

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00388 vom 12. November 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-11-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00388

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00388 du 12 novembre 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00388 del 12 novembre 2008

Regeste

Submission | Lieferung von Brennstoff-Holz hackschnitzeln: Berücksichtigung der Länge des Anfahrtsweges. Verspätete Rüge der Verletzung der Offertöffnungsvorschriften. Umweltschutzkriterien dürfen nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung auswärtiger Anbieter führen; problematisch ist insbesondere das Abstellen auf die Länge der Anfahrtswege, weil dadurch der mit dem Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Frage gestellt wird. Die Länge der Anfahrtswege darf daher nur im Rahmen einer Gesamtbeurteilung berücksichtigt werden, die auch andere Umweltaspekte angemessen einbezieht (E. 3.2.2). Neue Vorbringen in der Replik sind nur zulässig, soweit sie durch die Beschwerdeantwort erforderlich wurden. Die Frage der Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll betrifft jedoch nicht die Begründung des Vergabeentscheids, sondern wird vom Beschwerdeführer unabhängig davon aufgeworfen. Der Einwand ist daher nicht mehr zu hören (E. 4). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Der Liegenschaftenausschuss der Beschwerdegegnerin hatte die Einladung zum Einreichen einer Offerte an A aus R gerichtet. Die daraufhin eingegangene Offerte nennt als Absender A, ist jedoch von B unterzeichnet und nennt (unter dem Titel Erfahrung sowie als Waldeigentümer) noch weitere Personen, die allerdings nur mit Nachnamen bezeichnet sind. Die Offerte ist in der "Wir"-Form verfasst, enthält jedoch keine näheren Angaben über das Bestehen einer Anbietergemeinschaft. Die Absage des Liegenschaftenausschusses vom 5. September 2007 wurde an A gerichtet. In der Beschwerde an das Verwaltungsgericht bezeichnet sich B dann als Vertreter einer einfachen Gesellschaft, deren Mitglieder er aber auch hier nicht nennt. Erst in der Replik gibt er schliesslich die Mitglieder der einfachen

Gesellschaft bekannt, nämlich A, E sowie die Gebrüder B und D, alle wohnhaft in R. Dieses Vorgehen ist in verschiedener Hinsicht fragwürdig. Eine Offerte kann im Einladungsverfahren grundsätzlich nur durch Personen bzw. Unternehmungen eingereicht werden, an die eine entsprechende Einladung ergangen ist. Sodann sind beim Angebot einer Bietergemeinschaft deren Mitglieder in der Offerte klar zu bezeichnen, denn die Vergabestelle muss wissen, mit wem sie es zu tun hat und an wen sie den allfälligen Zuschlag erteilt. Ebenso sind beim Erheben einer Beschwerde die beteiligten Personen und allfällige Vertretungsverhältnisse klar zu bezeichnen. Schliesslich haben auch alle Beschwerdeführenden das Rechtsmittel zu unterzeichnen oder einen Vertreter zu bevollmächtigen. Wieweit diese Grundsätze vorliegend beachtet wurden, ist unklar. Eine nähere Prüfung kann jedoch unterbleiben, da die Beschwerde schon aus anderen Gründen abzuweisen ist.

E. 3.1

In der als "Ausschreibung" bezeichneten Einladung zum Einreichen der Angebote wurden die Zuschlagskriterien wie folgt bekannt gegeben: "Gewichtung des Angebotes: – Preis 70 % – Ökologie 20 % – Erfahrung/Referenzen 10 %" Strittig sind im Beschwerdeverfahren die der Mitbeteiligten und dem Beschwerdeführer erteilten Bewertungen zu den Kriterien Ökologie sowie Erfahrung/Referenzen.

E. 3.2

Beim Kriterium Ökologie erhielt die Mitbeteiligte nach der Auswertung der Beschwerdegegnerin 10 von 20 möglichen Punkten. Der Beschwerdeführer hatte zwei Angebote eingereicht, von welchen das eine vorsah, dass hauptsächlich Holzschnitzel aus den Wäldern der Gemeinde R geliefert würden; beim zweiten, preisgünstigeren Angebot sollte auch Holz aus näherer und weiterer Entfernung verwendet werden. Sein erstes Angebot wurde beim Kriterium Ökologie mit der maximalen Zahl von 20 Punkten benotet, das zweite mit 15 Punkten. Die Differenz von 5 Punkten wird von der Beschwerdegegnerin damit begründet, dass das Holz beim zweiten Angebot nicht nur aus Gemeindewäldern stammen würde. Der Vorsprung des zweiten Angebots gegenüber demjenigen der Mitbeteiligten, die ihr Holz ebenfalls aus der Region, nicht in erster Linie aus den Wäldern der Gemeinde R beschaffen will, rührt gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin daher, dass der Beschwerdeführer in einer Entfernung von nur 1 km vom Lieferort der Holzschnitzel domiziliert sei, während die Distanz bei der Mitbeteiligten 11 km betrage.

E. 3.2.1

Gegen diese Bewertung wendet der Beschwerdeführer in erster Linie ein, dass die Mitbeteiligte als auswärtige, sogar ausserkantonale Anbieterin nicht mit 10 Punkten hätte bewertet werden dürfen. Sie habe keine Beziehung zur Gemeinde, bezahle hier keine Steuern und schaffe keine Arbeitsplätze. Das von der Mitbeteiligten gelieferte Holz habe keinen Bezug zu den Wäldern der Gemeinde, was dem Grundsatz widerspreche, die in der Gemeinde anfallenden Brennstoffe örtlich zu nutzen. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen bezweckt unter anderem, die Gleichbehandlung aller Anbietenden zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB). Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (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). Im Rahmen eines Einladungsverfahrens ist zwar eine gewisse Bevorzugung ortsansässiger oder regionaler Anbieter insofern möglich, als es den Vergabebehörden nicht versagt werden kann, für einen bestimmten Auftrag nur lokale Unternehmungen zur Offertstellung einzuladen. Werden aber auch Anbieter aus anderen Regionen eingeladen, so ist die Vergabebehörde ihnen gegenüber an das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung gebunden (RB 2004 Nr. 38 = VB.2004.00305, E. 5.1, www.vgrzh.ch; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2. A., Band 1, Zürich 2007, N. 580 ff.). Nach diesen Grundsätzen ist eine Bevorzugung lokaler Anbieter, wie sie der Beschwerdeführer für sich fordert, von vornherein unzulässig. Die höhere Bewertung eines Angebots, welches ausschliesslich Holz aus gemeindeeigenen Wäldern verwenden will, kommt aus diesem Grund nicht in Frage. Zwar dürfen die Transportdistanzen des verwendeten Holzes in einem gewissen Rahmen berücksichtigt werden (vgl. nachstehend, E. 3.2.2), doch sind diese nicht von Gemeinde- oder Kantonsgrenzen abhängig. Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass die Grenze zum Kanton S nur knapp einen Kilometer vom Standort der Schnitzelfeuerung entfernt liegt; "auswärtiges" Holz, wie es die Mitbeteiligte verwenden will, ist daher unter dem Aspekt der Ökologie nicht von vornherein schlechter zu bewerten. Für die vom Beschwerdeführer geforderte niedrigere Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten besteht somit unter diesem Titel kein Anlass. Zu beanstanden wäre vielmehr die höhere Bewertung des ersten Angebots des Beschwerdeführers, welche mit der Herkunft des Holzes aus Gemeindewäldern begründet wurde. Dieses Angebot besitzt aber schon aufgrund seines höheren Preises keine Chance auf den Zuschlag, weshalb der Frage nicht weiter nachzugehen ist.

E. 3.2.2

Der Beschwerdeführer will eine schlechtere Bewertung der Mitbeteiligten des weiteren damit begründen, dass deren Geschäftsdomizil weiter vom Verwendungsort der Holzschnitzel entfernt sei. Nach der Rechtsprechung dürfen Gesichtspunkte des Umweltschutzes als Zuschlagskriterien herangezogen werden, soweit dies sachgerecht erfolgt und die Gewichtung ein für die fragliche Beschaffung vertretbares Mass nicht überschreitet. Die Umweltschutzkriterien dürfen jedoch zu keiner ungerechtfertigten Benachteiligung auswärtiger Anbieter führen; problematisch ist insbesondere das Abstellen auf die Länge der Anfahrtswege, weil dadurch der mit dem Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (Art. 1–3 BGBM) in Frage gestellt wird. Die Länge der Anfahrtswege darf daher nur im Rahmen einer Gesamtbeurteilung berücksichtigt werden, die auch andere Umweltaspekte angemessen einbezieht (vgl. zum Ganzen BGr, 31. Mai 2000, ZBl 102/2001, S. 312 = URP 2000, S. 613 = Pra 89/2000 Nr. 150 E. 4; VGr, 25. Januar 2006, VB.2005.00200, E. 3.4.2, www.vgrzh.ch; 20. August 1999, BEZ 1999 Nr. 27 = URP 1999, S. 814, E. 4; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 5c, www.vgrzh.ch; Marc Steiner, *Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff., 57 f.; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 602 ff.). Vorliegend befindet sich das Domizil der Mitbeteiligten etwa 10 km weiter vom Ablieferungsort der Holzschnitzel entfernt als dasjenige des Beschwerdeführers. Der dadurch verlängerte Anfahrtsweg ist jedoch unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes nicht allein massgeblich. Ebenso wichtig wären z.B. die Transportwege des Holzes von dessen Fundstelle zur Häcksleranlage sowie die ökologische Qualität der verwendeten Fahrzeuge.

