

Freihändiges Submissionsverfahren

Submission: Um zu verhindern, dass die umweltschonende Ausführung als Vergabekriterium nur vorgeschoben wird, um einen Ortsansässigen zu begünstigen, müssen die ökologischen Vorteile klar ersichtlich sein. Dies ist z. B. dort der Fall, wo mit Lastwagen grössere Materialmengen (Aushub, Baumaterial etc.) transportiert werden müssen.

Sachverhalt

Für die Spenglerarbeiten im Zusammenhang mit dem Neubau des Gemeindehauses führte der Gemeinderat X. ein freihändiges Submissionsverfahren (Einladungsverfahren) durch. Es wurden vier Offerten im Bereich von Fr. 10'000.-- eingereicht. Die Offerte der ortsfremden Beschwerdeführerin war am billigsten und lag je nach Ausführung um 1,3 bis 2 % unter derjenigen der zweitgünstigsten Anbieterin, welche ortsansässig ist und den Zuschlag erhielt. Der Gemeinderat begründete den Zuschlag mit der besseren Umweltverträglichkeit (Anfahrtsweg); in bezug auf die weiteren, vorrangigen Ausschreibungskriterien Qualität, Termin, Erfahrung, Kompetenz und Garantieleistung bezeichnete der Gemeinderat die beiden Angebote als ebenbürtig. Das Verwaltungsgericht hob die Verfügungen des Gemeinderats (Zuschlag und Mitteilung der anderweitigen Vergabe) auf und wies die Beschwerdesache an den Gemeinderat zurück.

Aus den Erwägungen

1. a)

Bis zum Inkrafttreten des Submissionsdekrets unterstanden sämtliche Vergaben der Gemeinden der Verordnung über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung, SubVO) vom 16. Juli 1940. Es gab im Bereich des öffentlichen Vergabewesens weder kommunale Autonomie noch einen nennenswerten Spielraum für die Gemeinden (Botschaft des Regierungsrats zum Submissionsdekret vom 22. Mai 1996, S. 7, 12). Heute unterstehen die Gemeinden den Bestimmungen des Submissionsdekrets nur, wenn sie Bauaufträge im geschätzten Wert des Einzelauftrags von über Fr. 200'000.-- bzw. Dienstleistungs- und Lieferaufträge im geschätzten Wert des Einzelauftrags von über Fr. 50'000.-- (§ 5 Abs. 1 lit. d SubmD) oder Aufträge, die von der öffentlichen Hand subventioniert werden (§ 5 Abs. 1 lit. b SubmD), vergeben (Botschaft, S. 1, 12). Unterhalb dieser Schwellenwerte sind sie im Rahmen des übergeordneten Rechts grundsätzlich frei (vgl. Erw. lit. b hienach). Sie sind befugt, aber nicht verpflichtet, eigene kommunale Vergaberegeln zu erlassen (Botschaft, S. 12 unten; Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 16. August 1996, S. 15 [Votum Pfisterer]). Insbesondere ist es den Gemeinden erlaubt, unterhalb der Schwellenwerte Aufträge freihändig, d. h. ohne öffentliche Ausschreibung, zu vergeben (Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 16. August 1996, S. 16 [Votum Pfisterer]). Mit der Regelung von § 5 Abs. 1 lit. d SubmD wollte der Dekretsgeber bewusst "die Gemeinden besserstellen und den Wettbewerb einschränken" (Botschaft, S. 7).

b)

Die Nichtgeltung des Dekrets bedeutet nun allerdings nicht, dass die Gemeinden in diesem Bereich rechtlich völlig ungebunden wären oder die Aufträge willkürlich vergeben dürften. Insbesondere unterstehen sie hier unmittelbar dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 und haben selber für dessen Einhaltung zu sorgen (§ 5 Abs. 2 SubmD).

