



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

vom 17. September 2014 (810 14 179)

Submission

Wahrung der Eingabefrist

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Christian
Haidlauf, Beat Walther, Niklaus Ruckstuhl, Jgnaz Jermann,
Gerichtsschreiber Stefan Suter

Parteien **A._____ AG**, Beschwerdeführerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin

Beigeladene **C._____ AG**

D._____ AG

E._____ SA

Betreff Submission Entsorgungen 2014
(Verfügung der Gemeinde B._____ vom 24. Juni 2014)

A. Im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 24. April 2014 schrieb die Einwohnergemeinde B.____ die Abfallentsorgung der Gemeinde für eine Dauer von drei resp. fünf Jahren ab dem 1. Januar 2015 im offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung umfasste insgesamt sechs Teilleistungen, die separat zu offerieren waren:

- Teilleistung 1: Einsammeln und Transportieren von Kehricht (inklusive Kleinsperrgut und Anteil Gewerbekehricht)
- Teilleistung 2: Einsammeln, Transportieren und Verwerten von Altpapier und Karton gemischt
- Teilleistung 3: Einsammeln, Transportieren und Verwerten von biogenen Abfällen aus Haushaltungen
- Teilleistung 4: Transportieren und Verwerten von Grünabfällen aus öffentlichen Anlagen und dem Häckseldienst
- Teilleistung 5: Einsammeln und Transportieren von Altglas
- Teilleistung 6: Einsammeln, Transportieren und Verwerten von Weissblech und Aluminium

Einziges Zuschlagskriterium bildete der bereinigte Angebotspreis pro Tonne. Gemäss dem Ausschreibungstext waren die Angebote bis Donnerstag, 5. Juni 2014, 11.00 Uhr bei der Gemeinde einzureichen.

B. Am 5. Juni 2014 fand um 11.00 Uhr die öffentliche Offertöffnung statt. Aus den Offertöffnungsprotokollen geht hervor, dass die A.____ AG für die Teilleistungen 1, 2, 5 und 6 ein Angebot eingereicht hatte. Bezüglich der Teilleistungen 1 und 2 offerierte sie unter den vier bewerteten Anbietern den höchsten Preis. Betreffend die Teilleistungen 5 und 6 wurden je drei Angebote ausgewertet, wobei dasjenige der A.____ AG jeweils den tiefsten bereinigten Angebotspreis aufwies (Teilleistung 5: Fr. 50.54, Teilleistung 6: Fr. 141.57). Die Offertöffnungsprotokolle wurden den Anbietern gleichentags per E-Mail übermittelt.

C. Mit Verfügung vom 24. Juni 2014 erteilte die Einwohnergemeinde B.____ den Zuschlag für die sechs Teilleistungen. Die C.____ AG erhielt den Zuschlag für die Teilleistungen 1, 2 und 3, währenddem der Zuschlag für die Teilleistung 4 der D.____ AG erteilt wurde. Der Zuschlag für die Teilleistungen 5 und 6 ging an die E.____ SA zum Preis von Fr. 48.11 (Teilleistung 5) resp. Fr. 42.12 (Teilleistung 6). Zur Begründung wurde ausgeführt, es seien alle eingegangenen Angebote einheitlich bewertet und jeweils das beste Preis-Leistungs-Verhältnis berücksichtigt worden. Der Gemeindeverwaltung sei allerdings bei der internen Postzustellung ein Fehler unterlaufen. Das von der E.____ SA bei der Verwaltung abgegebene verschlossene Couvert sei erst am Tag nach der Offertöffnung dem zuständigen Sachbearbeiter zugestellt worden. Es sei daraufhin beschlossen worden, die Offerte nachträglich zu öffnen und das Offertöffnungsprotokoll entsprechend zu ergänzen. Diese Änderung hatte dazu geführt, dass das Angebot der E.____ SA, die alle sechs ausgeschriebenen Teilleistungen offeriert hatte, den tiefsten bereinigten Angebotspreis für die Teilleistungen 5 und 6 aufgewiesen hatte.

D. Mit Eingabe vom 30. Juni 2014 hat die A.____ AG gegen den Zuschlagsentscheid der Gemeinde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), Beschwerde erhoben. Sie beantragt sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei in Bezug auf die Teilleistungen 5 und 6 aufzuheben und es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Sie führt zur Begründung aus, es sei nicht erwiesen, dass die Submissionsunterlagen der E.____ SA fristgerecht eingereicht worden seien. Deren nachträgliche Öffnung durch die Einwohnergemeinde B.____ sei deshalb unzulässig gewesen.

