

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.264/2004 /ast

Urteil vom 9. Februar 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X. _____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Fritz Frey,

gegen

Zweckverband für Abfallverwertung im Bezirk Y. _____, Beschwerdegegner, vertreten durch
Rechtsanwalt Rolf Weber, Stünzi & Weber,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer, Postfach 1226, 8021 Zürich,
Z. _____ AG.

Gegenstand
Art. 9, 29, 49 Abs. 1 BV (Submission),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September
2004.

Sachverhalt:

A.

Der Zweckverband für Abfallverwertung im Bezirk Y. _____ eröffnete mit Ausschreibung vom 28.
November 2003 ein Vergabeverfahren für die Entsorgung von Rauchgasreinigungsrückständen der
Kehrichtverbrennungsanlage Y. _____. Gemäss den abgegebenen Ausschreibungsunterlagen
werden in dieser Kehrichtverbrennungsanlage pro Jahr rund 60'000 Tonnen Abfall verbrannt. Aus dem
Verbrennungs- und Rauchgasreinigungsprozess fallen im selben Zeitraum ca. 1'800 Tonnen
Rauchgasreinigungsrückstände zur Entsorgung an. Diese teilen sich in 1'500 Tonnen Flugasche und
300 Tonnen Rückstände aus der Abwasserbehandlung (Schlamm) auf.

Der ausgeschriebene Auftrag umfasste sowohl den Abtransport der Flugasche bzw. des Schlammes
als auch die "Behandlung und/oder Deponierung" der betreffenden Rauchgasreinigungsrückstände;
dies für die Dauer von zwei Jahren.

Innert Frist gingen fünf Offerten ein, darunter diejenigen der X. _____ AG, und der Z. _____ AG,
zum exakt gleichen Preis von Fr. 1'065'000.--. Diese Angebote erwiesen sich auch als die beiden
günstigsten. Sie unterschieden sich aber in der Art und Weise, wie der Entsorgungsauftrag erfüllt
werden sollte: Die X. _____ AG beabsichtigte, die Rückstände in einem Zement-Wasser-Gemisch
zu binden und sie anschliessend auf die Deponie Tännlimoos (Baar [ZG]) zu bringen, wo sie
endgelagert werden sollten. Die Z. _____ AG sah demgegenüber vor, die Rückstände in grosse
Pakete ("Big Bags") abzufüllen und diese danach der Endlagerung in der Untertagdeponie Herfa-
Neurode (Teil eines Kali-Salz-Bergwerks in Deutschland) zuzuführen.

Am 26. Februar 2004 beschloss die Betriebskommission des Zweckverbands, den Auftrag an die
Z. _____ AG zu vergeben. Diesen Entscheid eröffnete sie den Beteiligten am 27. Februar 2004.

B.

Eine gegen diesen Vergebungsentscheid gerichtete Beschwerde der X. _____ AG wies das
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 10. September 2004 ab. Es stellte im
Wesentlichen fest, zwischen zwei gleichwertigen Angeboten könne die Vergabestelle nach ihrem
Ermessen wählen. Daraufhin prüfte es, ob die Vergabestelle im vorliegenden Fall ihr Ermessen

pflichtgemäss ausgeübt habe, und bejahte dies. In diesem Zusammenhang ging das Verwaltungsgericht der Frage nach, ob der den Auftrag vergebende Zweckverband gegen den Grundsatz der Inlandentsorgung im Sinne von Art. 30 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG], SR 814.01) verstossen habe. Es kam zum Schluss, der Ermessensentscheid der Vergabestelle sei auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden (E. 7.1 - 7.8 des Urteils vom 10. September 2004).

C.

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2004 führt die X. _____ AG "Verwaltungsgerichtliche und Staatsrechtliche Beschwerde" beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September 2004 aufzuheben und den Zweckverband für Abfallverwertung im Bezirk Y. _____ anzuweisen, den Zuschlag an sie zu erteilen; eventuell sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und Fällung eines neuen Entscheides an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin rügt "in erster Linie die unrichtige Anwendung von Bundesrecht" bzw. "dessen Vereitelung", weshalb es nahe liege, die vorliegende Beschwerde als Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu behandeln (S. 3 der Beschwerdeschrift). Die Vergabe des Entsorgungsauftrages an die Z. _____ AG bzw. dessen richterliche Bestätigung ohne Berücksichtigung des bundesrechtlichen Grundsatzes der Inlandentsorgung verletze den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) und sei willkürlich (Art. 9 BV). Im Weiteren habe das Verwaltungsgericht den Beweisführungsanspruch der Beschwerdeführerin ignoriert und deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) verletzt.

