



**Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und
Verwaltungsrecht**

vom 21. Januar 2015 (810 14 311)

Submission

Verspätete Einwände gegen die Ausschreibung

Besetzung

Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Niklaus
Ruckstuhl, Markus Clausen, Christian Haidlauf, Jgnaz Jermann,
Gerichtsschreiber Stefan Suter

Parteien

A._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Michael Kunz,
Advokat

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

Beigeladene

C._____ AG, vertreten durch Urs Markus Lischer, Rechtsanwalt und
Notar

Betreff

Arbeitsvergabe Verwertung von Papier und Karton (Los 4)
(Verfügung der Gemeinde B._____ vom 29. September 2014)

A. Die Einwohnergemeinde B.____ schrieb im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Juli 2014 den Auftrag für die Sammlung, Transport und Verwertung von Wertstoffen in der Gemeinde ab dem 1. Januar 2015 für die Dauer von vier Jahren (mit Option auf Verlängerung um zwei Jahre) im offenen Verfahren aus. Der Auftrag war in fünf Lose unterteilt, wobei das Los 3 die Sammlung und den Transport von Papier und Karton auf den Sammelplatz umfasste, währenddem das Los 4 deren Verwertung ab dem Sammelplatz beinhaltete. Mit Verfügungen vom 29. September 2014 erteilte die Gemeinde der A.____ AG den Zuschlag für das Los 3, das Los 4 wurde der C.____ AG zugeschlagen.

B. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 hat die A.____ AG, vertreten durch Michael Kunz, Advokat, gegen den Zuschlagsentscheid für das Los 4 beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde erhoben. Sie stellt das Begehren, der Zuschlag vom 29. September 2014 für das Los 4 sei aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Dies habe unter o/e-Kostenfolge zu geschehen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Aufteilung des Auftrags in je separate Lose für das Sammeln und für die Verwertung von Papier und Karton sei unzulässig, denn bei diesen Dienstleistungen handle es sich um ein unteilbares Gesamtpaket.

C. Mit präsidialer Verfügung vom 15. Oktober 2014 erteilte das Kantonsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung. Nach dem diesbezüglichen Schriftwechsel, in dem sowohl die Einwohnergemeinde B.____ als auch die beigeladene Zuschlagsempfängerin die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragten, wies das Kantonsgericht den Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 9. Dezember 2014 ab und entzog der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung.

D. In ihrer Vernehmlassung zur Hauptsache vom 14. November 2014 beantragt die Einwohnergemeinde B.____ die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter o/e-Kostenfolge. Sie weist insbesondere darauf hin, dass im Publikationstext der Ausschreibung explizit festgehalten worden sei, dass die Lose einzeln vergeben würden.

E. Die beigeladene C.____ AG, vertreten durch Urs Markus Lischer, Rechtsanwalt, stellt in der Stellungnahme zur Hauptsache vom 18. November 2014 den Antrag, die Beschwerde sei kostenpflichtig abzuweisen. Zusammenfassend führt sie zur Begründung aus, die Ausschreibung sei ausdrücklich in separaten Losen erfolgt, auch in den Ausschreibungsunterlagen sei mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die Lose einzeln vergeben werden könnten. Allfällige Beanstandungen hätten mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung angebracht werden müssen, worauf die Beschwerdeführerin allerdings verzichtet habe. Mit der Einreichung ihrer Angebote zu den Losen 3 und 4 habe sie die bekanntgegebenen Modalitäten der Losbildung akzeptiert. Darauf sei sie zu behaften.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g**:

1. Gemäss § 30 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 lit. f BeG kann gegen eine Zuschlagsverfügung innerhalb von 10 Tagen Beschwerde beim Kantonsgericht erhoben werden. Soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, richtet sich das Verfahren nach dem Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 (§ 30 Abs. 5 BeG). Das Gericht wendet dabei das Recht von Amtes wegen an. Es prüft insbesondere, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (§ 16 Abs. 2 VPO).

2. Eine der Sachentscheidungsvoraussetzungen ist das Vorbringen zulässiger Beschwerdegründe (RENE RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 1112).

2.1 In der Beschwerde vom 13. Oktober 2014 rügt die Beschwerdeführerin einzig, dass die separate Ausschreibung für das Sammeln und Transportieren von Papier und Karton in Los 3 und deren Verwertung in Los 4 wettbewerbsverzerrend sei. Bei den in den Losen 3 und 4 vergebenen öffentlichen Aufträgen handle es sich um ein Gesamtpaket, das unzulässigerweise aufgeteilt worden sei. Ihr Angebot für das Los 3 (für welches sie den Zuschlag erhielt) gelte nur unter der Voraussetzung, dass sie auch den Zuschlag für das Los 4 erhalte.

2.2 Allfällige Einwände gegen die in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Anordnungen sind grundsätzlich ohne Verzug mittels Beschwerde gegen die Ausschreibung (vgl. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. März 2001) zu erheben, sonst droht der Rechtsverlust. Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit die Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (BGE 129 I 313 E. 6.2; BGE 125 I 203 E. 3; Urteil des BGer 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009 E. 4.2; Entscheid des BVGer B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 5.1; Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 14. Januar 2009 [810 08 284] E. 6.2 ff.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1258). Dies gilt unter anderem für Anordnungen betreffend Losbildung (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. November 2001, BRK 2001-011, VPB 66.38, E. 3.d.cc).

Aus der vorliegend im Amtsblatt vom 17. Juli 2014 publizierten Ausschreibung geht die von der Beschwerdeführerin kritisierte Losbildung hervor, sie enthielt auch den Hinweis, dass die Lose einzeln vergeben werden könnten. Die Ausschreibung war zudem mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Bedeutung und Tragweite der angeordneten Losbildung war somit bereits ohne Weiteres aus der Ausschreibung erkennbar. Das Gebot der unmittelbaren Anfechtung verlangt, dass die Beschwerdeführerin ihre vorliegend gegen den Zuschlagsentscheid vorgetra-

genen Rügen bereits gegen die Ausschreibung hätte vorbringen müssen. Eine nachträgliche Beanstandung ist nach der dargelegten Rechtsprechung ausgeschlossen.

2.3 Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich nicht nur aufgrund von Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB, sondern auch aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich auch die Anbietenden zu verhalten haben. Aus diesem Grundsatz ergibt sich die Obliegenheit, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Wer einen Mangel in der Ausschreibung erkennt und dies der Vergabebehörde gleichwohl nicht meldet, kann sich später nicht mehr darauf berufen und verwirkt sein Beschwerderecht (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; Urteil des VGer ZH vom 3. April 2014 [VB.2013.00758] E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 667 f.; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBI 2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit ist anzunehmen, wenn ein Anbieter den (behaupteterweise) offensichtlichen Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (BGE 130 I 241 E. 4.3).

Wie bereits ausgeführt, war die Bedeutung und Tragweite der angeordneten Losbildung bereits ohne Weiteres aus der publizierten Ausschreibung erkennbar, weshalb die Beschwerdeführerin den von ihr vorgebrachten angeblichen Mangel erkannt haben musste. In der Ausschreibung wurde zudem explizit auf die Möglichkeit hingewiesen, Fragen zu stellen und eine entsprechende Kontaktperson genannt. Die Beschwerdeführerin liess diese Gelegenheit zur Mitteilung ihrer Bedenken ungenutzt verstreichen und reichte Offerten für die Lose 3 und 4 ein, ohne auf die aus ihrer Sicht unzulässige Losbildung hinzuweisen oder klarzustellen, dass ihre Offerten unter dem Vorbehalt standen, dass sie den Zuschlag für beide Lose erhalte. Unter diesen Umständen kann sich die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren gegen den Zuschlagsentscheid nicht auf die behauptete Rechtswidrigkeit der Losbildung berufen. Wenn die Beschwerdeführerin der Auffassung war, der von ihr behauptete Mangel stehe einem regelkonformen Vergabeverfahren von vornherein im Weg, so wäre sie nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, den entsprechenden Einwand frühzeitig zu erheben, um ein unnötiges Verfahren zu vermeiden.

3. Nach dem Gesagten ist die einzige von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rüge der rechtswidrigen Losbildung verspätet und damit unzulässig. Da die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeeingabe keine anderen Rügen erhebt, fehlt es an einem zulässigen Beschwerdegrund, weshalb auf ihre Beschwerde gesamthaft nicht eingetreten werden kann.

4.1 Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel in angemessenem Ausmass der ganz oder teilweise unterliegenden Partei auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Angesichts des Ausgangs des Verfahrens sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- zu verrechnen. Der zuviel bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- ist ihr zurückzuerstatten.

4.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden (§ 21 Abs. 1 VPO). Gemäss dem Ausgang des Verfahrens ist der beigeladenen Zuschlagsempfängerin antragsgemäss eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin zuzusprechen. Der vom Rechtsvertreter der Beigeladenen in seiner Honorarnote geltend gemachte Aufwand von 19.25 Stunden sowie die Auslagen in der Höhe von insgesamt Fr. 43.-- sind nicht zu beanstanden. Allerdings erscheint der Stundenansatz von Fr. 280.-- der Schwierigkeit und Bedeutung der Sache nicht angemessen, weshalb das Honorar auf Fr. 250.-- pro Stunde festzusetzen ist. Demzufolge hat die Beschwerdeführerin der Beigeladenen eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von total Fr. 5'243.95 (inkl. Auslagen und 8% MWST) auszurichten. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'400.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- verrechnet. Der zuviel bezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Beschwerdeführerin hat der Beigeladenen eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'243.95 (inkl. Auslagen und 8% MWST) zu bezahlen. Im Übrigen werden die Parteikosten wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber