



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

vom 21. Januar 2015 (810 14 272)

Submission

Unzulässige Änderung des Angebots

Besetzung Präsidentin Franziska Preiswerk-Vögtli, Kantonsrichter Christian
Haidlauf, Markus Clausen, Niklaus Ruckstuhl, Jgnaz Jermann,
Gerichtsschreiber Marius Wehren

Parteien **A._____ AG**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Dr. David Dussy,
Advokat

gegen

Einwohnergemeinde B._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch
Dr. Simon E. Schweizer, Advokat

Beigeladene **C._____ AG**, vertreten durch Michael Kunz, Advokat

Betreff Arbeitsvergabe / Einsammeln und Transportieren von Kehricht
(inkl. Grobsperrgut) in der Gemeinde B._____

- A. Am 10. Juli 2014 schrieb die Einwohnergemeinde B.____ die Beschaffung "Einsammeln und Transportieren von Kehricht (inkl. Grobsperrgut)" und weitere Dienstleistungen im Bereich des Abfallwesens für einen Zeitraum von fünf Jahren ab 1. Januar 2015 im Rahmen des offenen Verfahrens aus. Mit Entscheid vom 2. September 2014 erteilte sie der C.____ AG den Zuschlag. Am 9. September 2014 begründete die Einwohnergemeinde B.____ den Zuschlag in einem erweiterten Entscheid gegenüber der nicht berücksichtigten A.____ AG.
- B. Mit Eingabe vom 15. September 2014 erhob die A.____ AG gegen den Zuschlagsentscheid der Einwohnergemeinde B.____ Beschwerde beim Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht). Sie stellt das Begehren, es sei der Zuschlag vom 2. September 2014 aufzuheben und es sei die Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten der Beschwerdeführerin zuzuschlagen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vorinstanz zu untersagen, den vorgesehenen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen.
- C. Mit Eingabe vom 22. September 2014 beantragte die Einwohnergemeinde B.____ (Beschwerdegegnerin), von der Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzusehen. In materieller Hinsicht stellt sie den Antrag auf Abweisung der Beschwerde.
- D. Die zum Verfahren Beigeladene C.____ AG teilte mit Eingabe vom 1. Oktober 2014 mit, dass sie sich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht widersetze.
- E. Mit Präsidialverfügung vom 7. Oktober 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdegegnerin wurde untersagt, den Vertrag mit der Beigeladenen abzuschliessen.
- F. In ihrer Vernehmlassung vom 31. Oktober 2014 beantragt die Beigeladene, es sei die Beschwerde abzuweisen.
- G. Am 11. November 2014 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein, in welcher sie vollumfänglich an den gestellten Begehren festhält.
- H. Mit Duplik vom 23. Dezember 2014 hält die Beigeladene am Begehren um Abweisung der Beschwerde fest.
- I. Am 29. Dezember 2014 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Duplik ein, in welcher am Begehren um Abweisung der Beschwerde ebenfalls festgehalten wird.
- J. Mit Verfügung vom 6. Januar 2015 wurde der Fall der Kammer zur Beurteilung überwiesen.
- K. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung halten die Verfahrensbeteiligten vollumfänglich an den gestellten Begehren fest.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung**:

1.1 Gemäss § 30 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeG) vom 3. Juni 1999 in Verbindung mit § 31 lit. f BeG kann gegen den Zuschlag innerhalb von 10 Tagen Beschwerde beim Verwaltungsgericht (heute: Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) erhoben werden. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben (§ 43 Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [VPO] vom 16. Dezember 1993).

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss § 47 Abs. 1 lit. a VPO befugt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung hat. Der Beschwerdeführerin hat als Anbieterin am Submissionsverfahren teilgenommen und es wäre ihr für den Fall, dass sie mit ihren Rügen durchdringt, der Zuschlag zu erteilen. Ihre Legitimation ist gestützt darauf ohne weiteres zu bejahen. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

2. Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und 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).

3.1 Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, dass die von der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Prüfung der Angebote vorgenommene Herabsetzung der Angebotssumme beim Angebot der Beigeladenen von Fr. 204.12 pro Tonne auf Fr. 198.72 pro Tonne submissionswidrig gewesen sei. Der entsprechende Preisnachlass sei das Resultat einer Abgebotsrunde und stehe im Widerspruch zum Verhandlungsverbot gemäss § 25 Abs. 1 BeG. Eine Korrektur des Angebots sei nach § 24 Abs. 4 der Verordnung zum Beschaffungsgesetz (Beschaffungsverordnung) vom 25. Januar 2000 einzig im Fall eines offensichtlichen Irrtums zulässig. Davon könne in Bezug auf den von der Beigeladenen im Rahmen der Teilposition "Gebühr KVA Basel" eingesetzten Betrag in der Höhe von Fr. 125.-- anstelle der offiziellen KVA-Gebühr in der Höhe von Fr. 120.-- nicht ausgegangen werden. Der Umstand, dass die jeweiligen Teilpositionen für die Kalkulation des Angebotspreises offen gelassen worden seien, zeige auf, dass die Beschwerdegegnerin den Anbietern lediglich eine Kalkulationshilfe im Sinne einer Klarstellung bezüglich der in die Angebotspreise einzurechnenden Kosten habe geben wollen. Die Verantwortung für die jeweils einzusetzenden Einzelsummen habe aber in jedem Fall bei den Anbietern gelegen. Schliesslich verletze es das Rechtsgleichheitsgebot, dass eine entsprechende Nachfrage einzig im Fall der Beigeladenen erfolgt sei, obschon davon auszugehen sei, dass keiner der Anbieter den Betrag der offiziellen Gebühr in der Höhe von Fr. 120.-- pro Tonne angegeben habe.

3.2 Die Beschwerdegegnerin führt im Wesentlichen aus, im Rahmen der rechnerischen Kontrolle der Angebote sei im Fall der Beigeladenen festgestellt worden, dass diese die KVA-Gebühr (ohne Bemerkungen dazu) mit Fr. 125.-- pro Tonne angegeben habe, was eine Rückfrage bezüglich der Korrektheit dieser Kosten nach sich gezogen habe. Im Rahmen dieser Rückfrage habe sich herausgestellt, dass ein offensichtlicher Irrtum der Beigeladenen bei der Angabe der KVA-Gebühr, welche im vorliegenden Fall Fr. 120.-- betrage, vorgelegen habe. Das Angebot der Beigeladenen habe sich damit um Fr. 5.-- pro Tonne sowie um die berechnete Mehrwertsteuer beim Totalpreis pro Tonne reduziert. Bei der Beschwerdeführerin sei eine Rückfrage unterblieben, da in ihrem Fall der Preis "Gebühr KVA Basel" mit einem Vermerk ("inkl. Bahnverlad") ergänzt worden sei.

3.3 Die Beigeladene führt zusammengefasst aus, dass es sich bei der von ihr angegebenen unzutreffenden KVA-Gebühr um einen offensichtlichen Irrtum gehandelt habe, welchen die Beschwerdegegnerin erkannt und korrigiert habe. Die telefonische Nachfrage habe lediglich den offensichtlichen Irrtum bestätigt. Eine inhaltliche Änderung des Angebots der Beigeladenen habe nicht stattgefunden, sondern es sei lediglich die Höhe der KVA-Gebühr geändert worden. Die Beschwerdeführerin habe offenbar bei der Position "Gebühr KVA Basel" die Gebühr von Fr. 120.-- zuzüglich Fr. 10.50 für den Umlad eingesetzt, was eine Rückfrage überflüssig gemacht habe.