Die Z. _____ AG hat sich zur Beschwerde nicht vernehmen lassen. Der Zweckverband Abfallverwertung im Bezirk Y. _____ beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stellt denselben Antrag.

D.

Mit Verfügung vom 9. November 2004 hat der Abteilungspräsident der vorliegenden Beschwerde - antragsgemäss - aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und inwieweit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden kann (BGE 128 I 177 E. 1 S. 179; 128 II 13 E. 1a S. 16, je mit Hinweisen). Entsprechend der subsidiären Natur der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 Abs. 2 OG) ist zunächst zu prüfen, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen steht.

1.2 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder hätten stützen sollen (Art. 5 VwVG in Verbindung mit Art. 97 OG), sofern diese von einer in Art. 98 OG genannten Vorinstanz erlassen worden sind und keiner der in Art. 99 ff. OG oder in der Spezialgesetzgebung vorgesehenen Ausschlussgründe greift. Sodann unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemischt-rechtliche Verfügungen bzw. (auch) auf unselbständiges kantonales Ausführungsrecht zum Bundesrecht gestützte Anordnungen sowie auf übrigen kantonalen Recht beruhende Anordnungen, die einen hinreichend engen Sachzusammenhang mit der im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beurteilenden Frage des Bundesverwaltungsrechts aufweisen. Soweit dem angefochtenen Entscheid selbständiges kantonales Recht ohne den genannten Sachzusammenhang zum Bundesrecht zugrunde liegt, steht die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung (BGE 128 I 46 E. 1b/aa S. 49; 123 II 359 E. 1a/aa S. 361, je mit Hinweisen).

1.3 Die Beschwerdeführerin will ihre Eingabe als Verwaltungsgerichtsbeschwerde behandelt wissen, soweit die unrichtige Anwendung des Umweltschutzrechts des Bundes bzw. dessen Vereitelung beanstandet wird. Sie übersieht mit ihrer diesbezüglichen Argumentation jedoch, dass das Anfechtungsverfahren gegen den Vergabeentscheid nicht die Funktion eines Bewilligungsverfahrens für das auszuführende Projekt übernehmen kann. Wenn für ein bestimmtes Vorhaben der Zuschlag erteilt wird, steht dies unter der Voraussetzung, dass dieses Vorhaben in der gewählten Form rechtlich durchführbar ist bzw. über die erforderlichen Bewilligungen verfügt. Dass das Verwaltungsgericht in den Erwägungen seines Urteils (vorfrageweise) auch die bundesrechtlichen Normen des Umweltschutzes (über die Abfallentsorgung) berücksichtigt hat, ändert nichts daran, dass sich der angefochtene Entscheid auf kantonales Submissionsrecht stützt und dementsprechend nur mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann. Die Eingabe ist als solche entgegenzunehmen und es ist - unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung - auch darauf einzutreten; die Beschwerdeführerin ist als übergangene Bewerberin im Vergabeverfahren zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimiert (BGE

125 II 86 E. 5b S. 97 f.).

1.4 Die staatsrechtliche Beschwerde ist, von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, rein kassatorischer Natur (BGE 129 I 173 E. 1.5 S. 176 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeführerin mehr verlangt als die Aufhebung des angefochtenen Urteils (nämlich die Erteilung bestimmter Anweisungen an die kantonale Behörde [Ziff. 2 der Rechtsbegehren] oder eine explizite Rückweisung an das Verwaltungsgericht [Ziff. 3]), ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten.

2.

2.1 Bei öffentlichen Beschaffungen steht der Submissionsbehörde ein grosser Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht auferlegt sich bei der materiellen Überprüfung von Vergebungsentscheiden eine entsprechende Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Schranken des Bundes(verfassungs)rechts bzw. des Staatsvertrags- oder Konkordatsrechts missachtet werden (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.).