Das Binnenmarktgesetz bezweckt für alle Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz die Realisierung des freien und gleichberechtigten Marktzugangs auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Art. 2 BGBM gewährleistet den freien Zugang zum Markt, indem jede Person mit Niederlassung und jede Unternehmung mit Sitz in der Schweiz das Recht hat, Waren, Arbeitsleistungen und Dienstleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten. Der Zugang zum Markt richtet sich dabei nach den am Herkunftsort der anbietenden Person oder Unternehmung geltenden Vorschriften (sog. Herkunftsprinzip). Darf ein Anbieter seine Ware in seinem Sitzkanton in Verkehr bringen, so darf er dies in der ganzen Schweiz (Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, in: Bundesblatt [BB] 1995 I 1264 [im folgenden: Botschaft BGBM]). Ortsfremde Anbieter dürfen also gegenüber ortsansässigen Anbietern nicht diskriminiert werden (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 49). Art. 3 BGBM regelt die (noch) zulässigen Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt; diese müssen für Ortsansässige und Ortsfremde in gleicher Weise gelten, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Art. 5 BGBM statuiert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden. Es handelt sich um einen zu Art. 2 BGBM parallelen Anspruch auf Marktzugang. Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz sollen sich an kantonalen und kommunalen Submissionen beteiligen können, ohne in einer Weise benachteiligt zu werden, die Art. 3 BGBM widerspricht. Ortsfremde Anbieter sollen gleichberechtigten Zugang zu den Aufträgen einer öffentlichen Beschaffungsstelle haben; sie haben einen Anspruch darauf, bei der Zuschlagserteilung in gleicher Weise wie ortsansässige Anbieter berücksichtigt zu werden. Ortsfremde dürfen nicht allein aufgrund dieser Qualifikation aus einem Vergabeverfahren ausgeschieden werden. So liegt z. B. ein Verstoß gegen das Binnenmarktgesetz vor, wenn für die Teilnahme an einem Submissionsverfahren zwingend die Ortsansässigkeit verlangt wird (Art. 5 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM; vgl. zum Ganzen: Botschaft BGBM, S. 1268; Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 68/1996, S. 169 f.; Paul Richli/Kilian Wunder, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1996, S. 908 ff.).

Neben dem Binnenmarktgesetz haben die Gemeinden bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, wo das freihändige Verfahren, entweder als Direktvergabe oder (indirekt) als Einladungsverfahren, der Regelfall sein wird, auch die

allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns wie z. B. das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, das Verhältnismässigkeitsprinzip, den Grundsatz von Treu und Glauben oder das Gebot des fairen Verfahrens (bzw. im Submissionsrecht das Gebot eines fairen Wettbewerbs) zu beachten (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1993, Rz. 294; Peter Galli, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Zürich 1981, S. 92, 174; Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/55 vom 31. Juli 1997 in Sachen H. + M., S. 7).

c)

Im vorliegenden Fall beträgt der Wert des Auftrags rund Fr. 10'000.-- und liegt damit klar unter dem Schwellenwert gemäss § 5 Abs. 1 lit. d SubmD; eine Subventionierung im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD erfolgt laut Auskunft der Gemeinde nicht. Die Gemeinde untersteht dem Dekret mit Ausnahme der Rechtsschutzbestimmungen (§§ 23 ff. SubmD) somit nicht (vgl. Erw. a hievor). Jedoch verweisen die dem Devis beigefügten "Besonderen Bedingungen" unter dem Titel "Ausschreibungsbedingungen des Bauherrn" ausdrücklich auf § 18 SubmD, der damit Bestandteil der Submissionsbedingungen wurde. Nach § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. § 18 Abs. 2 SubmD nennt eine Reihe von Kriterien zur Ermittlung des günstigsten Angebots, und gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die ausgewählten Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen.

2. a)

aa)

Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Y. AG unterscheiden sich um Fr. 195.45 (Ausführung Kupfer) bzw. Fr. 130.90 (Ausführung Titan/Zink), oder um 2 % bzw. 1,3 %. Der Gemeinderat hat die Spenglerarbeiten "aufgrund der geringfügigen Preisdifferenz der ortsansässigen Y. AG, X.", also der zweitgünstigsten Anbieterin, vergeben. Die Beschwerdeführerin rügt, der Auftrag sei nicht den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Zuschlagskriterien entsprechend vergeben worden.

bb)

Die Zuschlagskriterien gemäss Ziffer 2.3 der Ausschreibungsbedingungen lauten: Qualität, Termin, Preis, Erfahrung/Referenzobjekte, Fachkompetenz des Anbieters und Projektteams, Umweltverträglichkeit, Erfüllungsgarantie, Garantieleistungen. Der Gemeinderat führt in der Vernehmlassung aus, er erachte die beiden in Frage stehenden Unternehmen in bezug auf die Kriterien Qualität, Termintreue, Erfahrung, Kompetenz und allfällige Garantieleistungen als ebenbürtig; eine Erfüllungsgarantie werde bei Aufträgen unter Fr. 50'000.-- nicht verlangt. Hingegen weise die ortsansässige Y. AG bezüglich des Kriteriums Umweltverträglichkeit Vorteile auf, da ihre Werkstatt nur zwei Kilometer von der Baustelle entfernt liege, diejenige der Beschwerdeführerin rund sieben Kilometer. Die Nähe wirke sich auch für allfällig später folgende Reparatur- und Unterhaltsarbeiten günstiger aus. Demgegenüber falle bezüglich des Kriteriums Preis ein Unterschied von Fr. 195.25 bzw. 130.60 nicht ins Gewicht. Bei einem Auftragsvolumen von Fr. 10'000.-- seien Preisdifferenzen in dieser Grössenordnung - unabhängig, ob es sich um ortsansässige oder auswärtige Offerenten handle - kein gewichtiger Vorteil.

