Nachteil entstehen. Offenbar hat er die Angaben zur Heizenergie – ebenso wie andere Offerenten – als Erläuterung zur Qualität der offerierten Holzschnitzel aufgefasst. Dementsprechend legte er seiner Eingabe ein Gutachten der EMPA über den Heizwert seiner Ware bei. Dieses ist freilich, da es den Heizwert mit Bezug auf das stark feuchtigkeitsabhängige Gewicht der geprüften Schnitzel angibt, mit dem offerierten Preis pro Volumeneinheit (Fr./m<sup>3</sup>) nicht vergleichbar. Da jedoch, wie erwähnt, auf eine blosser Umrechnung der offerierten Kubikmeterpreise ohnehin nicht abgestellt werden kann, ist dieser Umstand nicht von Belang. Bei dieser Sachlage war ein rechtskonformer Abschluss des Vergabeverfahrens nicht möglich. Der angefochtene Entscheid ist daher schon aus diesem Grund aufzuheben. Da jedoch die weiteren im Beschwerdeverfahren aufgeworfenen Fragen beim neuen Entscheid über die Vergabe von Bedeutung sein werden, sind diese zur Vermeidung unnötiger Weiterungen schon heute zu klären.

### E. 3

Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Zuschlag an die Mitbeteiligte, welche preislich nicht das günstigste Angebot eingereicht hat, mit Argumenten des Umweltschutzes. Bei der primär aus ökologischen Gründen betriebenen Holzschnitzelheizung komme es ihr darauf an, dass auch die Produktions- und Lieferbedingungen der Schnitzel ökologischen Kriterien genügen. Unter diesem Gesichtspunkt sei einerseits der kurze Transportweg und andererseits die Art der Bewirtschaftung der gemeindeeigenen, ökologisch wertvollen Wälder ausschlaggebend gewesen. a) Bei der Anwendung ökologischer Kriterien, welche zu einer Benachteiligung auswärtiger Anbieter führen können, sind die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes zu beachten. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM dürfen ortsfremde Anbietende bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nach Art. 3 Abs. 1 BGBM nur Beschränkungen, welche gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (lit. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (lit. b) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (lit. c). Als überwiegendes öffentliches Interesse kommt insbesondere der Schutz der natürlichen Umwelt in Betracht (Art. 3 Abs. 2 lit. b BGBM). Eine auf diese Bestimmungen gestützte Beschränkung darf jedoch in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Nach kantonalem Recht können Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie sich bei der Produktion nicht an Vorschriften über den Umweltschutz halten, die mit denjenigen am Ort der Ausführung vergleichbar sind (§ 26 Abs. 1 lit. f SubmV). Für den Zuschlag ist sodann, sofern nicht ausnahmsweise das Kriterium des niedrigsten Preises zur Anwendung kommt (§ 31 Abs. 2 SubmV), auf das wirtschaftlich günstigste Angebot abzustellen, bei dessen Bewertung neben dem Preis auch weitere Kriterien wie insbesondere die Ökologie berücksichtigt werden (§ 31 Abs. 1 SubmV). b) Ökologische Anforderungen können zunächst Eigenschaften eines Produkts bzw. einer Dienstleistung betreffen, welche für deren Einsatz am Ort der Verwendung von Bedeutung sind. Dazu gehören etwa Anforderungen betreffend den Wärmedämmwert oder den Schadstoffgehalt von Baumaterialien. Die Berücksichtigung von Umweltaspekten dieser Art ist nach den genannten Bestimmungen zulässig, sofern die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM respektiert werden und insbesondere keine verdeckte Privilegierung ortsansässiger Gewerbetreibender damit verbunden ist (vgl. Paul Richli/Kilian Wunder, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, AJP 1996, S. 908 ff., 911, 913 f.). c) Darüber hinaus wird gefordert, dass die Auswirkungen von Produkten und Dienstleistungen auf die Umwelt während des gesamten Lebenszyklus, insbesondere auch bei der Herstellung, zu berücksichtigen seien (vgl. Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft [BUWAL], Umweltorientierte öffentliche Beschaffung in der Schweiz, Umwelt-Materialien Nr. 65, Bern 1997, S. 11 f.). Eine gesamthafte Betrachtung dieser Art ist aus der Sicht des Umweltschutzes zweifellos erwünscht. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge begegnet sie jedoch erheblichen Schwierigkeiten rechtlicher wie praktischer Art. Mit Blick auf die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes wirft der Einbezug auswärtiger Produktionsprozesse heikle Fragen auf. Ob dieser überhaupt zulässig ist und wie sich die allenfalls zulässigen Beschränkungen anhand von Art. 3 BGBM eingrenzen lassen, ist nicht geklärt. Im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen wird die Auffassung vertreten, dass die Umweltverträglichkeit nur insoweit als Zuschlagskriterium verwendet werden dürfe, als sie sich unmittelbar auf die nachgefragte Leistung auswirkt (Peter Gauch/Hubert

Stöckli/Jacques Dubey, Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes, Freiburger Vergabekolloquium 1998, Ziff. 10.1 S. 16); das Abstellen auf ökologische Kriterien, die ausserhalb des Verwendungsorts der Leistungen wirksam werden, wäre demnach nicht zulässig. Im internationalen Verhältnis ist sodann zweifelhaft, ob einem ausländischen Anbieter Einwände bezüglich der Produktionsbedingungen an seinem Heimatstandort entgegengehalten werden dürfen. Das von der Schweiz ratifizierte Gatt/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA; SR 0.632.231.422) erlaubt den Vertragsstaaten zwar, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu treffen, sofern diese zu keiner willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung oder zu einer versteckten Beschränkung des internationalen Handels führen (Art. XXIII Ziff. 2). Aufgrund der Rechtspraxis der Instanzen von GATT und WTO zu analogen Bestimmungen anderer Vertragswerke muss jedoch angenommen werden, dass dieser Vorbehalt primär auf umweltrelevante Auswirkungen eines Produkts oder einer Dienstleistung im importierenden Staat ausgerichtet ist; Einschränkungen mit Bezug auf Produktionsmethoden im Herkunftsstaat wurden regelmässig für unzulässig erklärt, wobei allerdings immer auch auf diskriminierende und unverhältnismässige Aspekte der jeweiligen Rechtsanwendung hingewiesen wurde (vgl. Helen Keller/Werner Stocker, WTO und GATT '94 aus umweltrechtlicher Sicht, URP 1994 S. 457 ff., 472-477; Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch/Beat Wernli, Umweltfreundliche Beschaffung: Beschaffungsvorschriften und Spielraum bei Bund, Kantonen und Gemeinden, VGL Information 2/1998 S. 6 ff., 7; ferner den Entscheid des WTO-Berufungsorgans vom 12. Oktober 1998, USA – Importverbot für bestimmte Crevetten-Produkte, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R). Können aber Offerten ausländischer Anbieter wegen ihrer Produktionsmethoden im Herkunftsland nicht von der Vergabe ausgeschlossen werden, rechtfertigt es sich auch nicht, Angebote schweizerischer Hersteller, die immerhin den hierzulande geltenden Umweltschutzvorschriften unterstehen, nach einem strengeren Massstab zu beurteilen. Hinzu kommt, dass eine Überprüfung der Herstellungsprozesse der angebotenen Waren die Möglichkeiten eines Submissionsverfahrens in der Regel bei weitem übersteigt. Sie wird nicht zuletzt dadurch erschwert, dass die meisten Produkte heute Bearbeitungsprozesse bei verschiedenen Herstellern durchlaufen oder Bestandteile externer Zulieferer enthalten. Eine auch nur annähernd korrekte Bewertung des gesamten Herstellungszyklus eines Produkts, wie sie aus der Sicht des Umweltschutzes an sich erwünscht wäre, ist daher in den meisten Fällen mit vertretbarem Aufwand nicht möglich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es nicht Aufgabe der öffentlichen Beschaffungsstellen sein kann, bei der Vergabe ihrer Aufträge weitaus strengere Prüfungen vorzunehmen, als sie im Rechtsverkehr zwischen Privaten üblich sind. Dieses Ergebnis ist insofern unbefriedigend, als damit eine umfassende Würdigung aller Umweltaspekte bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zumeist nicht möglich sein wird. Als Widerspruch mag ferner erscheinen, dass die Vergabebehörde zwar die Möglichkeit hat, die nachgefragten Produkte und Leistungen nach ökologischen Kriterien zu beurteilen, soweit es um deren Eignung für die vorgesehene Verwendung geht, eine umfassendere Beachtung von Umweltaspekten über den konkreten Verwendungszweck hinaus dagegen zumeist unterbleiben muss. Diese Schwierigkeiten ergeben sich jedoch nicht aus den Rechtsnormen des öffentlichen Beschaffungswesens und können auch nicht in dessen Rahmen behoben werden. Eine andere Ausgangslage entsteht allenfalls, wenn für eine bestimmte Kategorie von Produkten oder Dienstleistungen einheitliche und anerkannte Zertifikate bestehen, die eine Beurteilung der

Umweltkonformität auf einfache Weise ermöglichen. Eine Situation dieser Art ist hier jedoch nicht zu beurteilen.

#### **E. 4**

Mit Beschwerdeantwort vom 18./19. November 1998 lässt die Beschwerdegegnerin den angefochtenen Vergabeentscheid damit begründen, dass die Holzschnitzel des bevorzugten Angebots bei der ökologisch schützenswerten Pflege des Waldes E in der Gemeinde C anfielen. Die dort vorhandenen Eichen-Hagenbuchwälder seien während Jahrhunderten als Mittelwälder bewirtschaftet worden, was günstige Lebensbedingungen für bestimmte Pflanzen- und Tierarten geschaffen habe. Diese Laubmischwälder seien die letzten grösseren Mittelwälder des Kantons Zürich und stellten noch heute vielfältige Lebensräume für seltene und bedrohte Arten dar. Im Naturschutz-Gesamtkonzept für den Kanton Zürich werde das E als Schwerpunktgebiet für besonders naturnahe und artenreiche Waldbiotope bezeichnet. Die Beschwerdegegnerin verweist in diesem Zusammenhang auf einen Beschluss des Regierungsrats vom 13. November 1996, mit welchem für den erhöhten Aufwand bei der Pflege des Waldes ein Rahmenkredit von insgesamt Fr. 307'500.--, verteilt auf die Jahre 1997–2001, bewilligt wurde. Das bei der Waldpflege anfallende Jungholz werde zu Holzschnitzeln verarbeitet. Ohne deren Absatz in ökologisch vertretbarer Nähe sei das Projekt E gefährdet. Die derart geltend gemachten ökologischen Anliegen betreffen nicht die Beschaffenheit des Produkts (Holzschnitzel) im Hinblick auf dessen umweltgerechte Verwendung beim Käufer. Es handelt sich vielmehr um Gesichtspunkte, die im Herstellungsprozess auf seiten des Anbieters von Bedeutung sind, was nach dem Gesagten an sich schon problematisch ist. Dazu kommt, dass hier nicht die Herstellungsprozesse der andern Anbieter als ökologisch fragwürdig taxiert werden; bezweckt wird einzig die finanzielle Unterstützung eines Naturschutzprojekts in der Gemeinde C. Das ist ein sachfremdes Kriterium, welches im Vergabeverfahren keine Berücksichtigung finden darf. Der geltend gemachte ökologische Aspekt wäre im übrigen auch mit den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes nicht vereinbar. Denn das daraus abgeleitete Zuschlagskriterium ist ausschliesslich auf die Situation der bevorzugten Anbieterin zugeschnitten und kann von andern Anbietern nicht erfüllt werden, was den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGBM widerspricht. Hinzu kommt, dass eine derart weitgehende Berücksichtigung eines bestimmten Umwelthanliegens als Zuschlagskriterium in den Ausschreibungsunterlagen hätte genannt werden müssen (vgl. EBRK, VPB 1998 Nr. 31 E. 3e; PVG 1994 Nr. 8). Der in diesen enthaltene Hinweis auf das Zuschlagskriterium Holzart und -herkunft lässt nicht erkennen, dass auf eine ökologische Bewirtschaftung der Herkunftswälder Wert gelegt wird.

#### **E. 5**

Die Vergabebehörde rechtfertigt ihren Entscheid ferner mit dem Hinweis auf die längeren Anfahrtswege der auswärtigen Anbieter. Der Beschwerdeführer begegnet diesem Argument mit der Behauptung, dass er 50 m<sup>3</sup> Schnitzel auf einmal liefere, so dass sich insgesamt kürzere Wege ergäben als bei der bevorzugten Anbieterin, die jeweils nur geringe Mengen liefern könne. a) Ein Abstellen auf die Transportwege, welche ein Produkt von seinem Anbieter bis zum Verwendungsort zurücklegt, ist unter dem Aspekt der Gleichbehandlung auswärtiger Anbieter höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter mit sich bringt (vgl. AGVE 1997 Nr. 95 E. 2d S. 364; Nr. 96 S. 365; EGV-SZ 1995 Nr. 59; dazu Anm. Peter Gauch in Baurecht 1997 S. 51). Würde generell auf die Distanz der Anlieferung abgestellt, so würde

damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (vgl. Art. 1 – 3 BGBM) weitgehend verunmöglicht. Dazu kommt, dass aus einer isolierten Berücksichtigung der Transportdistanz vom Anbieter zum Anwender unter Vernachlässigung weiterer umweltrelevanter Aspekte – etwa der Transporte, die bereits für die Produktion und Bereitstellung der Ware beim Anbieter erforderlich waren oder des Verbrauchs vergleichbarer Energieträger im Herstellungsprozess – eine willkürliche und rechtsungleiche Benachteiligung auswärtiger Anbieter resultierte. Eine gesamthafte Betrachtung aller für ein Produkt oder eine Dienstleistung relevanten Umweltaspekte (oder auch nur derjenigen Aspekte, welche sich auf die gleiche Art von Umweltbelastung beziehen) wird allerdings im Rahmen des Vergabeverfahrens in der Regel nicht möglich sein (vgl. E. 3c). Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht, dass einzelne Aspekte, welche die auswärtigen Anbieter benachteiligen, isoliert herangezogen werden und bei der Vergabe einen erhöhten Stellenwert erhalten. Gegenüber ausländischen Anbietern dürfte die Distanz zum Anwender aufgrund der dargestellten Randbedingungen des internationalen Rechts ebenfalls kein zulässiges Vergabekriterium darstellen. Müssen aber Anbieter, deren Produkte über grosse Distanzen – oft unter hohem Brennstoffverbrauch auf dem Luftweg – herangeschafft werden, ohne Vorbehalt zur Vergabe zugelassen werden, rechtfertigt es sich auch unter diesem Aspekt nicht, Anbieter aus der Schweiz allein wegen der Wegstrecke zum Verwendungsort zu benachteiligen. Die Distanz zwischen dem Bereitstellungsort des Anbieters und dem Verwendungsort der Leistung erweist sich damit – zumindest bei isolierter Betrachtung – nicht als geeignetes Zuschlagskriterium gemäss § 31 Abs. 1 SubmV. Ob diese Frage im Einzelfall anders zu beurteilen ist, wenn der erforderliche Transportaufwand im Vergleich zur angebotenen Leistung als völlig unverhältnismässig erscheint, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. b) Anders verhält es sich, wenn von den fraglichen Transporten erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung (z.B. Luft- und Lärmbelastung) zu erwarten sind. Denn dabei geht es nicht um globale Aspekte, welche mit der konkreten Vergabe in keinem direkten Zusammenhang stehen, sondern um Eigenschaften der nachgefragten Leistung, die deren Eignung für die vergebende Amtsstelle bzw. das lokale Gemeinwesen unmittelbar beeinflussen. Ist zu erwarten, dass bereits die Abwicklung des im Einzelfall zu vergebenden Auftrags spürbare Auswirkungen auf die örtliche Umweltbelastung zeitigen wird, darf diesem Umstand im Rahmen der Vergabe ohne weiteres Rechnung getragen werden. Vorausgesetzt ist lediglich, dass das Gewicht, welches diesem Zuschlagskriterium beigemessen wird, aus den Ausschreibungsunterlagen genügend ersichtlich ist. Sollen dagegen Umweltbelastungen begrenzt werden, die für sich allein noch nicht erheblich sind, die jedoch im Zusammenhang mit anderen, gleichartigen Belastungen erhebliche Auswirkungen zeitigen können, muss überdies gefordert werden, dass die Begrenzung nach einem einheitlichen Konzept erfolgt, welches auch die anderen Belastungen zweckmässig erfasst. So wäre es zum Beispiel kaum gerechtfertigt, den Schadstoffemissionen, die aus dem Transport einer im Submissionsverfahren zu beschaffenden Ware entstehen, einen hohen Stellenwert beizumessen, während am betreffenden Ort keine weiteren Anstrengungen zur Beschränkung des motorisierten Verkehrs unternommen werden. c) Im vorliegenden Fall macht die Vergabeinstanz nicht geltend, dass der Transport der zu beschaffenden Holzsznitzel einen relevanten Beitrag zur Erhöhung der örtlichen Umweltbelastung bringe. Ihre Ausschreibungsunterlagen lassen auch nicht erkennen, dass diesem Umstand ein wesentliches Gewicht beigemessen würde, so dass die Anbieter sich zur vorgesehenen

Transportweise hätten äussern können. Zudem liegt der Anfahrtsweg des Beschwerdeführers von rund 60 km Länge nur zu einem kleinen Teil in einem Bereich, in welchem er die lokale Luftbelastung der Gemeinde C zu beeinflussen vermag. Der Beschwerdeführer macht im übrigen geltend, dass er in der Lage sei, jeweils 50 m<sup>3</sup> Schnitzel auf einmal zu liefern, während die bevorzugte Anbieterin nur kleinere Mengen liefern könne und damit eine grössere Anzahl Fahrten benötige. Die Mitbeteiligte wendet dagegen ein, dass die Einfüllmenge der Heizanlage lediglich 16 m<sup>3</sup> betrage; grössere Mengen könnten erfahrungsgemäss pro Lieferung gar nicht abgeladen werden. In den Ausschreibungsunterlagen wird jedoch ein Silo mit einem Fassungsvermögen von 210 m<sup>3</sup> erwähnt, und die jährliche Liefermenge wird mit "ca. 15 Lieferungen à 170 m<sup>3</sup>" angegeben, was die vom Beschwerdeführer genannten Liefermengen durchaus als realistisch erscheinen lässt. Auf allfällige gegenteilige Erfahrungen der bisherigen Lieferantin darf nicht abgestellt werden, da diese den andern Anbietern nicht zugänglich waren. Wie es sich damit verhält, braucht jedoch nicht näher abgeklärt zu werden, da ein nennenswerter Einfluss auf die lokale Luftbelastung nach dem Gesagten ohnehin nicht zu erwarten ist.

#### **E. 6**

Anzumerken ist schliesslich, dass Verhandlungen der Vergabebehörde mit einzelnen interessierten Personen bzw. Instanzen, wie sie hier im Vorfeld des Vergabeentscheides stattgefunden haben, den das Vergabeverfahren beherrschenden Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Anbietenden (Art. 11 lit. a IVöB; vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 193 ff., 218 ff.) zuwiderlaufen. Ein Vorgehen dieser Art ist überdies geeignet, die Unbefangenheit der mit dem Vergabeentscheid betrauten Personen im Sinn von Art. 11 lit. d IVöB und § 5a VRG in Frage zu stellen.

#### **E. 7**

Da der Vertrag mit der ausgewählten Anbieterin gemäss Auskunft der Gesundheitsdirektion noch nicht abgeschlossen ist, ist der angefochtene Entscheid der Beschwerdegegnerin, mit welchem diese den Zuschlag erteilt hat, aufzuheben. Dem Antrag des Beschwerdeführers, der Auftrag sei zu den Bedingungen seiner Offerte vom 26. September 1998 an ihn zu erteilen, kann jedoch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht gefolgt werden. Der Vergabeinstanz steht bei der Beurteilung der Angebote ein erheblicher Ermessensspielraum zur Verfügung, in welchen das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreifen darf (vgl. BVR 1998 S. 59 E. 3c). Wo sich die Beschwerde gegen den Zuschlag richtet, ist dem Gericht daher ein neuer Entscheid in der Sache selbst höchstens in Ausnahmefällen möglich (vgl. VGr AG, 18. Juni 1998, E. 4b, zur Publikation im ZBl vorgesehen). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die vorgesehene Art der Preisbildung für die Anbietenden nicht erkennbar war und die Mehrzahl der Angebote sich auch nicht eindeutig auf diese bezieht (vgl. E. 2b ff.). Die Vergabeinstanz wird daher zunächst eine Klärung dieser Sachlage herbeiführen müssen. Das kann z.B. in der Weise geschehen, dass sie die beteiligten Anbieter über die Modalitäten der Preisbildung informiert und sie um eine dahingehende Präzisierung der Angebote bittet. In diesem Zusammenhang wird ferner die Höchstdauer des vorgesehenen Vertrags bekanntzugeben sein. Die Angabe der maximalen Vertragsdauer ist bei einer öffentlichen Beschaffung schon deshalb erforderlich, weil ohne deren Kenntnis nicht ermittelt werden kann, ob die Schwellenwerte gemäss Art. 7 IVöB erreicht sind. Auch für die Preiskalkulation der Anbietenden ist die Auftragsdauer von Bedeutung. Darüber

hinaus darf es nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen, das Vertragsverhältnis mit einem einzelnen Anbieter auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Streitsache in Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Ausgangsgemäss wird die überwiegend unterliegende Beschwerdegegnerin kostenpflichtig. Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:

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