E. Die Einwohnergemeinde B.____ stellt in ihrer Vernehmlassung vom 10. Juli 2014 keinen Antrag in der Sache. Sie führt aus, das Couvert der E.____ SA sei in den Gemeindebriefkasten geworfen worden. Es sei mit dem handschriftlichen Vermerk "Eingeworfen am 05.06.14 um 9.50 Uhr [Unterschrift] E.____" versehen gewesen. Vonseiten der Gemeinde könne kein Beweis erbracht werden, dass die Offerte nicht zum angegebenen Zeitpunkt eingeworfen worden sei, weshalb die Offerte als fristgerecht eingegangen betrachtet worden sei.

F. Die C.____ AG verzichtet in ihrer Vernehmlassung vom 17. Juli 2014 sinngemäss auf die Möglichkeit zur Stellungnahme, da sie vom vorliegenden Verfahren nicht betroffen sei.

G. Die D.____ AG und die E.____ SA haben stillschweigend auf eine Vernehmlassung verzichtet. Letztere hat nicht auf die gerichtliche Aufforderung reagiert, allfällige Beweise für die fristgerechte Einreichung ihrer Angebote vorzulegen resp. entsprechende Beweisanträge zu stellen.

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). Danach ist gestützt auf § 47 Abs. 1 lit. a VPO zur Beschwerde befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat. Als Verfügungsadressatin und nicht berücksichtigte Mitbewerberin ist die Beschwerdeführerin nach ständiger Praxis des Kantonsgerichts formell und materiell beschwert, da eine nicht berücksichtigte Anbieterin an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich ein hinreichendes eigenes Interesse hat (vgl. statt vieler: Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 24. April 2013 [810 12 289] E. 1, KGE VV vom 18. März 2009 [810 08 397] E. 1.4; KGE VV vom 19. Oktober 2005 [810 05 229] E. 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1304).

Da die übrigen formellen Erfordernisse wie Fristwahrung und Form eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und lit. b VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit ist dem Kantonsgericht dagegen - abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen - untersagt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO).

3. Im vorliegenden Fall ist streitig und zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Angebote der E.____ SA für die Teilleistungen 5 und 6 in die Offertöffnungsprotokolle aufnehmen und ihr die Zuschläge erteilen durfte oder ob die Anbieterin vom weiteren Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

4.1 Die Vergabestelle hat in der publizierten Ausschreibung Ort und Zeitpunkt der Einreichung der Angebote anzugeben (§ 21 Abs. 2 lit. h BeG) und dies alles in den Ausschreibungsunterlagen zu wiederholen sowie nötigenfalls weiter zu präzisieren (vgl. § 12 Abs. 1 lit. k der Verordnung zum Beschaffungsgesetz [BeV] vom 25. Januar 2000). Gemäss § 23 Abs. 1 BeG sind Angebote schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einzureichen. Sie müssen die in der Ausschreibung genannten Vorgaben einhalten. Unvollständige oder verspätet eingetroffene Angebote werden ausgeschlossen (§ 23 Abs. 2 BeG).

4.2 Den Formvorschriften kommt im Submissionsverfahren - insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien wie des Prinzips der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote stehen - ein hoher Stellenwert zu (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456). Es entspricht deshalb dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten wie auch seitens der Vergabeinstanz bestimmte Formvorschriften eingehalten werden müssen, deren Missachtung zum Ausschluss der betreffenden Offerte führen oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen kann. Nicht jede Unregelmässigkeit vermag aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf (und soll) vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (KGE VV vom 4. Juni 2014 [810 14 27] E. 4.2; Urteil des BGer 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.3; Urteil des BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4).

4.3 Bei der Frist für die Einreichung der Offerten handelt es sich um ein zentrales formelles Erfordernis, dessen Nichteinhaltung als schwerer Formfehler zwingend und ausweglos zum Ausschluss führt (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 507 ff.; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Ösch/Rolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht, Band 2, 3. Aufl., Zürich 2011, Rz. 7 zu Art. 19 BöB; Urteil des BGer 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010 E. 2.4; Entscheid des VGer ZH vom 24. November 2004 [VB.2004.00331] E. 2.1). Bei der Beurteilung, ob ein bestimmter Anbieter die Eingabefrist gewahrt hat, ge-

niesst die Vergabestelle somit keinen Ermessensspielraum. Ein Ausschluss ist auch dann zwingend, wenn er dazu führt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Zwischenentscheid des BVGer vom 3. März 2009 [B-504/2009] E. 7.2). Selbst nur geringfügig verspätet eingereichte Offerten dürfen in keinem Fall berücksichtigt werden. Auch eine Wiederherstellung der Einreichungsfrist wird grundsätzlich als ausgeschlossen erachtet. Diese höchste Formstrenge liegt im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Transparenz des Verfahrens und stellt nach Lehre und Gerichtspraxis keinen überspitzten Formalismus dar (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1853 ff.; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 223 f.; HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, S. 226 ff.; Entscheid der BRK vom 29. Januar 2003 [BRK 2002-015] E. 2.a; Entscheid des VGer AG vom 1. November 2001, AGVE 2001, S. 353 ff.).

5. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform am 5. Juni 2014, 11.00 Uhr bei der Einwohnergemeinde B._____ eingetroffen waren und damit rechtzeitig eingereicht wurden.

5.1 Wie in jedem Verwaltungsverfahren hat auch im Submissionsverfahren die Behörde resp. Vergabestelle grundsätzlich den erheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (BGE 139 II 489 E. 3.2). Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert. Diese Pflicht trifft die Verfahrensbeteiligten insbesondere dort, wo sie ein Verfahren im eigenen Interesse eingeleitet haben oder wo es um Tatsachen geht, welche diese besser kennt als die Behörde und welche diese ohne Mitwirkung der Betroffenen gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (BGE 134 II 142 [nicht publ.] E. 4.1; BGE 130 II 482 E. 3.2; BGE 124 II 361 E. 2b). Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt dabei den Beweisanforderungen nicht. Die Vergabebehörde als verfügende Instanz und im Beschwerdefall das Gericht dürfen eine Tatsache grundsätzlich nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt sind. Durch die Untersuchungsmaxime wird eine Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig ausgeschlossen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Folge einer allfälligen Beweislosigkeit von einem Verfahrensbeteiligten zu tragen ist. Erweist es sich als unmöglich, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung den Sachverhalt rechtsgenügend zu ermitteln, so greift die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 im öffentlichen Verfahrensrecht analog. Nach diesem Grundsatz trägt jene Partei die Folgen der Beweislosigkeit, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (BGE 138 V 218 E. 6; BGE 117 V 261 E. 3b; Urteil des BGer 8C_283/2013 vom 8. November 2013 E. 5.2; KGE VV vom 22. März 2006 [810 05 227] E. 4 f.; KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, § 7 VRG/ZH, Rz. 157 ff.).

5.2 Vorliegend lässt die Beschwerdegegnerin offen, ob die Offerte gemäss dem Vermerk der Zuschlagsempfängerin auf dem Offertumschlag rechtzeitig am 5. Juni 2014 um

9.50 Uhr oder erst nach 11.00 Uhr desselben Tages (spätestens wohl am Morgen des 6. Juni 2014) und damit verspätet in ihren Gemeindebriefkasten eingeworfen wurde. Sie führt dazu in ihrer Vernehmlassung aus, der tatsächliche Zeitpunkt der Offerteinreichung sei unbekannt und lasse sich nachträglich von ihrer Seite nicht mehr eruieren. Die Zuschlagsempfängerin hat auf dem Couvert den handschriftlichen Vermerk "Eingeworfen am 05.06.14 um 9.50 Uhr [Unterschrift] E.____" angebracht. Diese Notiz vermag für sich allein als blosser Parteibehauptung nicht den Beweis dafür zu erbringen, dass das Couvert tatsächlich zum angegebenen Zeitpunkt in den Gemeindebriefkasten eingeworfen wurde. Die Zuschlagsempfängerin hat es in der Folge trotz gesetzlicher Mitwirkungspflicht und ausdrücklicher gerichtlicher Aufforderung unterlassen, weitere Erklärungen abzugeben, Beweismittel zu benennen oder Beweisabnahmen zu beantragen.

5.3 Ohne die Mitwirkung der Zuschlagsempfängerin kann der Sachverhalt nicht weiter abgeklärt werden. Damit steht fest, dass ihre Behauptung auf dem Offertumschlag, sie habe das Angebot vor dem Eingabetermin bei der Beschwerdegegnerin eingereicht, unbewiesen bleibt. Die Rechtsfolgen dieser Beweislosigkeit ergeben sich aus den allgemeinen Beweislastregeln: Mit der Einreichung des Angebots erklärt der Anbieter, im fraglichen Vergabeverfahren eine Parteistellung begründen und die damit einhergehenden Rechte wahrnehmen zu wollen (vgl. BEYLER, a.a.O. Rz. 1697 ff.). Er nimmt demnach eine Verfahrenshandlung vor und leitet aus dieser Rechte für sich ab. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit einer Verfahrenshandlung trifft grundsätzlich die Partei, welche die betreffende Handlung vorzunehmen hat. Wer ein fristgebundenes Recht ausübt, trägt demnach die Beweislast für die fristgerechte Ausübung. Dem Absender der verfahrensrechtlichen Erklärung obliegt somit der Nachweis, dass er diese innerhalb der laufenden Frist an den Empfänger übergeben hat (BGE 92 I 253 E. 3; Urteil des BGer 5A_201/2014 vom 26. Juni 2014 E. 1.1; Urteil des BVGer A-6718/2007 vom 29. Januar 2008 E. 4.1; KGE VV vom 30. Juli 2014 [810 14 119] E. 4.3). Im Falle der Beweislosigkeit fällt der Entscheid zuungunsten des Absenders aus, seine Verfahrenshandlung hat als verspätet zu gelten. Das Risiko des rechtzeitigen Eintreffens einer Offerte bei der Vergabestelle trägt demnach entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht die Vergabestelle, sondern der einzelne Anbieter (vgl. LANG, a.a.O., S. 228). Dieser hat die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit sein Angebot nachweisbar rechtzeitig ankommt. Nach dem Gesagten oblag es vorliegend der Zuschlagsempfängerin zu beweisen, dass sie das Couvert mit ihren Angeboten für die Teilleistungen 5 und 6 rechtzeitig, d.h. am 5. Juni 2014 vor 11.00 Uhr, in den Gemeindebriefkasten der Beschwerdegegnerin eingelegt hat. Diesen Beweis ist sie schuldig geblieben, weshalb sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Demnach ist davon auszugehen, dass ihre Offerten nicht innert der in der Ausschreibung angegebenen Frist eingereicht wurden. Ihre verspätet eingetroffenen Angebote wären nach § 23 Abs. 2 BeG zwingend vom Verfahren auszuschliessen gewesen und der Zuschlag hätte ihr in beiden Fällen nicht erteilt werden dürfen. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen.

6. Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, so kann das Gericht gemäss § 30 Abs. 4 BeG die Aufhebung des Zuschlags beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder die Sache mit oder ohne verbindliche

Anweisungen an die Auftraggeberin zurückweisen. Aus der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin geht hervor, dass sie im vorliegenden Fall noch keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen hat, weshalb der Zuschlag betreffend die Teilleistungen 5 und 6 aufzuheben ist. Ein Beschwerdeentscheid in der Sache kann nach der Praxis des Kantonsgerichts dann getroffen werden, wenn der Sachverhalt vollständig ist und sofern nur (noch) eine Beschwerde führende Partei für den Zuschlag in Frage kommt (KGE VV vom 12. September 2012 [810 12 190] E. 6.1; KGE VV vom 18. März 2009 [810 08 397] E. 7). Vorliegend bildet laut Ausschreibung der bereinigte Angebotspreis pro Tonne das einzige Zuschlagskriterium. Dabei handelt es sich um ein sogenannt hartes Zuschlagskriterium, das der Vergabestelle bei der Bewertung keinen Beurteilungsspielraum belässt. Aus den Akten geht hervor, dass bezüglich der Teilleistungen 5 und 6 jeweils die Beschwerdeführerin den tiefsten Angebotspreis pro Tonne offeriert hat, wenn die Angebote der E._____ SA unberücksichtigt bleiben. Für den Zuschlag kommt somit nur die Beschwerdeführerin in Frage. Folglich ist der Zuschlag für die Teilleistung 5 zum offerierten Preis von Fr. 50.54 (inkl. MWST) pro Tonne und für die Teilleistung 6 zum Preis von Fr. 141.57 (inkl. MWST) pro Tonne direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen.

7. Es bleibt über die Kosten zu entscheiden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt. Die beigeladene Zuschlagsempfängerin hat sich nicht am Verfahren beteiligt, es sind ihr demzufolge keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Kantonalen Behörden und den Gemeinden können nur dann Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn sie das Kantonsgericht in Anspruch nehmen (vgl. § 20 Abs. 4 VPO). Demgemäss sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- ist der Beschwerdeführerin somit zurückzuerstatten. Der obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Im vorliegenden Fall war die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten, so dass die Parteikosten wettzuschlagen sind.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Zuschlagsverfügung vom 24. Juni 2014 in Bezug auf die Teilleistungen 5 und 6 aufgehoben und der Beschwerdeführerin der Zuschlag für die Teilleistung 5 zum Preis von Fr. 50.54 (inkl. MWST) pro Tonne und für die Teilleistung 6 zum Preis von Fr. 141.57 (inkl. MWST) pro Tonne erteilt.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'400.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
 3. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

Präsidentin

Gerichtsschreiber