c)

aa)

Die frühere Regelung in § 31 Abs. 2 Ziff. 2 SubVO sah bei "annähernd gleichen Angeboten" die Möglichkeit zur Bevorzugung des einheimischen Bewerbers ausdrücklich vor (vgl. dazu auch Kreisschreiben des Regierungsrates vom 29. Juli 1987 zu § 31 Abs. 2 SubVO). Die Beschwerdepraxis des Regierungsrats hatte zur Bestimmung von annähernd gleichen Angeboten eine Faustregel entwickelt [... Verweis auf die Praxis ...].

bb)

Eine derartige Begünstigung lokaler Anbieter hält vor dem in Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM enthaltenen Gebot der Gleichbehandlung auswärtiger und einheimischer Anbieter nicht mehr stand. Das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung sind absolut. Eine Besserstellung einheimischer Anbieter ist nicht mehr möglich, selbst wenn damit an sich legitime Ziele der Regionalpolitik oder Beschäftigungspolitik angestrebt sind. Prozentklauseln und andere Privilegierungen sind mit dem Binnenmarktgesetz nicht vereinbar. Ungleichbehandlungen – sei es durch Privilegierungen einheimischer Anbieter oder durch die Schlechterstellung auswärtiger Anbieter in verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht – können nicht mehr gerechtfertigt werden (vgl. Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 57; vgl. auch Peter Gauch, in: Baurecht 1997, S. 50 und 51).

cc)

Das Submissionsdekret statuiert in § 1 Abs. 1 ebenfalls den Grundsatz der Gleichbehandlung, der in allen Phasen des Vergabeverfahrens gilt, und untersagt den Vergabestellen jede Diskriminierung der Anbietenden. Die Ortsansässigkeit ist für sich allein betrachtet kein Vergabekriterium mehr (e contrario § 18 SubmD). Das Submissionsdekret verbietet aber nicht jede Bevorzugung des einheimischen Gewerbes; ein gewisser "Heimatschutz" zugunsten ortsansässiger Unternehmen ist nach wie vor möglich. Die Bevorzugung muss jedoch sachlich gerechtfertigt sein und darf nicht auf unsachlichen Kriterien beruhen. So sieht § 18 SubmD eine Reihe von qualitativen Zuschlagskriterien vor, die sich - bei entsprechender Gewichtung - durchaus zugunsten einheimischer Anbieter auswirken können, wie z. B. Betriebs- und Unterhaltskosten, Kundendienst, Garantie- und Unterhaltsleistungen (Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 26. November 1996, S. 608 [Votum Küng], 611 [Votum Pfisterer], 620 [Votum Küng]). Auch das in § 3 SubmD statuierte Ortsprinzip, wonach in bezug auf Arbeits- und Umweltschutzbedingungen grundsätzlich die am Ort der Leistung massgeblichen Bestimmungen einzuhalten sind, bewirkt einen qualitativen "Heimatschutz" (vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 16. August 1996, S. 5, 10 [Voten Pfisterer]), der sich allerdings vor allem im interkantonalen und internationalen und weniger im lokalen Bereich auswirkt. Eine grundsätzlich zulässige Möglichkeit zur Bevorzugung einheimischer Bewerber besteht sodann auch im Rahmen des freihändigen Verfahrens (§§ 7 Abs. 3 und 8

Abs. 2 SubmD) sowie beim Einladungsverfahren (§ 8 Abs. 3 SubmD). Ob die Praxis einer Vergabestelle, konsequent nur ortsansässige Anbieter zur Offertstellung einzuladen, im Beschwerdefall vor dem Binnenmarktgesetz standhält, erscheint allerdings fraglich.

d)