2.2 Vorliegend werden in den Ausschreibungsunterlagen zwei Zuschlagskriterien genannt: Der Preis (Gewichtung 95%, maximale Punktzahl 95) und die Verwertung (Gewichtung: 5%, d.h. eine "vom BUWAL schriftlich als solche anerkannte und mit Massenbilanzen belegte Verwertung" sollte 5 Punkte erhalten). Eine Verwertung im Sinne dieser Umschreibung wurde einzig von einer Anbieterin offeriert, deren Angebot wegen des hohen Preises zum Vornherein ausser Betracht fiel. Alle anderen Anbieter offerierten lediglich eine Endlagerung und erhielten daher bei diesem Kriterium 0 Punkte. Da sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Z. _____ AG beim Zuschlagskriterium "Verwertung" keine Punkte erhalten hatten und beide den genau gleichen Gesamtpreis offerierten, waren die beiden Angebote aufgrund der festgelegten Zuschlagskriterien an sich gleichwertig. Die Frage der Kompatibilität mit dem Umweltschutzrecht war alsdann im Rahmen des zu treffenden Ermessensentscheides mitzuwärdigen. Für die Rüge der Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts besteht nach dem Gesagten kein Raum: Das Verwaltungsgericht hatte nicht verbindlich darüber zu befinden, ob die vom ausgewählten Anbieter vorgesehene Art der Beseitigung der Rauchgasreinigungsrückstände bundesrechtskonform ist, sondern nur darüber, ob der Zuschlagsentscheid in Berücksichtigung der diesbezüglichen Rechtslage als vertretbar, d.h. noch im Rahmen des Ermessens liegend, erscheint. Dies durfte es zulässigerweise bejahen: Der Grundsatz der Inlandentsorgung von Abfällen gilt nicht absolut (vgl. Art. 30 Abs. 3 USG), und es erscheint deshalb vertretbar, auch Modelle, die den Export der Rauchgasreinigungsrückstände vorsehen, zur Submission zuzulassen (vgl. dazu Ziff. 8 der Ausschreibungsunterlagen). Die Vergabebehörde hat sich vorliegend im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens weder von unsachlichen Erwägungen leiten lassen noch hat sie allgemeine Rechtsprinzipien (wie etwa das Willkürverbot oder das Verbot rechtsungleicher Behandlung) verletzt (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 554 S. 167). Aus den im angefochtenen Urteil dargelegten Gründen erscheint ihr Entscheid, ein Entsorgungsmodell mit Endlagerung der Rauchgasreinigungsrückstände in Deutschland einem solchen mit einer Endlagerung der Rückstände in der Schweiz vorzuziehen, nicht unhaltbar. Das Verwaltungsgericht war auch nicht verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung der streitigen Vergabe zusätzliche Beweise zu erheben bzw. die von der Beschwerdeführerin beantragte Expertise anzuordnen (vgl. zu den Voraussetzungen einer zulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung BGE 122 II 464 E. 4a S. 469); eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt nicht vor.

2.3 Ziff. 8 der Ausschreibungsunterlagen bestimmt, dass - falls ein Verfahren, das den Export der Rauchgasreinigungsrückstände vorsieht, den Zuschlag erhält - die notwendigen Bewilligungen spätestens im Zeitpunkt der beidseitigen Unterzeichnung des Entsorgungsvertrages vorliegen müssen. Das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft hat am 11. Mai 2004 die Bewilligung für den Export der Rückstände zum Zweck der Deponierung in der Untertage-Deponie Herfa Neurode (Deutschland) erteilt. Diese rechtskräftige Bewilligung des Bundesamtes (gültig bis zum 9. Mai 2005), auf welche sich die kantonalen Behörden stützen durften, widerlegt die in der Beschwerdeschrift geäusserten Zweifel an der Rechtmässigkeit des vorgesehenen Exportes der Rauchgasreinigungsrückstände vollends.

3.

Dies führt zur Abweisung der staatsrechtlichen Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG).

Die mit dem Auftrag betraute Unternehmung (die Z. _____ AG) hat sich nicht vernehmen lassen. Sie hat deshalb keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Hingegen hat der Zweckverband für Abfallverwertung im Bezirk Y. _____ durch einen Anwalt eine Beschwerdeantwort eingereicht. Mangels eines eigenen Rechtsdienstes war diese Korporation auf den Beizug eines Rechtsanwaltes angewiesen, weshalb die Beschwerdeführerin sie für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen

zu entschädigen hat (Art. 159 Abs. 2 OG analog, vgl. BGE 125 I 182 E. 7 S. 202 mit Hinweisen).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerdeeingabe wird als staatsrechtliche Beschwerde entgegengenommen und abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Zweckverband für Abfallverwertung im Bezirk Y. _____ für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (1. Abteilung, 1. Kammer) sowie der Z. _____ AG schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Februar 2005

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: