

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00406 vom 6. Juni 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-06-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2000.00406

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00406 du 6 juin 2001

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00406 del 6 giugno 2001

Regeste

Submission | Stromlieferungsvertrag. Der Auftrag zur Lieferung elektrischer Energie stellt keine öffentliche Beschaffung im Sinn des Submissionsrechts dar (E. 4). Keine unmittelbare Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Sinn von § 82 lit. i und k VRG (E. 5).

Erwägungen

E. 1

Zu den von der Beschwerdegegnerin am 25. Mai 2001 neu eingereichten Unterlagen, insbesondere zum Entscheid der Wettbewerbskommission vom 5. März 2001, konnten die übrigen Verfahrensbeteiligten bis heute nicht Stellung nehmen. Da die Unterlagen jedoch nicht zugunsten der Beschwerdegegnerin verwendet werden, entsteht ihnen daraus kein Nachteil.

E. 2

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) und § 3 des Gesetzes vom 22. September 1996 über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung (IVöB-BeitrittsG) ist ein besonderes Rechtsmittel, das der Gesetzgeber für den speziellen Sachbereich des öffentlichen Vergaberechts zur Verfügung stellt und das den Beschwerdeführenden – in Abweichung von den Grundsätzen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) – die Anfechtung des erstinstanzlichen Entscheids unmittelbar beim Verwaltungsgericht ermöglicht. Dieser direkte Weg an das Verwaltungsgericht steht nur offen, wenn der angefochtene Rechtsakt den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge untersteht (VGr, 6. Juli 2000, BEZ 2000 Nr. 44; 24. August 2000, BEZ 2000 Nr. 57). Es stellt sich daher die Frage, ob dies beim vorliegend strittigen Rechtsgeschäft – dem Abschluss eines Elektrizitätslieferungsvertrags durch eine gemeindeeigene Elektrizitätsversorgung – der Fall ist. Im Hinblick darauf ist einerseits zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich an das Submissionsrecht gebunden ist (nachstehend E. 3), und andererseits, ob der Abschluss eines Elektrizitätslieferungsvertrags eine öffentliche Beschaffung im Sinn dieser Vorschriften darstellt (hinten E. 4).

E. 3

Die gemeindeeigene Elektrizitätsversorgung der Beschwerdegegnerin untersteht als Organisation, die im Sektor der Energieversorgung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB tätig ist, den Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung. Überdies hat der Regierungsrat die Bestimmungen des Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung gestützt auf § 2

Abs. 2 und § 7 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG auch auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden anwendbar erklärt, welche der Interkantonalen Vereinbarung nicht unterstehen. Dies geschah zunächst mit § 1 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) insoweit, als die Gemeinden für ihren Zuständigkeitsbereich keine eigene genügende Regelung getroffen hatten. Mit Beschluss vom 1. Juli 1998 bezog der Regierungsrat sodann die Gemeinden, Gemeindeverbände und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften mit Wirkung ab 1. Januar 1999 umfassend in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens ein (vgl. VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 1). Diese kantonale rechtliche Ordnung entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; vgl. BGE 125 I 406 E. 2). Öffentliche Beschaffungen der Beschwerdegegnerin und ihrer gemeindeeigenen Elektrizitätsversorgung unterstehen somit den Bestimmungen des interkantonalen und kantonalen Submissionsrechts. Dieser Grundsatz wird auch von den Parteien des vorliegenden Verfahrens nicht bestritten.

E. 4

Damit stellt sich die weitere Frage, ob der Auftrag zur Lieferung elektrischer Energie eine öffentliche Beschaffung im Sinn der genannten Vorschriften betrifft. a) Das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]) umschreibt die öffentlichen Beschaffungen, die dem Abkommen unterliegen, in Anhang I, Annexe 1–5. Gemäss Annex 3 ist das Übereinkommen u.a. anwendbar auf öffentliche Unternehmungen, die im Bereich der Produktion, des Transports oder der Verteilung elektrischer Energie tätig sind. Davon ausgeschlossen sind jedoch nach Anmerkung 5 zu Annex 3 Aufträge zur Lieferung von Energie (vgl. die GATT-Botschaft 1, BBl 1994 IV 364 f.). Aus dem Übereinkommen ergibt sich somit keine Verpflichtung der Schweiz bzw. ihrer Kantone, Aufträge von Unternehmungen der Elektrizitätsversorgung betreffend den Kauf elektrischer Energie submissionsrechtlichen Regeln zu unterstellen. Aufgrund der Systematik des GATT/WTO-Übereinkommens ist überdies davon auszugehen, dass der Ausschluss der Elektrizitätslieferungen von dessen Anwendungsbereich nicht nur Beschaffungen durch Unternehmen der Elektrizitätsversorgung betrifft, sondern allgemeine Bedeutung hat. Es wäre widersprüchlich, wenn der Kauf elektrischer Energie durch staatliche Stellen, die nicht im Bereich der Energieversorgung tätig sind, dem Abkommen unterstünde, während dies bei Unternehmen der Elektrizitätsversorgung nicht zuträfe. Der in Anmerkung 5 zu Annex 3 festgehaltene Ausschluss derartiger Lieferungen vom Anwendungsbereich des Abkommens ist daher nicht als eigentliche Ausnahme, sondern vielmehr als Bestätigung der generellen Nichtanwendbarkeit des Abkommens auf diese Lieferungen zu verstehen. Vorliegend gehen denn auch alle Beteiligten des Beschwerdeverfahrens davon aus, dass sich aus der staatsvertraglichen Regelung keine Verpflichtung der Schweiz zur Unterstellung von Energielieferungen unter das öffentliche Beschaffungsrecht ergibt. b) Eine derartige Verpflichtung werden auch die noch nicht in Kraft stehenden sektoriellen Abkommen mit der EU nicht begründen. Das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BBl 1999 6504) soll zwar auch für Unternehmungen der Elektrizitätsversorgung gelten und enthält eine nähere Umschreibung der in diesem Bereich erfassten privaten Betriebe (Art. 3 Abs. 2 lit. f sowie Anhang IV). Die Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von Energie wird jedoch ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen (Art. 3 Abs. 7 und Anhang VIII lit. f). c) Die Interkantonale Vereinbarung

über das öffentliche Beschaffungswesen umschreibt die ihrem Anwendungsbereich unterliegenden Auftragsarten in Art. 6. Von vornherein ausser Betracht fällt dabei für Elektrizitätslieferungen die Kategorie der Bauaufträge. Auch zu den Dienstleistungsaufträgen können sie nicht gerechnet werden, da sie in der dafür massgeblichen Aufzählung in Anhang I, Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens, auf welche Art. 6 Abs. 1 lit. c IVöB verweist, nicht erwähnt sind. Als Lieferaufträge bezeichnet Art. 6 Abs. 1 lit. b IVöB Verträge zwischen Auftraggebern und Anbietenden über die "Beschaffung beweglicher Güter". Eine gleichlautende Umschreibung findet sich in Art. 5 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB). Dieser Wortlaut gibt auf die Frage nach dem Einbezug von Elektrizitätslieferungen keine eindeutige Antwort. Zwar zählt elektrische Energie nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht zu den beweglichen Gütern. Nach Art. 713 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB) sind jedoch Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören, Gegenstand des Fahrniseigentums. Dazu zählt unbestrittenermassen auch die elektrische Energie. Die Vorschriften über bewegliche Sachen lassen sich jedoch selbst im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 713 ZGB nur analog auf Energien übertragen (vgl. Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 5. A., 1981, Systematischer Teil N. 226; Peter Liver, Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel 1977, S. 314; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., Zürich 1995, S. 743 f.; Robert Haab, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. A., 1977, Einleitung N. 44 ff.), und auch die Regeln des Kaufvertrags sind nur sinngemäss auf Energielieferungen anwendbar (vgl. BGE 47 II 440 E. 1; 48 II 366 E. 2/3). Wieweit die Interkantonale Vereinbarung auf die Beschaffung elektrischer Energie zur Anwendung gelangt, lässt sich daher nicht anhand der Zuordnung von Art. 713 ZGB entscheiden, sondern muss aus dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Vorschrift hervorgehen. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen wurde vor allem geschaffen, um die mit dem GATT/WTO-Übereinkommen eingegangenen Verpflichtungen ins kantonale Recht umzusetzen (vgl. den Antrag des Regierungsrats vom 15. November 1995 zum IVöB-BeitrG, ABl 1995, S. 2481 ff., 2492, 2496, 2499; ebenso die Musterbotschaft zur IVöB, Ausgangslage Ziff. 2 und 3a, Erläuterungen zu Art. 1, zit. nach Christian Bock [Hrsg.], Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, Basel 1996, S. 219 ff.). In einzelnen Punkten wurde der Geltungsbereich der Vereinbarung gegenüber dem GATT/WTO-Übereinkommen bewusst erweitert, so mit Bezug auf Unternehmen des Sektors Telekommunikation sowie private Auftraggeber, die subventionierte Aufträge vergeben (Antrag des Regierungsrats, S. 2496). Die unterstellten Auftragsarten wurden jedoch nur in dem Umfang erfasst, welcher durch das GATT/WTO-Übereinkommen vorgezeichnet ist (vgl. Herbert Lang, Binnenmarkt: Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Nicolas Michel/Roger Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 25). Auch hinsichtlich der vorliegend interessierenden Beschaffung elektrischer Energie wurde keine Erweiterung vorgenommen; angesichts der praktischen Tragweite eines Einbezugs von Energielieferungen wäre dieser beim Erlass der Vereinbarung zweifellos zur Sprache gekommen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Beschaffung elektrischer Energie durch die Interkantonale Vereinbarung ebenso wenig erfasst wird wie durch das GATT/WTO-Übereinkommen. Aus dem

Umstand, dass die Interkantonale Vereinbarung den Annex 3 von Anhang I zum GPA – im Gegensatz zu den Annexen 4 und 5, welche die in Frage kommenden Dienstleistungs- und Bauaufträge umschreiben – nicht ausdrücklich erwähnt, lässt sich entgegen der Auffassung des Mitbeteiligten nichts anderes ableiten. Die Annex 4 und 5 legen die massgeblichen Dienstleistungs- und Bauaufträge für den ganzen Geltungsbereich des Übereinkommens in Listen fest, auf welche in Art. 6 Abs. 1 lit. a und c IVöB zweckmässigerweise verwiesen wird. Annex 3 umschreibt dagegen in detaillierter Form den Geltungsbereich des GPA in den Sektoren der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikation. Sein Inhalt konnte nicht durch eine blosser Verweisung in die Interkantonale Vereinbarung übernommen werden, sondern wurde durch die Bestimmungen von Art.

E. 7

Eine Überweisung an die zuständige Behörde im Sinn von § 5 Abs. 2 VRG ist nicht erforderlich, da der Beschwerdeführer zugleich mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht auch einen Rekurs beim Bezirksrat Meilen erhoben hat.

E. 8

...

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