Darüber ist hier nichts bekannt, und es steht daher keineswegs fest, dass das Angebot des Beschwerdeführers beim Kriterium Ökologie insgesamt besser zu bewerten ist als jenes der Mitbeteiligten. Jedenfalls ist der kürzere Anfahrtsweg des Beschwerdeführers mit der Höherbewertung um 5 Punkte, die sein Angebot unter diesem Titel erhalten hat, bei weitem ausreichend bewertet.

E. 3.3

Beim Zuschlagskriterium Erfahrung/Referenzen erhielt die Mitbeteiligte das Maximum von 10 Punkten, wogegen der Beschwerdeführer nur mit 5 Punkten benotet wurde. Die Mitbeteiligte wies in ihrem Angebot darauf hin, dass sie seit 1991 eine eigene Schnitzelheizung und seit 2005 einen Wärmeverbund (200 kW) betreibe; ferner stelle sie seit 2005 mit einem Grosshacker Schnitzel für diverse Kunden her. In einer Referenzliste legte sie detailliert dar, welchen Auftragnehmern sie vergleichbare Leistungen erbringt. Der Beschwerdeführer führte in seiner Offerte unter dem Titel "Erfahrung" lediglich aus: "B und D betreiben seit 18 Jahren, E und F seit 12 Jahren eine Schnitzelfeuerung. Für die Holzschnitzel Herstellung, Restholz Verarbeitung ist ein eigener Holzschnitzler vorhanden." Mit dem Hinweis auf "B und D" und E-F waren offenbar die weiteren Mitglieder der Bietergemeinschaft gemeint, was in dem Angebot indessen nicht verdeutlicht wurde. In seiner Replik erklärt der Beschwerdeführer, F betreibe eine Anlage mit 40 kW und liefere überdies einer Autogarage Fernwärme; die Gebrüder B-D besäßen zwei Anlagen zu je 35 kW. Die Beschwerdegegnerin begründet die bessere Benotung der Mitbeteiligten damit, dass diese eine Referenzliste eingereicht habe und überdies für exakte Lieferung der verlangten Qualität bekannt sei. Die vom Beschwerdeführer sich selber gegebene Referenz betreffe einige kleinere Anlagen und sei wenig aussagekräftig. Massgeblich sei nicht die Erfahrung des Beschwerdeführers als Forstunternehmer, sondern als Schnitzellieferant hinsichtlich Anlageart und -grösse, administrativer Abwicklung, Umgang mit der Asche, Zuverlässigkeit etc. Der Beschwerdeführer entgegnet in der Replik, Kleinanlagen seien anfälliger auf die Qualität der Schnitzel als Grossanlagen; Kleinanlagen müssten täglich betreut und auf die wechselnde Qualität der Schnitzel eingestellt werden, während die Steuerung bei Grossanlagen automatisch erfolge. Die Mitbeteiligte hat klarerweise mehr und aussagekräftigere Referenzen vorzuweisen als der Beschwerdeführer. Sie beliefert überdies Anlagen einer Grösse (200 kW und 300 kW), die mit jener der Beschwerdegegnerin (180 kW) vergleichbar sind. Dass die Beschwerdegegnerin dies als Vorteil gewertet hat und die Erfahrung der Mitbeteiligten dementsprechend höher bewertete, ist nachvollziehbar und liegt auf jeden Fall im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens. Die Benotung der Angebote ist somit auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