4.1 Im Rahmen der Prüfung der Angebote sind offensichtliche Irrtümer wie Rechnungs- und Schreibfehler zu berichtigen, wobei die Berichtigungen in einer Aktennotiz festzuhalten sind (§ 24 Abs. 4 BeV). Ebenfalls sind Rückfragen zur Klärung des Offertinhaltes bzw. die Aufarbeitung der Angebote auf eine einheitliche Vergleichsbasis zulässig (§ 25 Abs. 2 BeG und § 25 Abs. 3 BeV). Verhandlungen über Preise und Preisnachlässe sind unzulässig, soweit nicht das freihändige Verfahren durchgeführt wird (§ 25 Abs. 1 BeG). Eine Bereinigung der Angebote ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur denkbar als vertiefte Prüfung, in deren Rahmen technische und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der eingegangenen Offerten herzustellen. Dies darf jedoch – abgesehen von der Korrektur offensichtlicher Irrtümer – nicht zu einer Änderung der Angebote führen (vgl. BLVGE 1998/1999, S. 317 f.). Rückfragen haben mit der nötigen Zurückhaltung zu geschehen und es dürfen dabei insbesondere keine Informationen einfließen, die sich nicht zwingend aus einer Interpretation des Angebots ergeben, sondern die – je nach Auskunft – das Wettbewerbsergebnis nachträglich verändern könnten. Ebenso ist der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten, d.h. die Anbietenden sind auch bezüglich solcher Abklärungen gleich zu behandeln, mindestens soweit sie eine reelle Chance auf den Zuschlag haben (vgl. HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBI 101/2000 S. 238; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, S. 311 ff.).

4.2 Der Aktennotiz der Beschwerdegegnerin vom 27. August 2014 kann entnommen werden, dass die Beschwerdegegnerin die Beigeladene im Rahmen der Prüfung ihres Angebots telefonisch darauf hinwies, dass der von ihr angegebene Preis der KVA-Gebühr nicht demjenigen auf der Internetseite der IWB entspreche. Die Beigeladene habe daraufhin erklärt, sich wohl geirrt zu haben und den offiziellen Preis der KVA-Gebühr im Fall des Bahnverlads bestä-

tigt. Sie habe ausgeführt, dass der Aufwand für den Transport im Angebot unter der Position 1 ("Sammlung und Transport") zusammengefasst sei. Die Beschwerdegegnerin korrigierte daraufhin das Angebot der Beigeladenen dahingehend, dass der Preis für die KVA-Gebühr von Fr. 125.-- auf Fr. 120.-- pro Tonne bzw. der Angebotspreis von Fr. 204.12 auf Fr. 198.72 pro Tonne herabgesetzt wurde. Zu prüfen ist, ob es sich bei diesem Vorgehen – wie von der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen geltend gemacht wird – um eine zulässige Berichtigung eines offensichtlichen Irrtums gemäss § 24 Abs. 4 BeV handelt.

4.3 Gemäss der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung hatten die Offerenten die Angebotssumme anhand der Positionen "Sammlung und Transport brutto (exkl. MWST, exkl. LSVA)", "Gebühr KVA Basel", "LSVA", "Mehrwertsteuer 8 %" sowie "Rabatt...%" anzugeben. Die Vergabebehörde sah davon ab, bei der Position "Gebühr KVA Basel" die im Fall des Bahnverlads zur Anwendung gelangende offizielle Gebühr in der Höhe von Fr. 120.-- als fixen Betrag vorzugeben. Diesbezüglich wurde den Anbietenden vielmehr – ebenso wie im Fall der Positionen "Sammlung und Transport" und "LSVA" – ein Spielraum in Bezug auf die einzusetzenden Kosten eingeräumt. Dies wird nicht zuletzt durch die Ausführungen der Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik vom 29. Dezember 2014 bestätigt, wonach sie sich Rahmen ihrer telefonischen Rückfrage bei der Beigeladenen danach erkundigt habe, ob der in der Position "Gebühr KVA Basel" eingesetzte Betrag nebst dem offiziellen Gebührentarif in der Höhe von Fr. 120.-- weitere Kostensegmente enthalte. Nach Angaben der Beschwerdegegnerin anlässlich der heutigen Verhandlung haben denn auch sämtliche Anbietenden bei der Position "Gebühr KVA Basel" einen von der offiziellen KVA-Gebühr abweichenden Betrag eingesetzt. Vor dem Hintergrund, dass im Rahmen der fraglichen Position gemäss den eigenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin nebst der offiziellen KVA-Gebühr weitere Kosten angeführt werden konnten, ist hinsichtlich des von der Beigeladenen eingesetzten Betrags von Fr. 125.-- klarerweise nicht von einem offensichtlichen Irrtum auszugehen. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, ergibt sich dies im Übrigen bereits aus dem Umstand, dass die Korrektur einer telefonischen Nachfrage bedurfte (vgl. in diesem Sinne Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2005.00543] vom 22. März 2006 E. 2.3; zustimmend GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 315). Dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Position "Gebühr KVA Basel" neben dem von ihr eingesetzten Betrag in der Höhe von Fr. 130.50 handschriftlich den Vermerk "inkl. Bahnverlad" anbrachte, ändert daran nichts und führt jedenfalls nicht dazu, dass ohne einen entsprechenden Vermerk von einem offensichtlichen Irrtum auszugehen wäre. Nach dem Gesagten erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Offerte der Beigeladenen sei nachträglich in unzulässiger Weise geändert worden, als begründet.

4.4 Die Beschwerdegegnerin macht im Rahmen ihrer Duplik vom 29. Dezember 2014 geltend, dass die Beschwerdeführerin gemäss den Ausführungen in der Replik vom 11. November 2014 für den Umlad auf die Bahn ein weiteres Unternehmen beiziehen müsse, da sie selber nicht über die erforderlichen Fahrzeuge verfüge. Dies führe zu mehr Abgasen und einem erhöhten Energieverbrauch. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei deshalb bezüglich des mit 30 % gewichteten Zuschlagskriteriums "Logistikkonzept" zu Unrecht gleich bewertet worden wie das Angebot der Beigeladenen. Dazu ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot ausdrücklich darauf hinwies, dass der Umlad auf die Bahn durch ein Drittunternehmen

durchgeführt werde (Logistikkonzept vom 7. August 2014). Nachdem die Beschwerdegegnerin die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Logistikkonzept" in Kenntnis dieser Tatsache vornahm, widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie nunmehr unter Berufung auf den genannten Umstand von ihrer ursprünglichen Bewertung abweichen will und kann sie daher mit der entsprechenden Argumentation nicht gehört werden (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV] vom 16. Dezember 2009 [810 09 248] E. 3.3 mit Hinweisen).

4.5 Nach dem Gesagten ist in Gutheissung der Beschwerde die Zuschlagsverfügung vom 2. September 2014 aufzuheben. Da im vorliegenden Fall einzig noch die Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Betracht kommt, ist der Zuschlag an sie zu erteilen.

5.1 Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Vorliegend erscheint eine Aufteilung der Verfahrenskosten zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen im Verhältnis von zwei Dritteln zu einem Drittel als gerechtfertigt. Der Gemeinde können in Fällen wie dem vorliegenden keine Verfahrenskosten auferlegt werden (§ 20 Abs. 3 und 4 VPO). Der Beigeladenen ist ein Verfahrenskostenanteil in der Höhe von Fr. 600.-- aufzuerlegen.

5.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann gemäss § 21 Abs. 1 VPO für den Beizug eines Anwalts oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Entsprechend dem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche ebenfalls im Verhältnis von zwei Dritteln zu einem Drittel der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen aufzuerlegen ist. Ausgehend von dem in der Honorarnote vom 13. Januar 2015 ausgewiesenen Aufwand von 18 Stunden zuzüglich einer Stunde für die heutige Parteiverhandlung ist die Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 5'342.05 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) festzusetzen, wobei Fr. 3'561.35 der Beschwerdegegnerin und Fr. 1'780.70 der Beigeladenen aufzuerlegen sind.

Demgemäss wird **e r k a n n t**:

- ://:
1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Zuschlagsverfügung vom 2. September 2014 aufgehoben und der Zuschlag wird an die Beschwerdeführerin erteilt.
 2. Der Beigeladenen werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.-- auferlegt.
 3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'342.05 (inkl. Auslagen und 8 % MWSt) zugesprochen, welche zu zwei Dritteln, d.h. im Umfang von Fr. 3'561.35, der Beschwerdegegnerin und zu einem Drittel, d.h. im Umfang von Fr. 1'780.70, der Beigeladenen auferlegt wird.

Präsidentin

Gerichtsschreiber