Die in der Verfügung vom 30. Juli 1997 enthaltene Begründung - Vergabe aufgrund der geringfügigen Preisdifferenz an das ortsansässige Unternehmen - ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen klarerweise rechtswidrig. Die Ortsansässigkeit darf nach geltendem Recht, sowohl nach Binnenmarktgesetz als auch nach Submissionsdekret, kein Vergabekriterium mehr sein. Eine Vergabe darf nicht damit begründet werden. In den Ausschreibungsunterlagen wurde die Ortsansässigkeit denn auch richtigerweise nicht als Vergabekriterium angeführt. Vorliegendenfalls ist das Angebot der Beschwerdeführerin das preislich günstigste; in bezug auf die Ausschreibungskriterien Qualität, Termin, Erfahrung, Kompetenz und Garantieleistungen ist es gemäss der Bewertung des Gemeinderats demjenigen der Y. AG ebenbürtig. Das Vergabekriterium Preis steht nach Qualität und Termin an dritter Stelle der Reihenfolge; ihm kommt also im Rahmen der Bewertung erhebliches Gewicht zu.

In ihrer Vernehmlassung begründet die Gemeinde die Vergabe an das ortsansässige Unternehmen mit dem Kriterium Umweltverträglichkeit; die Y. AG habe einen um 5 km kürzeren Anfahrtsweg. Die umweltschonende Ausführung des Auftrags kann nun in der Tat ein sachliches Kriterium sein, das die Bevorzugung eines einheimischen Anbieters erlaubt (vgl. Erw. c/bb hievor). Um zu verhindern, dass das Argument umweltschonender Ausführung nur vorgeschoben wird, um einen Ortsansässigen zu begünstigen, müssen die ökologischen Vorteile allerdings klar ersichtlich sein. Dies ist z. B. dort der Fall, wo mit Lastwagen grössere Materialmengen (Aushub, Baumaterial etc.) transportiert werden müssen (vgl. den Entscheid des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 7. Februar 1997, in: Baurecht 1997, S. 51). Vorliegendenfalls betragen die Anfahrtswege zwischen Werkstatt und Baustelle rund zwei (Y. AG) bzw. sieben Kilometer (nach Angaben der Beschwerdeführerin sind es sogar nur fünf Kilometer [Stellungnahme vom 19. August 1997]); umfangreiche Materialtransporte sind im Zusammenhang mit den Spenglerarbeiten nicht zu erwarten. Die allenfalls durch die unwesentlich kürzeren Anfahrtswege bewirkten ökologischen Vorteile erscheinen deshalb, wenn überhaupt vorhanden, unbedeutend; die beiden Unternehmen sind somit auch bezüglich des Kriteriums Umweltverträglichkeit, dem im übrigen in den Ausschreibungsunterlagen, an sechster Stelle stehend, ein wesentlich geringerer Stellenwert als dem Preis zugemessen wird, durchaus gleichwertig. Ebenfalls keine spürbaren und ins Gewicht fallenden Auswirkungen kann der geringe Distanzunterschied bei den Anfahrtswegen auf spätere Unterhalts- und Reparaturkosten haben. Die Vergabe an das ortsansässige Unternehmen stützt sich deshalb nicht auf zureichende sachliche Kriterien, die eine solche Bevorzugung rechtfertigen könnten. Als Vergabekriterium kann somit nur noch der günstigere Preis eine Rolle spielen. Der Zuschlag hätte daher aufgrund des Ergebnisses der vom Gemeinderat vorgenommenen Bewertung an die Beschwerdeführerin als die preislich günstigste und in bezug auf die übrigen Vergabekriterien mit der Zuschlagsempfängerin gleichwertige Anbieterin erfolgen müssen. Zwar trifft es zu, dass der Vergabebehörde bei der Bewertung der Zuschlagskriterien ein erheblicher, nicht überprüfbarer Ermessensspielraum zukommt und die Preisdifferenz mit 2 bzw. 1,3 % nur gering ist. Aber dieser ihr zustehende Ermessensspielraum gestattet es der Vergabebehörde nicht, vom klaren Ergebnis der vorgenommenen Kriterienbewertung abzuweichen und die Zuschlagserteilung schliesslich doch auf ein unzulässiges Vergabekriterium abzustützen.

3.

Zusammenfassend ergibt sich demgemäss, dass die Beschwerde gutzuheissen und der Zuschlag an die Y. AG aufzuheben ist. Die Beschwerdesache ist gestützt auf § 27 Abs. 1 SubmD an den Gemeinderat X. zurückzuweisen.