E. 4

Der Beschwerdeführer beanstandet schliesslich, dass das Protokoll der Offertöffnung den Anbietern in der Form eines nur vom Gemeindeschreiber unterzeichneten Briefes vom 20. August 2007 mitgeteilt worden sei. Die Namen der bei der Öffnung anwesenden Personen seien darin nicht protokolliert, und es stelle sich daher die Frage, ob die Öffnung durch den Gemeindeschreiber allein vorgenommen worden sei statt durch mindestens zwei Personen, wie es in § 27 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt werde. Gemäss § 27 Abs. 2 SubmV werden die fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter der Vergabestelle geöffnet. Über die Öffnung wird ein Protokoll erstellt, in welchem unter anderem die Namen der anwesenden Personen

festzuhalten sind (Abs. 3), und den Anbietenden wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt (Abs. 4). Diese Regeln sind, wie aus § 27 Abs. 1 SubmV sinngemäss hervorgeht, auch im Einladungsverfahren zu beachten (VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 3, www.vgrzh.ch; vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 409 ff.). Ob die Beschwerdegegnerin die Vorschriften über die Öffnung der Offerten eingehalten hat, ist nicht bekannt. Sie hätte dem Beschwerdeführer auf jeden Fall Einsicht in das Protokoll der Offertöffnung mit den Namen der anwesenden Personen geben müssen. Die Frage ist hier jedoch nicht weiter zu prüfen, da der Beschwerdeführer den entsprechenden Vorwurf erst mit der Replik und damit verspätet erhoben hat. Die Beschwerde muss innerhalb der Beschwerdefrist begründet werden; nach dem Ablauf der Frist lässt sich die Begründung grundsätzlich nicht mehr erweitern (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 54 N. 8). Neue Vorbringen in der Replik sind nur zulässig, soweit sie durch die Beschwerdeantwort erforderlich wurden (VGr, 9. April 2003, VB.2002.00380, E. 4a, www.vgrzh.ch). Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort zwar die Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt, sodass die dagegen gerichteten Rügen mit der Replik vorgebracht werden durften. Die Frage der Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll betrifft jedoch nicht die Begründung des Vergabeentscheids, sondern wird vom Beschwerdeführer unabhängig davon aufgeworfen. Der Einwand ist daher nicht mehr zu hören.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Anzumerken bleibt, dass die im Vertrag mit der Mitbeteiligten vorgesehene unbeschränkte Verlängerungsmöglichkeit nicht den Anforderungen des Vergaberechts entspricht. Gemäss § 2 Abs. 3 SubmV darf die Laufzeit eines Dauervertrags nicht so gewählt werden, dass andere Anbietende unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen bleiben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Dauer des Auftrags daher stets im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen (VGr, 8. März 2006, VB.2005.00504, E. 7; 25. Januar 2006, VB.2005.00200, E. 6, jeweils unter www.vgrzh.ch; VGr, 2. November 2000, ZBl 102/2001, S. 101, E. 3c; vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Rz. 707 ff.; vgl. ferner den Vorentwurf vom 30. Mai 2008 zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, nach dessen Art. 14 Verträge über wiederkehrende Leistungen in der Regel für höchstens vier Jahre abgeschlossen werden dürfen). Dieser Grundsatz hindert die vergebende Behörde nicht daran, einen Vertrag mit kurzer Mindestdauer und anschliessender Verlängerungsmöglichkeit zu schliessen. Sie soll jedoch von Beginn weg eine Maximaldauer festlegen, nach deren Ablauf eine neue Vergabe erfolgen muss. In diesem Sinn ist die Beschwerdegegnerin gehalten, den geschlossenen Vertrag nicht über ungebührlich lange Zeit fortzusetzen und bei künftigen Vergaben von Beginn weg eine angemessene Höchstdauer vorzusehen.

E. 6

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Eine Parteientschädigung wurde nicht beantragt und wäre angesichts des der Gemeinde entstandenen Aufwandes auch nicht gerechtfertigt.

E. 7

Der Wert des strittigen Lieferauftrags beträgt rund Fr. 20'000.-- pro Jahr und liegt damit auch unter Berücksichtigung der unbestimmten Laufzeit (§ 4 Abs. 3 SubmV) deutlich unter den in Art. 83 lit. f Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG) genannten Schwellenwerten. Gegen den vorliegenden Entscheid steht daher nicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, sondern lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zur Verfügung. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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